AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

AGCM

Anna Argentati
(a cura di)

Diritto civile e tutela del mercato

dicembre 2024

16

TEMI E PROBLEMI

Collana dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Diritto civile e tutela del mercato

dicembre 2024

AGCM
AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

La collana *Temi e Problemi* ospita contributi scientifici sui temi della concorrenza e del consumatore prodotti all'interno dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, allo scopo di rendere disponibili a studiosi e alle istituzioni interessate i risultati delle attività di ricerca in corso presso l'Autorità e di stimolare la discussione su argomenti connessi all'esercizio delle proprie competenze istituzionali.

I lavori pubblicati nella collana riflettono esclusivamente le opinioni degli autori e non impegnano la responsabilità dell'Autorità.

Copia dei contributi sono resi disponibili nel sito internet dell'Autorità (http://www.agcm.it/pubblicazioni).

Il presente Volume raccoglie le relazioni presentate alla Giornata di studi promossa dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in collaborazione con l'Associazione Civilisti Italiani, sul tema "*Diritto civile e tutela del mercato*", svoltasi a Roma in data 22 novembre 2023.

INDICE

SALUTI ISTITUZIONALI **1**

Roberto Rustichelli 1
Claudio Scognamiglio 4

RELAZIONE INTRODUTTIVA **8**

IL RAPPORTO TRA PUBBLICO E PRIVATO: LA COMPLEMENTARITÀ FRA *PUBLIC* E *PRIVATE ENFORCEMENT* NEL DIRITTO ANTITRUST
Mario Libertini 8

SEZIONE I - INTERFERENZA E COMPLEMENTARITÀ TRA L'AZIONE PUBBLICA E L'AZIONE PRIVATA NEL DIRITTO ANTITRUST **31**

INTERFERENZA E COMPLEMENTARITÀ TRA L'AZIONE PUBBLICA E L'AZIONE PRIVATA NEL DIRITTO ANTITRUST. UNA INTRODUZIONE
Anna Genovese 32

GLI EFFETTI DELLE DECISIONI DELLA AGCM NEI GIUDIZI CIVILI: ANALISI DI UNA ANOMALIA NECESSARIA
Marcella Negri 39

IL RUOLO DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO NEL RISARCIMENTO DEL DANNO
Serena Stella 78

DECISIONI CON IMPEGNI E ANTITRUST PRIVATE ENFORCEMENT: VERSO UNA CONVERGENZA POSSIBILE
Enrico Camilleri 102

ARBITRATO E DIRITTO DELLA CONCORRENZA
Giorgio Afferni 126

DI QUALCHE ANOMALIA NEL RAPPORTO TRA PUBBLICO E PRIVATO NEL DIRITTO *ANTITRUST*
Andrea Montanari 148

SEZIONE II - POTERE DI MERCATO E POTERE CONTRATTUALE: QUALI NESSI, QUALI TECNICHE DI CONTROLLO **179**

LA DIPENDENZA ECONOMICA TRA DINAMICHE CONTRATTUALI E ASSETTI DI MERCATO
Marisaria Maugeri - Giulia Puleio 180

ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA E TUTELA DEL MERCATO. SPUNTI DALLE PRIME PRONUNCE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO
Anna Argentati 197

DIPENDENZA ECONOMICA E MERCATI DIGITALI
Alberto M. Gambino 213

IL VALORE COSTITUZIONALE DELLA LIBERTÀ CONTRATTUALE
Guido Alpa 226

CONTRATTI DEL CONSUMATORE E CLAUSOLE ABUSIVE: SIGNIFICATIVO SQUILIBRIO E DOVERE DI TRASPARENZA NELL'INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA
Maria Annunziata Astone 264

IL CONTROLLO AMMINISTRATIVO DELLA TRASPARENZA E DELLA VESSATORIETÀ DELLE CLAUSOLE DEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI
Giovanni De Cristofaro 279

CONCLUSIONI **323**

IL MERCATO, E LA SUA TUTELA, TRA DIRITTO PRIVATO "RELAZIONALE" E DIRITTO PRIVATO "REGOLATORIO"
Francesco Denozza 323

Autori 353

SALUTI ISTITUZIONALI

Roberto Rustichelli

Buongiorno a tutti e benvenuti in Autorità.

Sono particolarmente lieto di ospitare questa importante assise dedicata al tema "*Diritto civile e tutela del mercato*" e ringrazio gli autorevoli relatori che hanno voluto prender parte ai lavori di questa giornata di studi.

Voglio altresì rivolgere un sentito ringraziamento all'Associazione Civilisti Italiani nella persona del suo Presidente, prof. Claudio Scognamiglio, per aver voluto organizzare congiuntamente all'Autorità questa iniziativa su un tema di grande rilevanza e sicuro interesse.

Mi auguro che questa occasione di confronto e di riflessione comune possa dare ulteriore linfa al già proficuo rapporto di confronto e di dialogo che l'Autorità ha sempre avuto con il mondo accademico.

Consentitemi di spendere solo poche parole sulle ragioni del tema prescelto.

Il rapporto tra diritto civile e tutela del mercato non è un versante particolarmente esplorato nella riflessione giuridica ed è un tema che potrebbe da taluno essere persino considerato eccentrico, tenuto conto che i profili relativi alla concorrenza ed al consumatore sono ordinariamente approfonditi soprattutto nell'ambito del diritto dell'impresa e del mercato.

In realtà, le interconnessioni e le interferenze tra i due ambiti sono molteplici, profonde e rilevanti.

Ne abbiamo avuto ulteriore riprova al momento di selezionare le tematiche intorno a cui organizzare la Giornata di studi quando abbiamo dovuto a malincuore lasciar cadere tanti altri profili di interesse e di attualità.

A ciò si aggiunge che crediamo molto nell'importanza dello sguardo interdisciplinare alle vicende che ci riguardano ai fini della loro piena comprensione e crediamo nell'arricchimento che può derivare mettendo a confronto punti di vista disciplinari diversi, quando addirittura non opposti.

Diritto civile e tutela del mercato, per alcuni versi, lo sono.

Pensiamo soltanto alla centralità che assume nel diritto civile il dato formale, laddove la tutela del mercato è caratterizzata - lo sappiamo - da una pre-

valente dimensione effettuale che lascia spesso in second'ordine il tema della qualificazione giuridica per guardare invece alla sostanza dei comportamenti, nonché alle conseguenze che questi producono in concreto sul funzionamento del mercato. O ancora, all'attenzione che il diritto civile riserva al profilo dei diritti soggettivi laddove la nostra Autorità, in quanto Istituzione amministrativa, è naturalmente protesa verso la realizzazione di un interesse pubblico.

Guido Rossi, uno de padri della nostra legge istitutiva, trent'anni fa osservava «*La grande difficoltà dell'Antitrust è la commistione tra diritto ed economia nella formazione dei principi che lo governano e nessuna teoria che tenda a spiegarlo monoliticamente si dimostra completamente appagante*»[1].

Personalmente, aggiungerei che la commistione che rende difficile l'Antitrust, ma che ne costituisce anche un formidabile punto di forza e di attrazione, non è solo tra diritto ed economia, ma anche - restando sul terreno giuridico - tra diversi ambiti del diritto: diritto commerciale e diritto amministrativo certo, ma anche diritto costituzionale, diritto dell'economia, diritto civile si intersecano nella disciplina del mercato.

Di qui l'importanza di aprirsi ad una benefica "contaminazione" con i vari saperi giuridici (oltreché economici) per poter svolgere un'analisi a tutto tondo delle condotte di mercato e comprenderne il rilievo.

Questa Giornata di studi, nel porsi l'obiettivo di approfondire le interrelazioni e le interferenze tra diritto civile e tutela del mercato, vuole essere anche un segnale di attenzione verso la comunità dei civilisti, nonché un'apertura verso il contributo che dalle loro riflessioni e dalla loro peculiare sensibilità potrà provenire anche per l'azione di enforcement dell'Autorità.

Quanto alla ragione per cui, più specificamene, abbiamo scelto di concentrare l'attenzione sui tre temi al centro delle tre tavole rotonde, ovvero i) il rapporto tra l'azione pubblica e l'azione privata a tutela della concorrenza, ii) l'abuso di dipendenza economica, e iii) le clausole vessatorie, direi che essa risiede, quanto al primo tema, nella circostanza che si avverte - a distanza ormai di quasi 7 anni dal decreto legislativo n. 3 del 2017 - l'esigenza di fare il punto sul rapporto tra

1. Così G. Rossi, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Rivista delle società*, 1995, p. 14.

public e private enforcement e su alcune rilevanti questioni che rimangono aperte.

Per quanto riguarda invece l'abuso di dipendenza economica e le clausole vessatorie, si tratta di ambiti nei quali si sono registrate di recente importanti novità in punto, rispettivamente, di prassi applicativa dell'Autorità e di sviluppi normativi, sicché abbiamo ritenuto utile promuovere una riflessione sul rapporto tra potere di mercato e potere negoziale, sugli strumenti di controllo, sulle implicazioni e sulle problematiche applicative che le suddette novità portano con sé.

Il riferimento, è ad esempio, al procedimento META-SIAE e all'innovativo approccio seguito dall'Autorità che ha ritenuto *prima facie* sussistente lo stato di dipendenza economica di SIAE nei confronti di META a prescindere dal fatto che SIAE sia la principale *collecting* attiva in Italia e che essa non sviluppa una parte significativa del proprio fatturato con Meta.

Tale approccio, che è stato condiviso dal TAR Lazio nella recente sentenza che ha confermato il provvedimento cautelare, riposa sul convincimento che l'abuso di dipendenza economica non può che assumere connotati e criteri ermeneutici diversi e innovativi per poter cogliere pienamente le dinamiche interne agli ecosistemi digitali.

Quanto, infine, alle ragioni dell'organizzazione di questa iniziativa, essa nasce dalla consapevolezza del contributo prezioso che la riflessione scientifica può dare, in termini di stimoli e spunti critici, a chi, come l'Autorità, è impegnata quotidianamente ad applicare norme spesso dal contenuto ampio e indeterminato, che richiedono dunque un notevole sforzo ermeneutico.

E riposa, altresì, sulla convinzione - che ho avuto modo di evidenziare già in altre occasioni - che alla elaborazione e allo sviluppo del diritto della concorrenza (e dei consumatori) partecipano in modo corale, pur nella chiara distinzione dei ruoli e dei saperi, oltre all'Autorità, i giudici, gli avvocati, e certamente gli studiosi.

Di qui l'apertura dell'Autorità a iniziative come questa che intendono promuovere il dibattito delle idee, la riflessione e il confronto su profili che hanno diretto interesse per l'attività istituzionale.

Vi ringrazio per l'attenzione e vi auguro buon lavoro.

SALUTI ISTITUZIONALI

Claudio Scognamiglio

L'area tematica alla quale è dedicata la giornata di studi odierna si inscrive in pieno in uno degli scopi che l'Associazione Civilisti Italiani deve perseguire secondo il proprio Statuto: e cioè «lo sviluppo della cultura del diritto civile e lo scambio di informazioni e conoscenze relative al funzionamento delle istituzioni e alla evoluzione degli studi».

Infatti, ed al di là delle classificazioni ministeriali (che certamente consegnano la materia del diritto antitrust ad un settore scientifico diverso da quello cui appartiene il diritto civile), non possono essere revocate in discussione le intime connessioni tra alcuni dei più importanti istituti del diritto civile generale e le questioni con cui lo studioso del diritto della concorrenza è chiamato a confrontarsi. La conferma più nitida di quanto appena osservato si desume del resto proprio dalla "curvatura" delle relazioni che compongono l'ordito del programma della giornata di studi, dal quale emergono, ora in filigrana, ora in termini di maggiore evidenza, le interferenze tra il diritto civile ed il diritto della concorrenza: dai rapporti tra le decisioni dell'Autorità e i giudizi civili – in particolare quelli risarcitori, con un riferimento particolare al piano della formazione della prova – al rilievo che assume la peculiare tecnica delle decisioni con impegni nella prospettiva del *private enforcement*; dal fenomeno della dipendenza economica considerato attraverso il prisma delle dinamiche contrattuali, alla materia della tutela del consumatore, che assume da ultimo accenti di particolare originalità nel contesto dei mercati digitali.

Il civilista è, dunque, chiamato anch'egli ad offrire il proprio contributo critico e ricostruttivo alla messa a punto delle questioni, ed alla risoluzione dei problemi, che si delineano nella vasta area tematica del diritto della concorrenza: e questo non certo perché egli pretenda di ambire ad una sorta di competenza 'generalista' nel quadro complessivo dell'esperienza giuridica, bensì in quanto gli strumenti concettuali di fondo, soprattutto (ma non solo) quando si discorra di *private enforcement* sono appunto quelli affinati dalla scienza del diritto civile, l'utilizzazione dei quali concorre a creare le condizioni per at-

tingere la condivisibilità delle soluzioni raggiunte e la loro coerenza rispetto all'esigenza di effettività della tutela.

La materia del risarcimento del danno *antitrust*, all'interno di quelle affrontate nel corso della giornata di studi, si rivela, da questo punto di vista, particolarmente significativa. Infatti, secondo gli approdi ricostruttivi che appaiono maggiormente persuasivi, la fisionomia della responsabilità civile per violazione della normativa antitrust che emerge dal d.lgs. 3/2017, è quella di una tecnica di tutela che si inserisce comunque in pieno all'interno del sistema del codice civile: sia per quel che concerne il momento iniziale della valutazione del danno nel senso della sua risarcibilità, attraverso la concretizzazione del concetto di ingiustizia del danno (che qui può dirsi largamente affidata alla tecnica della c.d. norma di protezione[1]), sia per quanto riguarda il momento finale della sua liquidazione, integralmente ricondotta alle corrispondenti regole del codice civile, al fine di assicurare l'obiettivo del pieno risarcimento contemplato dall'art. 1, co. 2° del d.lgs. 3/2017.

Sotto il primo profilo, un passaggio decisivo è stato rappresentato dall'inclusione dei consumatori nella platea dei titolari di interessi tutelati dalla disciplina antitrust, in coerenza con la finalità sottesa al riconoscimento della libertà di impresa *ex* art. 41 Cost.: questo riconoscimento, infatti, come è stato osservato, non è fine a sé stesso, rappresentando, invece, lo strumento per consentire il raggiungimento del maggiore benessere collettivo, secondo le coordinate fondamentali del pensiero liberale. In questa prospettiva, si inserisce la condivisibile affermazione della «*collocazione della legge* antitrust *fra le discipline che si legittimano costituzionalmente per la finalità di evitare che l'iniziativa economica privata si svolga in contrasto con l'utilità sociale*», risultando «*coerente ritenere che, fra le ragioni di utilità sociale che giustificano i divieti* antitrust *alla libertà di comportamento delle imprese, vi sia l'interesse del consumatore a scegliere liberamente e consapevolmente nel mercato ed a massimizzare il proprio benessere*»[2]. La

1. Cfr., sul punto, da ultimo, E. Camilleri, *Responsabilità civile e illecito antitrust*, in *Enciclopedia del diritto - I tematici, VII - Responsabilità civile*, diretto da C. Scognamiglio, Giuffrè, Milano, 2024, pp. 920 ss.

2. Così M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti* antitrust (II), in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 935.

considerazione della struttura normativa, oltre che della funzione, delle regole contenute nella l. 287/1990 rendeva, in effetti, fin da subito più persuasiva la tesi che escludeva si potesse circoscrivere ai rapporti tra imprenditori il reticolo delle situazioni di interesse dalle stesse contemplate.

Dal secondo angolo visuale, assume un significato particolare il richiamo esplicito al potere del giudice di procedere alla liquidazione equitativa del danno[3], che, in una materia nella quale la quantificazione dell'obbligazione risarcitoria da porre a carico del responsabile esibisce problemi di particolare complessità, rappresenta una soluzione che – pur opportunamente collocata, come si è detto, all'interno del "sistema" codicistico della responsabilità civile – tiene conto delle peculiarità del "problema" del danno antitrust: tali da riservare anche in questo ambito uno spazio applicativo assai significativo alle c.d. tecniche di agevolazione probatoria nella commisurazione della prestazione risarcitoria.

L'inserirsi del problema del risarcimento del danno antitrust nelle coordinate generali della responsabilità civile si coglie anche su un altro piano: quello della riflessione sulle funzioni di questo rimedio. Infatti, la soluzione adottata dalla direttiva 2014/104/UE, in tema di risarcimento del danno per violazione della disciplina antitrust, esclude univocamente ogni forma di *overcompensation*, nel quadro di una tendenza che ha, poi, trovato altri punti di emersione negli interventi normativi eurounitari. Si pensi alla direttiva 2020/1828/UE, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, che, al considerando 42, nega la possibilità di imporre risarcimenti a carattere punitivo nei confronti del professionista, che abbia commesso la violazione a norma del diritto nazionale: ed ovviamente anche la disciplina nazionale di attuazione, nella pur ampia definizione dei provvedimenti compensativi contenuta all'art. 140–*ter*, comma 1, lett. h), non contempla in alcun modo provvedimenti ai quali possa attribuirsi una funzione anche solo indirettamente sanzionatoria. E si consideri, da ultimo, l'art. 29, comma 2 della direttiva 2024/1760/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno

3. Su questo aspetto, si veda, in particolare, la recentissima, approfondita analisi di E. Camilleri, *Responsabilità civile e illecito antitrust*, *cit.*, ed in particolare il § 9.

2024 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva 2019/1937/UE e il regolamento 2023/2859/UE: nella recentissima direttiva appena evocata, l'affermazione del diritto della persona fisica o giuridica, nella sussistenza delle altre condizioni previste dalla direttiva stessa, «al pieno risarcimento del danno in conformità del diritto nazionale», è corredata dall'importante precisazione che «Il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovracompensazione del danno subito, né sotto forma di danni punitivi né di danni multipli o di altra natura».

Anche la materia del risarcimento del danno antitrust, dunque, costituisce un tassello di rilievo nella costruzione di una nozione eurounitaria di danno, e di risarcimento, all'interno della quale le suggestioni di una possibile dimensione sanzionatoria del rimedio aquiliano debbono tenere conto non solo della funzione compensativa che la sistematica del codice civile in larga prevalenza gli assegna, ma anche della cautela del legislatore unionale nel modellare gli strumenti di *private enforcement* al fine di non innescare – in una valutazione necessariamente congiunta con quelli di *public enforcement* - un effetto di sovraccarico di tutela, certamente da scongiurare nella prospettiva di una corretta utilizzazione degli strumenti di regolazione dei vari settori del mercato.

È proprio la considerazione del ruolo assunto, nella materia antitrust, dal *public enforcement* accanto a quello del *private enforcement*, che consente una notazione finale, destinata a ricollegarsi alle considerazioni introduttive circa gli scopi statutari della Associazione Civilisti Italiani: scopi che, nella misura in cui evocano le conoscenze circa il funzionamento delle istituzioni, rendono ancora più chiara l'importanza che assume, per l'Associazione, lo svolgimento di una giornata di studi presso l'istituzione più importante in materia, e cioè l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, alla quale deve, dunque, essere rivolto il ringraziamento più sincero di tutta la collettività dei soci per questa assai preziosa occasione di riflessione comune.

RELAZIONE INTRODUTTIVA

IL RAPPORTO TRA PUBBLICO E PRIVATO: LA COMPLEMENTARITÀ FRA *PUBLIC* E *PRIVATE ENFORCEMENT* NEL DIRITTO ANTITRUST

Mario Libertini

Sommario: ***1.*** *La complementarità tra public e private enforcement nel diritto antitrust. Non eccezionalità di tale modello normativo.* ***2.*** *Le peculiarità dello sviluppo del modello nella disciplina antitrust. La vincolatività dell'accertamento amministrativo dell'illecito antitrust nei giudizi civili risarcitori.* ***3.*** *Il problema dello standard probatorio.* ***4.*** *Le ammende e il ruolo del massimo edittale.* ***5.*** *L'adozione di rimedi comportamentali, da parte dell'autorità antitrust, anche a fronte di illeciti "non gravi".* ***6.*** *I problemi aperti in materia di private enforcement. La possibilità di misure inibitorie giudiziarie.* ***7.*** *Il problema della quantificazione del danno negli illeciti antitrust.* ***8.*** *Altri problemi in tema di risarcimento del danno antitrust: legittimazione attiva, azioni collettive; legittimazione passiva, responsabilità di gruppo.* ***9.*** *La nullità delle intese e il problema dei contratti "a valle".*

1. *La complementarità tra public e private enforcement nel diritto antitrust. Non eccezionalità di tale modello normativo*

Vorrei muovere da una constatazione, largamente condivisa, a cui è dedicato uno scritto di alcuni anni fa: quella della necessaria complementarità fra *public* e *private enforcement,* ai fini del conseguimento dei risultati propri della disciplina di tutela della concorrenza[1]. Questa constatazione si fonda sul riconoscimento dell'indispensabilità, ai fini dell'accertamento di fatti tecnicamente complessi e spesso coperti da segreto, di un'azione pubblica officiosa, in grado di avvalersi anche di poteri inquisitori (in questa prospettiva ho sostenuto la superiorità del modello organizzativo dell'antitrust europeo, rispetto

1. M. Libertini, *Il ruolo necessariamente complementare di "Private" e "Public enforcement" in materia di antitrust,* in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato,* a cura di M.R. Maugeri e A. Zoppini, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 171 ss.

a quello propriamente punitivo della tradizione americana, e, in genere, della tradizione più antica delle leggi antimonopolio).

L'azione amministrativa, per essere efficace, dev'essere poi dotata non solo di sanzioni deterrenti, ma anche di poteri specifici di correzione delle distorsioni dei mercati, mediante ordini comportamentali o strutturali.

Sul fronte della deterrenza, l'esperienza del diritto antitrust ha portato però ad affermare che l'apparato di sanzioni pubblicistiche (punitive e correttive) può essere insufficiente, ai fini di una effettiva deterrenza: da qui l'indispensabilità di un *private enforcement,* atto a completare la reazione dell'ordinamento, oltre che a soddisfare gli interessi privati lesi.

Questo modello normativo di complementarità fra pubblico e privato è disciplinato con alcune norme di dettaglio nel diritto antitrust, ma non può dirsi - a mio avviso - eccezionale, sul piano sistematico[2]. Ritengo anzi che esso sia espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale[3], che impone la ricerca di soluzioni interpretative atte ad ammettere rimedi pienamente efficaci a tutela di diritti ed interessi giuridicamente protetti.

Nei giudizi su provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti il privato leso da un illecito dell'impresa può, dinanzi al giudice amministrativo, opporsi all'annullamento del provvedimento sanzionatorio, ma non può sollevare altre pretese. Per ottenere tutela piena dei propri interessi deve poi agire contro l'impresa dinanzi al giudice civile, per i diversi rimedi esperibili in questa sede.

Questo passaggio dal *public* al *private enforcement*, per il tramite del principio di effettività, è favorito, nel nostro ordinamento, dalla presenza di clausole generali, che consentono di dare immediato, complementare rilievo privatistico (in termini di nullità o di risarcimento del danno) alla violazione di norme pubblicistiche. Ciò vale anche al di fuori dei giudizi antitrust.

Ciò premesso, procederò ora ad una rapida rassegna di quelli che a me sem-

2. Cfr. M. Libertini, *Autorità indipendenti, mercati e regole,* in *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* 2010, pp. 63 ss.

3. V., da ultimo, Consiglio di Stato - Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa (F. Tallaro - P. Nasini), *Il principio di effettività delle tutele giurisdizionali: azioni, rimedi e tecniche di tutela nel processo civile e in quello amministrativo,* 21 novembre 2023.

brano punti salienti e, per qualche aspetto, problematici del rapporto (sinergico) tra *public* e *private enforcement* nella disciplina antitrust.

2. *Le peculiarità dello sviluppo del modello nella disciplina antitrust. La vincolatività dell'accertamento amministrativo dell'illecito antitrust nei giudizi civili risarcitori*

La complementarità di carattere sistematico, di cui si è detto, è rafforzata, nella disciplina antitrust, con le note norme sulla vincolatività dell'accertamento amministrativo dell'illecito antitrust (art. 16 reg. 1/2003; art. 7 d.lgs. 3/2017). Per l'art. 16 reg. 1/2003 non solo è vincolante il provvedimento definitivo della Commissione, ma è prevista anche la sospensione facoltativa (peraltro, raccomandata dalla norma) del giudizio civile, in caso di pendenza di procedimento con lo stesso oggetto dinanzi alla Commissione. Quest'ultima norma non è ripetuta per i provvedimenti dell'autorità nazionale e non può essere estesa per analogia.

La norma sulla vincolatività dell'accertamento amministrativo è oggi ritenuta – dopo diversi dubbi iniziali - costituzionalmente legittima, in quanto i provvedimenti dell'autorità amministrativa sono soggetti a sindacato pieno di legittimità da parte del giudice amministrativo, sicché il diritto di difesa dell'impresa interessata è adeguatamente tutelato[4]: i giudizi di risarcimento *follow-on* sono così molto facilitati (sempre in omaggio all'effettività della tutela giurisdizionale), mentre il diritto di difesa dell'impresa è adeguatamente tutelato dall'assetto complessivo dei rimedi giurisdizionali. La vincolatività dell'accertamento definitivo dell'Agcm ha ad oggetto l'illecito (comprensivo dei profili dell'antigiuridicità e – di norma, quando siano state irrogate sanzioni amministrative pecuniarie – anche della colpevolezza). Rimane invece pertinente al giudizio civile l'accertamento del nesso di causalità e del *quantum* del danno.

In sostanza, può oggi affermarsi un'analogia della norma antitrust qui

4. Sul tema v., per tutti, G. Parodi, *L'accertamento definitivo dell'illecito* antitrust *nella nuova disciplina del* private enforcement. *Su alcune questioni di rilievo costituzionale,* in *Contratto e impresa,* 2021, pp. 1140 ss.

commentata con l'art. 651 c.p.p., che sancisce l'efficacia vincolante, nel giudizio civile, del giudicato penale, quanto all'accertamento del fatto, alla sua illiceità e alla sua imputazione al soggetto condannato.

Questo accostamento consente di mettere in evidenza un profilo essenziale, che sorregge – a mio avviso - la *ratio* della norma sulla vincolatività: il fatto che l'accertamento dell'illecito antitrust sia il risultato di procedimenti caratterizzati da standard valutativi[5] e probatori molto rigorosi, analogamente a quanto si richiede nei procedimenti penali.

Su questo profilo, a mio avviso, dev'essere puntata l'attenzione dell'interprete.

3. *Il problema dello standard probatorio*

Per quanto si è detto, il carattere vincolante dell'accertamento amministrativo (in quanto divenuto definitivo) dovrebbe fondarsi sul rispetto di uno standard rigoroso sull'onere della prova[6].

Sul punto c'è oggi un forte contrasto nella giurisprudenza italiana, ma anche in quella europea[7].

---

5. In questo senso si è espressa una sentenza ormai celebre (Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990), che ha sancito che il sindacato di legittimità sui provvedimenti di condanna dell'Agcm dev'essere concepito come un sindacato pieno di "maggiore attendibilità" delle valutazioni tecniche compiute dall'Agcm rispetto a contrapposte tesi emerse nel corso del procedimento. Questa tesi (che però non può dirsi ancora consolidata) non è direttamente rivolta allo standard probatorio, ma implicitamente porta argomenti a favore della tesi che esige uno standard rigoroso.

6. La preferibilità dello standard probatorio rigoroso è stata anche argomentata in termini di analisi economica del diritto, con la considerazione dell'esigenza di dare maggior peso al pericolo di "falsi positivi" che non a quello di "falsi negativi" [M.C. Mungan - J. Wright, *Optimal standards of proof in antitrust*, in *International Review of Law and Economics*, 71 (2022) 106083].

7. V. gli opposti standard applicati da TAR Lazio, sez. I, 13 giugno 2023, n. 10044 (standard rigoroso), e da Cons. Stato, Sez. VI, 25 luglio 2023, n. 7273 e sentenze parallele in pari data (standard probabilistico). Sul punto v. la mia nota, in *Giornale del diritto amministrativo*, 2023, pp. 669 ss.
Dev'essere peraltro sottolineato che il precedente del Consiglio di Stato, sopra citato, non è indicativo di un orientamento costante del Consiglio stesso. V., p.e., in contrasto, Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2023, n. 7153 (praticamente contestuale alla sentenza precedentemente citata), che - occupandosi della rilevanza nei procedimenti antitrust degli accertamenti del giudice penale - così afferma: «*lo standard probatorio è identico nei due procedimenti, in quanto anche nel giudizio amministrativo sulle sanzioni dell'Autorità va osservato, secondo la giurisprudenza europea, il criterio dell'any reasonable doubt (oltre ogni ragionevole dubbio) e non quello del "più probabile che non" proprio dei procedimenti civili ovvero quello della maggiore attendibilità, escludendo ogni forma di ingiustificata presunzione (Corte giust. UE, 21 maggio 2017, C-621/2015)*».

In proposito, si deve ricordare anzitutto che il diritto europeo detta una norma espressa sulla distribuzione dell'onere probatorio (art. 2, reg. 1/2003[8]), senza però distinguere fra accertamenti amministrativi (per i quali, più che di "onere della prova" si dovrebbe parlare di "adeguata istruttoria", dato che la raccolta delle prove si realizza anche mediante l'esercizio di poteri inquisitori dell'Autorità) e procedimenti giudiziari, che rimangono governati dal principio dispositivo.

Il considerando 5 del reg. 1/2003 sancisce poi che «*Il presente regolamento non incide né sulle* ***norme nazionali in materia di grado di intensità della prova*** *né sugli obblighi delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri inerenti all'accertamento dei fatti pertinenti di un caso,* ***purché dette norme e detti obblighi siano compatibili con i principi generali del diritto comunitario***» [enfasi aggiunta]. Quindi, ferma restando la distribuzione dell'onere della prova, è dato spazio ai diritti nazionali per quanto riguarda gli standard da rispettare[9], ma con il vincolo della compatibilità con i principi del diritto europeo.

Le oscillazioni del giudice amministrativo italiano non sono isolate. Un contrasto simile a quello sopra segnalato, ma a parti invertite, si registra nella giurisprudenza europea, ove Corte giust. UE, sez. VII, 28 novembre 2019, C-593/18 P, *ABB Ltd,* annulla una decisione della Corte Generale in nome del principio della presunzione di innocenza.
P. van Cleynenbruegel, *The Commission's Burden of Proof in Article 101(1) TFEU: Evidentiary Shortcuts Cut Short?,* in *Competition Policy International,* Dec. 12, 2019, nota che sul punto gli orientamenti giurisprudenziali sono incerti e che si auspica una pronuncia della Grande Sezione.
Peraltro, la Grande Sezione si è pronunciata di recente sullo standard probatorio in materia di concentrazioni, sostenendo la tesi secondo cui l'accertamento delle limitazioni della concorrenza (e, con essa, il diniego di autorizzazione) può effettuarsi con criteri probabilistici, mentre il Tribunale – rifacendosi, sostanzialmente, ai criteri della sentenza *Airtours* del 2002, aveva annullato il diniego della Commissione, richiedendo uno standard rigoroso (Corte giust., Grande sez., 13 luglio 2023, C-376/20 P, *CK Telecoms*).

8. «*In tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, l'onere della prova di un'infrazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o dell'articolo 82 del trattato incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione. Incombe invece all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte*».

9. È stato notato che la distinzione tra onere e standard probatorio, a cui si riferisce il considerando 5 del regolamento, è familiare ai giuristi di *common law*, insieme con la relativa distinzione fra diversi standard, più o meno rigorosi (penalistico, amministrativistico, civilistico). Questi ultimi sono concepiti come norme di diritto, la cui violazione pone un problema di legittimità della decisione che su tale apparato probatorio si fonda. La distinzione, invece, non è consueta per i giuristi di diritto continentale, fra i quali domina l'idea che è sufficiente individuare il soggetto onerato e poi affidare la valutazione delle prove acquisite al processo al libero convincimento del giudice (E. Gippini - Fournier, *The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases,* in 33 *World Competition,* pp. 187 ss. [2010]). Con la conseguenza che la valutazione delle prove, nei diritti

In sostanza, il regolamento dice (sia pure in un considerando) che gli standard probatori da rispettare devono essere individuati facendo capo a principi generali dell'ordinamento europeo.

Nel diritto europeo, questi principi di riferimento sembrano intuitivamente diversi per i procedimenti amministrativi sanzionatori (inquisitori) e per i procedimenti giudiziari *stand-alone,* governati dal principio dispositivo. Nel primo caso, l'onerato (autorità di concorrenza) può acquisire mezzi di prova con i poteri inquisitori di cui dispone, nel secondo caso no. Pertanto, nei procedimenti amministrativi sanzionatori, il riferimento di principio – a prima vista - è costituito dalla presunzione di innocenza (le norme sanzionatorie antitrust hanno "natura penale" per il loro livello di gravità, secondo i "criteri Engel" della CEDU[10]) e pertanto si dovrebbe applicare lo standard penalistico ("al di là di ogni ragionevole dubbio"). Nel secondo caso si dovrebbe invece applicare lo standard civilistico, in cui il riferimento costituzionale è dato dal principio di effettività del diritto di difesa, di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE; in questa prospettiva, tenuto conto della complessità dei fatti da provare e delle difficoltà, per l'attore privato, di reperire le informazioni necessarie, può richiamarsi l'orientamento giurisprudenziale domestico in ma-

---

continentali, è tendenzialmente vista come una questione di fatto, anche se poi, in realtà, il sindacato di legittimità sull'adeguatezza probatoria è normalmente incisivo, in ordine allo standard effettivamente seguito (in Italia anche con la creazione, nella giurisprudenza antitrust del giudice amministrativo, di regole giurisprudenziali come quella che distingue fra indizi "endogeni" ed "esogeni").
Questo substrato culturale va tenuto presente per comprendere le oscillazioni del diritto europeo e dei diritti nazionali continentali in questa materia. Tuttavia, proprio l'incisività del controllo di legittimità che viene operato dai giudici europei e nazionali, anche mediante l'impiego di uno strumento duttile come l'eccesso di potere per insufficienza istruttoria, rende opportuno, a mio avviso, l'impiego consapevole dello strumento concettuale della diversità di standard probatori, come insieme di *regole legali diversificate* sulla valutazione delle prove da parte dell'autorità amministrativa prima e del giudice poi.
Si deve però precisare che appare ben argomentata la posizione dell'autore sopra citato (Gippini-Fournier), secondo cui non si deve attribuire agli standard probatori, che portano verso un'analisi atomistica dei singoli elementi raccolti, un valore assoluto rispetto a quello della valutazione sintetica della persuasività delle prove da parte del giudice, sicché il giudizio di legittimità sulla valutazione delle prove dovrebbe esprimere una sintesi dei due approcci.

10. Questo orientamento è confermato anche in contesti estranei al diritto europeo. Cfr. S. Crosswell, *Competition Law: an Exception to Human Rights?*, in 52 *Hong Kong Law Journal,* p. 513, 2022. Malgrado ciò, diversi ordinamenti (da UK al Canada) negano l'applicabilità dello standard probatorio penalistico ai casi antitrust.

teria di responsabilità extracontrattuale ("più probabile che non", che – nella versione italiana - è un passo avanti rispetto al *balance of probabilities* della tradizione di *common law,* e spesso si assimila a un giudizio di mera plausibilità, purché fondato su diversi indizi).

Non mi sembra che dalla giurisprudenza europea emergano però indicazioni nette ed univoche nel senso della dicotomia sopra delineata e, soprattutto, nella definizione dello standard richiesto nei procedimenti amministrativi sanzionatori. In dottrina qualcuno ha ritenuto[11] che la giurisprudenza meno recente sia stata propensa ad applicare lo standard del "*balance of probabilities*" (*Rhône Poulenc* T - 1/89), ma progressivamente si sarebbe spostata, tendenzialmente, sullo standard del "*lack of reasonable doubt*" (*JFE Engineering Corporation* T-67/00). Altre analisi ritengono, più plausibilmente, che vi sia una alternanza fra standard *low, middle* e *high,* senza che possa segnalarsi una prevalenza di una tendenza sull'altra nel tempo[12]. Importante è certamente il caso *Intel*[13], che però è concentrato, in effetti, sul profilo della valutazione della prova contraria offerta dall'impresa accusata di illeciti antitrust e, imponendo un approfondito esame della prova contraria, suona in senso critico rispetto ad un orientamento seguito dalla Commissione, per cui lo standard probatorio sulla controprova dei guadagni di efficienza è, praticamente, proibitivo con riguardo all'art. 102[14].

Anche a livello comparatistico mancano, comunque, indicazioni univoche (anche ordinamenti che riconoscono natura criminale agli illeciti antitrust poi riconoscono, talora, standard probatori probabilistici[15]).

Personalmente, non credo che un orientamento rigoristico possa essere accolto in termini generali, perché ciò avrebbe il risultato di depotenziare l'intero *public enforcement* antitrust.

Si deve infatti considerare che le norme di condotta in materia di concor-

11. N. Ceraolo, *Some thoughts on the standard of proof in competition wrongdoings*, Bird & Bird, Oct. 17, 2023.

12. New York Law School, *European Union Competition Law - Evidentiary Standards.*

13. Corte giust. UE, Grande Sez., 6 settembre 2017, C-413/14 P, *Intel.*

14. C. FernÁndez, *Presumptions and Burden of Proof in EU Competition Law: The* Intel *judgment*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2019, 7.

15. Cfr. S. Crosswell (nt. 10).

renza fanno ricorso a nozioni indeterminate, sicché il giudizio sull'applicazione della norma si compone di un profilo interpretativo della norma stessa che prevede la fattispecie di illecito e di un profilo strettamente fattuale (la commissione o meno di certe condotte).

Sotto il primo profilo, relativo alla "concretizzazione" della nozione giuridica indeterminata (pratica concordata, abuso ecc.), è inevitabile il ricorso a quelle che, nella terminologia processualistica, si chiamano "massime di esperienza", che la giurisprudenza ritiene applicabili anche in sede penale o disciplinare[16] e la dottrina tedesca concettualizza in termini di *Fallgruppen*. Il tema è discusso, nella dottrina antitrust, nella prospettiva delle presunzioni giudiziali di infrazione. Queste sono implicitamente ammesse dalla previsione delle intese restrittive "per oggetto". La nozione può essere estesa alle presunzioni (giudiziali) di effetto restrittivo attuale o potenziale di certe condotte tipizzate (p.e. sconti fedeltà, prezzi predatori ecc.). Quindi la presunzione giudiziale riguarda gli effetti anticoncorrenziali tipici, definiti in sede di concretizzazione della "clausola generale". In questi termini è legittima e non viola la presunzione di innocenza.

Non credo, in conclusione, che nei procedimenti antitrust possa applicarsi integralmente lo standard probatorio penalistico, sorto storicamente in funzione di un sistema di norme di condotta caratterizzato da fattispecie criminali ben definite.

Si deve però evitare un grave equivoco. Il sistema del diritto antitrust richiede il ricorso a presunzioni giudiziali ai fini della concretizzazione delle diverse nozioni indeterminate che caratterizzano i testi normativi. Non si tratta però di presunzione del fatto in sé dell'intesa o dell'abuso e della relativa imputazione. Con riferimento a questi profili può in effetti riaffermarsi lo standard penalistico dello "al di là di ogni ragionevole dubbio", con insufficienza di uno scenario meramente probabilistico[17]. Si può dubitare della correttezza dell'uso corrente della figura dell'illecito "complesso, unitario e continuato")

16. Cass.civ., S.U., 19 aprile 2022, n. 12446. Sul piano penalistico, p.e., Cass. pen., sez. III, 27 settembre 2023, n. 46412.

17. Quanto esposto nel testo sembra conforme alla distinzione proposta da E. Gippini - Fournier (nt. 9) fra prova dei *personal acts* e prova delle *economic consequences* di tali atti.

con conseguente abbassamento dell'onere probatorio.

Quindi non v'è contraddizione, contrariamente a quanto sostiene parte della dottrina[18], nel fatto che la giurisprudenza europea talora ammetta presunzioni (giudiziali), come per la *parental liability* o per i *contatti qualificati*, e altre volte censuri il ricorso a presunzioni giudiziali (come nell'estensione dell'illecito "per oggetto" nel caso *ABB*, C-593/18).

Tutto ciò attiene comunque al *public enforcement* e non esclude che possa ammettersi invece uno standard probatorio facilitante, di carattere probabilistico, per le azioni giudiziarie *stand alone.*

4. Le ammende e il ruolo del massimo edittale

Un secondo punto critico, sul versante del *public enforcement*, riguarda il tema dell'ammontare delle sanzioni pecuniarie, nel quale le autorità antitrust sono, da diversi anni, orientate verso una politica di massima deterrenza e quindi di quantificazione tendenzialmente elevata delle ammende.

Sul punto, com'è noto, le autorità godono di amplissima discrezionalità. Tuttavia, il corretto esercizio di questa discrezionalità dovrebbe tenere conto del fatto che la deterrenza antitrust, a livello di sistema, è perseguita mediante la combinazione di sanzioni pecuniarie amministrative e sanzioni risarcitorie private. Ciò dovrebbe portare ad una moderazione della sanzione quando vi è ragionevole probabilità di elevate condanne di risarcimento del danno, e viceversa.

In generale, c'è poi da ripristinare una più corretta applicazione del criterio di proporzionalità, con la restituzione del massimo edittale (10% del fatturato) alla sua funzione originaria di sanzione contro gli illeciti più gravi, con la conseguenza che, per i casi di minore gravità, l'ammontare della sanzione dev'essere fissato in una cifra proporzionalmente più bassa rispetto al massimo edittale. Invece, com'è noto, un'interpretazione prospettata dalla Commissione UE e condivisa dall'Agcm ha qualificato il massimo edittale di legge come una semplice "soglia di contenimento", atta a mitigare una sanzione che, sulla base di supposti criteri

18. P. Van Cleynenbreugel (nt. 7).

praeter legem, autonomamente affermati dalle autorità antitrust[19], dovrebbe essere molto più alta di quella raggiungibile con il massimo edittale.

Questo orientamento, fortemente discutibile sotto il profilo del rispetto del principio di legalità delle sanzioni punitive, sembra, per la verità, in corso di revisione. Diverse pronunce del Consiglio di Stato[20] hanno di recente annullato provvedimenti dell'Agcm di irrogazione di sanzioni determinate al massimo edittale, ravvisando l'arbitrarietà del criterio di determinazione dell'ammontare della sanzione fondato sul riferimento ad un massimo virtuale, non fondato sulla legge ma su un diverso criterio di "effettiva deterrenza", con conseguente riduzione del massimo edittale di legge a limite da rispettare in funzione di mitigazione di quella che sarebbe dovuta essere la giusta sanzione; "*con il paradossale risultato* – come rilevano le sentenze recenti – *che maggiore è la gravità della condotta, maggiore può risultare il vantaggio che il trasgressore ricava".*

Si potrebbe dunque concludere nel senso che vi è stato ormai un giusto *revirement* in questa materia, anche se rimane singolare che le sentenze recenti non dichiarino il verificarsi di questo *revirement* in modo esplicito e generale e non mettano in luce le ragioni di debolezza, anche sul piano costituzionale, del precedente orientamento.

5. *L'adozione di rimedi comportamentali, da parte dell'autorità antitrust, anche a fronte di illeciti "non gravi"*

Un terzo punto meritevole di attenzione, sul piano del *public enforcement*, riguarda la possibilità, per l'Autorità, di irrogare sanzioni inibitorie (*i.e.* ordini comportamentali), non solo in aggiunta alle sanzioni pecuniarie, ma anche a fronte di infrazioni "non gravi", che danno tuttavia luogo a situazioni ogget-

19. Orientamento avallato anche dalla giurisprudenza amministrativa: v. Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570.
Per la critica, a mio avviso condivisibile, a questo orientamento, v. P. Fabbio, *Massimo edittale e imprese monoprodotto nella prassi sanzionatoria dell'AGCM,* in *Giornale del diritto amministrativo,* 2016, pp. 427 ss., nonché P. Fabbio, *Il diritto della concorrenza in Germania: osservazioni e valutazioni in prospettiva europea,* in *Orizzonti del diritto commerciale,* 2019, pp. 570 ss., ove la tesi è sviluppata ed arricchita di riferimenti comparatistici.

20. Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2023, n. 2823; 22 marzo 2023, nn. 2906 e 2929.

tivamente antigiuridiche. Si pensi a varie situazioni di parallelismo consapevole, non accompagnate da prove sicure di dolo o colpa[21]. In tal caso, potendo l'Autorità procedere all'irrogazione di rimedi specifici (anche inibitorie "positive"), senza imporre sanzioni pecuniarie, l'onere probatorio sarebbe, ovviamente, alleviato, e con esso il rischio di contenziosi successivi.

Questa possibilità di irrogare sanzioni inibitorie senza ricorrere a sanzioni pecuniarie, che era largamente praticata nei primi anni di attività dell'Agcm, oggi è divenuta inusuale. Anzi, l'attuale testo dell'art. 15 della l. 287/1990 è meno chiaro del testo originario, nel consentire questa soluzione (l'attuale comma 1-*bis* potrebbe essere interpretato nel senso della necessità che l'inibitoria sia accompagnata da una sanzione pecuniaria). Tuttavia, esso non impedisce di affermare un'interpretazione in continuità, anche per coerenza con il reg. 1/2003, che, all'art. 7, attribuisce alla Commissione il potere di emanare ordini comportamentali (o addirittura strutturali) per far cessare una infrazione, e all'art. 23 sancisce che l'accertamento dell'infrazione può essere accompagnato da ammende quando l'infrazione stessa sia stata commessa "intenzionalmente o con negligenza".

In ogni caso, può dirsi che l'evoluzione normativa (soprattutto a seguito della direttiva 2019/1, c.d. ECN+) ha dato crescente centralità ai provvedimenti specifici delle autorità antitrust, rispetto alle sanzioni pecuniarie, così come auspicato da tempo, almeno da una parte della dottrina, e implicitamente ammesso dalla previsione, già nel testo originario delle norme, di decisioni inibitorie. Oggi il già richiamato art. 15 della l. 287/1990 (modificato in attuazione della dir. 2019/1) sancisce espressamente che "*l'Autorità può imporre qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all'infrazione commessa e necessario a far cessare effettivamente l'infrazione commessa*".

Anche se molti provvedimenti dell'Agcm conservano la struttura tradizionale (cioè contengono un semplice ordine di cessazione, accompagnato da una

21. Una corrente interpretativa di minoranza (avviata, nel lontano 1969, da Pietro Trimarchi, e condivisa da chi scrive) ha proposto di applicare a tali situazioni la norma sull'abuso di posizione dominante collettiva, con susseguente irrogazione di rimedi comportamentali. V., come più recente, M. Filippelli, *Il problema dell'oligopolio nel diritto antitrust europeo: evoluzione, prospettive e implicazioni sistematiche,* in *Rivista delle società,* 2018, pp. 567 ss.

sanzione amministrativa pecuniaria), essi hanno in ogni caso un contenuto pregnante (l'ordine rivolto alle imprese è "*che si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti* analoghi *a quelli oggetto dell'infrazione accertata*", con conseguente necessità di accertare in futuro l'analogia).

Anche se statisticamente minoritarie, sono però ormai tutt'altro che eccezionali decisioni incentrate su obblighi di fare, talora con ordini di *facere* puntuali (come nel caso Leadiant), talaltra con ordini di facere di contenuto complesso: mi riferisco ai casi Amazon e Meta/Siae, che sono esemplari, al di là di ogni giudizio sul merito, che è, al momento, *sub judice.*

Il punto di arrivo di questa evoluzione, volta ad ampliare l'ambito di applicazione di rimedi comportamentali specifici nel diritto antitrust, può vedersi poi nell'art. 1, c. 5, d.l. 10 agosto 2023, n. 104, conv. con l. 9 ottobre 2023, n. 136. Questa norma, che prende ad esempio soluzioni già adottate nella legislazione britannica e in quella tedesca, consente all'Autorità antitrust di intervenire in qualsiasi mercato[22] con misure inibitorie, anche positive[23], per correggere distorsioni della concorrenza pregiudizievoli per i consumatori, senza necessità di accertare la colpevolezza delle imprese coinvolte e senza irrogare ammende.

Con questa riforma il diritto antitrust si allontana ulteriormente dal modello originario, strettamente punitivo, per assumere sempre più la fisionomia di uno strumento di regolazione correttiva, su base oggettiva, di disfunzioni dei mercati. Si tratta di un'evoluzione che pone problemi tecnici ed applicativi immensi, ma che, a mio parere, deve essere guardata con favore e assecondata con impegno dagli interpreti.

6. *I problemi aperti in materia di private enforcement. La possibilità di misure inibitorie giudiziarie*

22. L'interpretazione estensiva della disposizione è stata avallata da Cons. Stato, sez. I, 29 gennaio 2024, n. 61.

23. *«Se in esito a un'indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato riscontra problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori, essa può imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza».*

Passando ora ai (numerosi) problemi aperti in materia di *private enforcement,* vorrei iniziare, proprio per connessione con il punto da ultimo tracciato in materia di *public enforcement,* dal problema dell'ammissibilità di misure inibitorie giudiziarie contro gli illeciti antitrust. Il punto è stato oggetto di discussione, perché l'art. 33, l. 287/1990, menziona, come possibili rimedi giudiziari, solo le "azioni di nullità e di risarcimento del danno".

La risposta positiva al quesito sull'ammissibilità di inibitorie giudiziarie (anche nella figura dell'inibitoria condizionata, o "positiva" che dir si voglia) era già preferibile, sulla base di argomenti sistematici relativi alla generalità del rimedio[24]. Ritengo però che essa sia oggi rafforzata dal sopra segnalato ampliamento dell'ambito di applicazione delle inibitorie amministrative. Non si può ammettere, infatti, che gli illeciti antitrust che, per qualsiasi motivo, non giungono all'esame dell'autorità amministrativa, godano poi di un regime di minor rigore per ciò che riguarda le sanzioni (a parte, ovviamente, la sottrazione al rischio di ammende). Una simile soluzione contrasterebbe con il principio che sancisce il dovere degli Stati membri di dotarsi di rimedi efficaci di *private enforcement,* atti a realizzare una piena complementarità con il versante pubblicistico.

L'assetto normativo qui considerato pone, inoltre, il problema se, in caso di inottemperanza ad ordini comportamentali irrogati dall'Autorità, l'unico rimedio sia l'apposito procedimento amministrativo sanzionatorio o se siano esperibili anche rimedi privatistici. Problema analogo si pone per il caso di inottemperanza ad impegni accettati e resi vincolanti dall'Autorità.

A mio avviso il principio di complementarità, da cui prendono le mosse queste note, impone di accogliere la soluzione affermativa, nel senso di ammettere non solo il rimedio risarcitorio, ma anche rimedi specifici.

La soluzione, però, non è pacifica. È nota la costruzione dogmatica, elaborata dalla giurisprudenza della Cassazione civile, che distingue tra regole di

24. Cfr. M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea,* Giuffrè, Milano, 2014, pp. 493-4. Si consideri, peraltro, che l'annosa disputa sulla tassatività o generalità della tutela inibitoria sembra ormai chiusa a favore della tesi della generalità, anche se parte della dottrina civilistica, pur non contestando questa conclusione, tende ancora a limitare l'applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale (v., da ultimo, A. D'Adda, *Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni "sparse"*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2023, II, pp. 1384 ss.).

comportamento (intese come regole relative all'attività pre- e postnegoziale delle parti) e regole di validità[25] (queste ultime intese come regole attinenti alla struttura dell'atto negoziale) e sostiene che la violazione delle prime comporta solo una sanzione risarcitoria, mentre la violazione delle seconde comporta una sanzione invalidatoria. Questa tesi, che comunque limiterebbe ma non negherebbe del tutto una rilevanza privatistica dell'inottemperanza agli ordini comportamentali antitrust, ha dato luogo a molte critiche dottrinali[26] e non è ora costantemente condivisa da parte della stessa giurisprudenza della S.C.[27].

Personalmente, sono per l'applicazione ampia dei rimedi privatistici, compresa la sostituzione automatica di clausole. Può qui richiamarsi la discussione sull'integrazione dei contratti nei settori soggetti a regolazione amministrativa e il rilievo per cui il contratto, nei mercati regolati, va visto come un tassello del meccanismo complessivo del mercato, che la legge intende regolare sul piano dell'efficienza e dell'equità; da qui l'incisività degli interventi correttivi delle autorità di regolazione, che sarebbero inconcepibili rispetto al contratto individuale, visto come occasionale esercizio del potere di disposizione del proprio patrimonio, da parte del contraente[28].

25. La costruzione dommatica, pur avendo origini dottrinali (viene ricordato, in particolare, l'insegnamento di Giorgio Oppo), ha acquisito importanza decisiva per il consenso ad essa prestato dalle sezioni unite della Cassazione (Cass., sez. un., 19 ottobre 2007, n. 26724 e 26725) e poi confermato dalla giurisprudenza successiva della S.C. [v. Cass., 17 settembre 2013, n. 21255 § 3.1 (che concettualizza ulteriormente, definendo le ''regole di comportamento'' come ''regole di rapporto'' e le ''regole di validita`'' come ''regole di fattispecie''); Cass., 31 luglio 2017, n. 19016; Cass., 11 maggio 2018, n. 11543; Cass., 14 ottobre 2019, n. 25785] e da quella di merito (v., come piu` recente, Trib. Roma, 3 dicembre 2019, in Pluris), e fatto proprio anche dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2265)]. V. anche, di recente, Trib. Napoli Nord, 28 luglio 2023, n. 3491, in *One Legale:* l'obbligo di lealtà e correttezza non assurge a norma imperativa, ma integra una regola comportamentale che, in caso di violazione, può essere fonte esclusivamente di responsabilità risarcitoria. Il tema coinvolge inevitabilmente il dibattito sorto in giurisprudenza sulle conseguenze patologiche della violazione delle regole di condotta da parte degli intermediari finanziari e sulla distinzione non sempre chiara tra le due categorie di regole.

26. V., p.e., D. Imbruglia, *MiFID II e l'adeguatezza del servizio del risparmio gestito,* in *Studium Iuris,* 2019, pp. 856 ss.

27. Cass. civ., sez. II, 14 febbraio 2022, n. 4715, in un reciso *obiter dictum* (§§ 8.14 e 8.15) afferma che la distinzione è stata ormai superata (in un caso in cui, in sostanza, la conclusione, quella dell'irrogazione di una somma a titolo di risarcimento per violazione dell'art. 1337 a fronte di un contratto concluso ed eseguito, poteva dirsi invece ben coerente con la distinzione di principio).

28. V., per tutti, l'ampia trattazione di D. Fauceglia, *I mercati regolati e l'integrazione dei contratti d'impresa,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

Non ci dovrebbero essere perplessità – a seguito del segnalato ampliamento dei poteri di regolazione correttiva dell'Autorità antitrust, sull'esistenza di un fondamento normativo primario in ordine al potere dell'Autorità di integrare/correggere i contratti che sono stati utilizzati per compiere infrazioni alle norme di concorrenza. Non dovrebbe dunque esserci difficoltà nel riconoscere al giudice un potere ampio di integrazione/correzione dei contratti stessi, a fronte di ordini correttivi sufficientemente determinati da parte dell'Autorità e non rispettati dalle imprese destinatarie.

In altri termini, i provvedimenti di regolazione correttiva dell'Agcm dovrebbero avere la stessa rilevanza, sul versante privatistico, che viene ormai attribuita ai provvedimenti regolamentari delle autorità di regolazione di settore.

7. *Il problema della quantificazione del danno negli illeciti antitrust*

In ordine ai riflessi privatistici delle infrazioni alle norme antitrust, è noto che l'UE ha dettato una disciplina dettagliata sul versante risarcitorio, mentre sul versante dell'invalidità dei contratti manca invece, finora, un quadro normativo europeo, a parte l'indicazione di principio della nullità di pieno diritto delle intese anticoncorrenziali, di cui all'art. 101.2 TFUE.

È una situazione inversa a quella che viene di solito segnalata nel diritto civile generale. Tuttavia, anche sul versante del risarcimento del danno rimangono ancora diversi problemi aperti.

Il problema principale, in tal senso, riguarda la quantificazione del danno risarcibile: su questo tema la direttiva europea è rimasta legata ai criteri tradizionali di determinazione del danno patrimoniale, senza considerare le peculiarità e le difficoltà che nascono in sede di liquidazione del danno subito da un'attività d'impresa.

Anche in questa materia si registrano tentativi di limitare l'espansione di nuovi principi. V., per esempio, C. Ferrari, *Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolari,* in *Riv. dir.civ.,* 2021, pp. 310 ss. (che attribuisce agli ordini delle autorità di regolazione una funzione non direttamente integrativa/sostitutiva del contratto ma l'effetto di un obbligo di conformazione del contratto a carico delle parti). Si tratta comunque di variazioni sul tema, che non contestano, in linea di principio, l'affermarsi di un "diritto privato regolatorio".

È poi da considerare la presunzione legale di danno causato dai cartelli, di cui all'art. 14 c. 2 d.lgs. 3/2017, che però finora ha rivelato una portata pratica limitata[29]. L'orientamento giurisprudenziale sul punto meriterebbe però un riesame. La presunzione legale di danno traduce una massima di esperienza per cui, in presenza di un cartello, i prezzi dei beni o servizi interessati sono più alti di quanto sarebbe avvenuto in mancanza del cartello stesso. Questa presunzione dovrebbe essere presa sul serio[30], sì da giustificare la pretesa dell'acquirente dei beni o servizi oggetto del cartello di ottenere, salvo prova contraria da parte del presunto danneggiante, il risarcimento di un danno liquidato sulla base dell'incremento medio dei prezzi, dovuto al cartello (accertato in questi termini mediante CTU).

L'art. 17 della direttiva contempla poi espressamente, a parte la presunzione di danno, che è limitata ai cartelli, la possibilità di "stima giudiziale" quando "*è praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificare con esattezza il danno subito sulla base delle prove disponibili*".

La legge nazionale si è limitata a richiamare, sul punto, l'art. 1226 c.c. sulla liquidazione equitativa del danno. La CGUE[31], però, ha giustamente interpretato in modo estensivo l'art. 17 della direttiva, sancendo che la "stima giudiziale" può essere effettuata dal giudice anche nei casi in cui si sia realizzata una piena simmetria informativa fra le parti, ma una stima esatta del danno risulti ugualmente impossibile o eccessivamente difficile.

Questo caso è tutt'altro che infrequente. Le oscillazioni giurisprudenziali sono state eccessive, soprattutto in materia di *margin squeeze*. Il punto cruciale è che, nella realtà dinamica dei mercati, gli abusi escludenti si traducono in una perdita di *chance* di entrata, permanenza o crescita nel mercato, in capo alla parte lesa[32]. Il tutto si traduce nella costruzione probabilistica di uno "scenario

29. V., p.e., l'articolata sentenza di Trib. Napoli, 30 agosto 2023, ne *Il caso.it*, in una delle cause sul cartello del "cartoncino", che praticamente svuota la presunzione stessa.

30. Come sembra indicare Corte giust. UE, sez. I, 22 giugno 2022, C-267/20, *Volvo / DAF Trucks.*

31. Corte giust. UE, sez. II, 16 febbraio 2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer SL.*

32. Credo che, almeno per il tema in esame, sia facile superare i dubbi sistematici sull'ammissibilità di un danno da perdita di *chance* extracontrattuale, data la tipicità del rapporto di concorrenza fra danneggiante e danneggiato, che soddisfa il criterio «*essenzialmente bilaterale del giudizio di*

controfattuale" e di determinazione dei risultati positivi (con criterio patrimoniale o reddituale) che la parte lesa avrebbe potuto conseguire, da bilanciare poi fra una cifra assoluta ed una correzione percentuale, legata al grado di probabilità. In pratica, si ricorrerà sempre ad un criterio finale equitativo[33].

Ma anche il criterio equitativo dovrebbe avere una sua razionalità. Invece, siamo ancora ben lontani dal raggiungimento di una prassi tecnico-professionale soddisfacente.

8. *Altri problemi in tema di risarcimento del danno antitrust: legittimazione attiva, azioni collettive; legittimazione passiva, responsabilità di gruppo*

A parte la quantificazione del danno, altri problemi non mancano.

Sulla legittimazione attiva, la soluzione ampia è stata imposta dal diritto europeo, e ciò ha consentito di superare vecchie incertezze domestiche e di giungere anche a conclusioni audaci, come nel caso *Otis*[34], in cui il danneggiato era un ente pubblico che aveva erogato sovvenzioni più elevate a causa dell'artificiosa elevazione dei prezzi di cartello. Rimane un dubbio – ma finora di scarso impatto pratico – risalente alla sentenza *Courage* del 2001[35], se l'azione risarcitoria spetti anche all'impresa dipendente, che, per altro verso, può essere stata complice del cartello o dell'abuso commesso dall'impresa dominante.

Un limite, da valorizzare sul piano sistematico, riguarda però il difetto di legittimazione dell'acquirente che abbia trasferito il sovrapprezzo monopolistico su acquirenti successivi (art. 11, d.lgs. 3/2017).

Un tema molto interessante, da approfondire, riguarda il mancato successo, in materia di danno antitrust, delle azioni collettive[36]. Nell'ordinamento italiano

---

responsabilità civile e dunque, in particolare, del giudizio di ingiustizia, che di esso costituisce il fulcro» (C. Scognamiglio, *Ingiustizia del danno, contatto sociale, funzioni del risarcimento*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 57). Il problema del danno si pone dunque, in questo caso, in un contesto relazionale.

33. Da ultimo Cass. civ., sez. III, 29 settembre 2023, n. 27633.

34. Corte giust. UE, 12 dicembre 2019, C-435/18, *Otis.*

35. Corte giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage.*

36. Dal portale del Ministero della giustizia risultano oggi pendenti in Italia 25 azioni di classe, per lo più originate da violazioni del divieto di pratiche commerciali scorrette o di norme di regolazione di settore, ma nessuna, a prima vista, originata da illeciti antitrust.

la materia rimane governata dall'art. 840-*bis* e ss. c.p.c., anziché della nuova disciplina delle azioni rappresentative dell'art. 140-*ter* e ss., cod.cons. Questa differenza non incide negativamente, tuttavia, sugli incentivi ad esercitare le azioni. Incide negativamente invece – ma si tratta di un punto comune alle due discipline - la mancata scelta, da parte del legislatore, del regime di *opt-out.* Fatto è che le azioni collettive rimangono rare e che i *litigation funders* non sembrano finora intenzionati ad investire in Italia sulle azioni di danno antitrust (pare che la ragione principale, oltre alla durata dei processi, sia costituita dalla difficoltà di previsione degli esiti, data la vivacità innovativa della nostra giurisprudenza).

Resta comunque il fatto che la carenza di azioni collettive fa sì che, in molti casi antitrust che danno luogo a danni diffusi, soprattutto a carico dei consumatori finali, e quindi richiederebbero l'instaurazione di una prassi di microrisarcimenti, rimane una situazione di sostanziale *underenforcement* degli illeciti antitrust.

In materia di legittimazione passiva nelle azioni risarcitorie antitrust, il problema principale riguarda le imprese di gruppo. La questione della *parental liability* sembra risolta, in linea di massima, in modo razionale: al di là delle oscillazioni nelle motivazioni, può riconoscersi una responsabilità per colpa, nel senso di negligente o doloso esercizio del potere di direzione e coordinamento, accompagnato da una presunzione giudiziale di esistenza e cattivo esercizio di detto potere, simile a quella dell'art. 2497-*sexies,* c.c.; presunzione reversibile, anche se con molta difficoltà[37]. Questa soluzione è stata oggetto di applicazione estensiva con la sentenza *Unilever*[38]*,* ove è stata riconosciuta l'imputabilità all'impresa dominante delle condotte tenute da distributori della rete, dipendenti dalle scelte dell'impresa dominante, anche se non soggette a controllo societario di quest'ultima.

Questa impostazione, volta a dare rilevanza all'unità economica dell'impresa di gruppo, è stata forse portata ad ulteriori conseguenze con la sentenza

37. Corte giust. UE, sez. II, 27 gennaio 2021, C-515/P, *Goldman Sachs Group,* che già intende in modo estensivo la presunzione, applicandola anche a carico di società finanziarie che detengano partecipazioni di controllo.

38. Corte giust. UE, sez. V, 19 gennaio 2023, C-680/20, *Unilever Italia.*

Sumal[39], che potrebbe segnare un discutibile cambio di prospettiva, con l'estensione della responsabilità, oltre che alla *holding*, ad altre imprese appartenenti al gruppo. In questo caso, la Corte ha ritenuto di poter imputare l'illecito a tutte le società del gruppo, solidalmente, in quanto appartenenti ad una stessa unità economica: "*la nozione di «impresa» e, attraverso di essa, quella di «unità economica» implicano ipso iure una responsabilità solidale tra le entità che compongono l'unità economica al momento della commissione dell'infrazione*". Tuttavia, "*la vittima di tale infrazione può legittimamente cercare di far valere la responsabilità civile di una società figlia di tale società madre anziché quella della società madre... se prova che, tenuto conto dei vincoli economici, organizzativi e giuridici...e dell'esistenza di un legame concreto tra l'attività economica di tale società figlia e l'oggetto dell'infrazione di cui la società madre è ritenuta responsabile, la suddetta società figlia costituiva un'unità economica con la sua società madre*".

È da segnalare, tuttavia, che qui la Corte non fa ricorso allo strumento della presunzione reversibile di una condotta colpevole da parte della singola società del gruppo, ma richiede la prova "di un legame concreto tra l'attività economica di tale società figlia e l'oggetto dell'infrazione di cui la società madre è ritenuta responsabile". Credo che tale indicazione si debba intendere come onere della prova, in capo al danneggiato, del concorso attivo, in senso proprio, della società figlia. Se intesa in questo modo, la sentenza non comporta una effettiva estensione della responsabilità antitrust all'interno dei gruppi. Il riferimento alla "unica entità economica" deve intendersi come definizione concettuale del risultato derivante dalla prova del concorso, e non come una motivazione concettualistica della responsabilità *tout court* di qualsiasi società del gruppo.

9. *La nullità delle intese e il problema dei contratti "a valle"*

La norma europea impone agli Stati membri di rendere effettiva la nullità "di pieno diritto" delle intese, sancita dall'art. 101.2 TFUE. La nostra nullità civilistica risponde pienamente al dettato comunitario. Sul piano sistematico,

39. Corte giust. UE, Grande sez., 6 ottobre 2021, C-882/19, *Sumal SL*, in *Giur.it.*, 2022, p. 1398, con nota adesiva di A. Piletta Massaro.

si deve riconoscere che la nullità delle intese anticoncorrenziali si riconduce alla figura di nullità per illiceità della causa[40]. Infatti, di fronte alla possibilità di esenzione *ex* art. 101.3 TFUE, non può dirsi che un'intesa è nulla perché contiene clausole o oggetto vietati di per sé, ma solo se la sua funzione economica risulti, in concreto, incompatibile con i principi di tutela della concorrenza. Queste indicazioni di principio sono state confermate, dalla Corte di giustizia[41], anche per le intese verticali (in particolare: clausole di prezzo minimo imposto verticali).

I problemi aperti riguardano però, sostanzialmente, solo i contratti "a valle", rispetto ai quali mancano indicazioni della Corte di giustizia, nonché indicazioni univoche, sul piano comparatistico[42].

In proposito, dopo la nota, recente pronuncia delle sezioni unite[43], dovrebbero essere fermi alcuni punti[44]:

- i contratti a valle non rientrano nella previsione di nullità dell'art. 101.2 TFUE;
- i contratti a valle non sono affetti da nullità assoluta ai sensi delle norme civilistiche generali, perché non hanno oggetto o causa illeciti;
- i contraenti "a valle" sono comunque atti illeciti *ex uno latere* e danno luogo, in ogni caso, a piena tutela risarcitoria;
- tuttavia, il risarcimento per equivalente può non avere adeguato effetto deterrente, per cui può essere necessario rafforzare la reazione "privatistica" dell'ordinamento con altri rimedi, di carattere specifico.

Credo che l'impostazione della S.C. sia, fin qui, corretta. Solo che, arrivando

40. Cfr. M. Libertini, *Diritto della concorrenza* (nt. 24), pp. 495 ss.

41. Corte giust. UE, sez. III, 29 giugno 2023, C-211/22, *Super Block Bebidas SA.*

42. Cfr. M. Libertini, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.c. contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia,* in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata,* 2020, II, pp. 378 ss.

43. Cass. civ., S.U., 30 dicembre 2021 n. 41994, su cui v. il mio commento, parzialmente critico, in *Orizzonti del diritto commerciale,* 2022, pp. 13 ss.

44. In realtà, questo auspicio sembrerebbe smentito da Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2023, n. 34889, che si pronuncia sbrigativamente per la nullità *tout court* dei contratti "a valle", senza neanche citare la sentenza delle sezioni unite dell'anno precedente. Tuttavia, è da pensare che si tratti di un incidente isolato.

alla conclusione, la Cassazione – e, con essa, gran parte della giurisprudenza di merito e della dottrina - vede, nel *quid pluris* rispetto al risarcimento (per equivalente), ritenuto insufficiente, solo la nullità del contratto, e si pone solo l'alternativa fra nullità totale (giudicandola, di solito, sproporzionata) e nullità parziale (giudicandola, di solito, adeguata).

Questo passaggio conclusivo a me sembra semplicistico. È vero che il risarcimento per equivalente può non essere strumento effettivo e proporzionato a riparare il pregiudizio che l'illecito antitrust ha arrecato ad imprese o consumatori. Ma ciò non vale in tutti i casi: anzi, nei casi tipici in cui il danno sia stato causato da un cartello che ha comportato un aumento dei prezzi, il risarcimento del danno per equivalente è normalmente rimedio appropriato e sufficiente.

In certi casi, così non è, ed allora diviene necessario riconoscere un rimedio specifico, ma questo non è necessariamente la nullità (totale o parziale che sia) del contratto: può ben essere la correzione (con effetto conservativo) del contratto stesso o altro rimedio specifico.

In tal senso è istruttivo il caso *Astra,* trattato anni fa dalla Commissione[45]: qui, di fronte a un'intesa di ripartizione dei mercati, la Commissione sancisce che gli Stati membri hanno il dovere di imporre alle imprese interessate di inserire nei contratti una clausola di recesso *ad nutum* a favore dei clienti. Una sanzione di nullità di tali contratti sarebbe stata, secondo la Commissione, sproporzionata e avrebbe temporaneamente azzerato l'intero mercato.

Lo stesso rilievo si può fare per molte altre ipotesi di contratti "a valle": si pensi, per esempio, ai contratti attuativi di un accordo di standardizzazione tecnica illecito. In tali casi la nullità del contratto sarebbe un rimedio sproporzionato e spesso incoerente con le esigenze di tutela degli interessi lesi dall'illecito antitrust[46].

Si pone allora il problema di come giungere a questa soluzione, cioè all'irrogazione di rimedi correttivi specifici, sulla base del diritto nazionale. La Cas-

45. Commissione CE, dec. 93/50 del 23 dicembre 1992. Le imprese interessate fornivano collegamenti per la televisione satellitare.

46. Cfr. D. Russo, *Fideiussioni omnibus a valle di illecito anticoncorrenziale e rimedi civilistici,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

sazione, nella citata sentenza delle sezioni unite, ne ha fatto una questione tutta interna al diritto antitrust (e al principio di effettività) e non risolubile su basi sistematiche.

In realtà, credo che strumenti tecnico-normativi di carattere generale ci sono, e come tali andrebbero valutati.

Uno, *tranchant,* a cui forse la Cassazione ha aderito senza mostrarne però esplicita consapevolezza, o comunque senza dichiararla, è la dottrina del "giusto rimedio" di Perlingieri. Una dottrina che, però, suscita qualche vertigine per l'ampiezza del potere che attribuisce al giudice, come accade in genere per le soluzioni interpretative che si fondano direttamente sull'affermazione di un principio, anziché utilizzare il principio stesso come strumento argomentativo per formulare una certa interpretazione di norme di legge[47].

Un'altra soluzione, pur sempre attributiva di ampia discrezionalità al giudice, ma direttamente fondata su norme di legge, interpretate estensivamente alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale, è, a mio avviso, quella che fa capo all'applicazione estensiva della norma generale dell'art. 2058 c.c. sulla riparazione del danno in forma specifica. Allo stato, mi sembra la soluzione preferibile.

Si noti, richiamando quanto rilevato *supra* al § 5, che così si realizzerebbe una auspicabile saldatura fra *public* e *private enforcement* anche sul piano del primato sistematico del ruolo centrale attribuito ai rimedi specifici.

47. Per questa indicazione di metodo v., come più recente, P. Gaggero, *Significanti del diritto dell'economia e interpretazione,* in *Contratto e impresa,* 2023, pp. 1034 ss.

SEZIONE I
INTERFERENZA E COMPLEMENTARITÀ TRA L'AZIONE PUBBLICA E L'AZIONE PRIVATA NEL DIRITTO ANTITRUST

INTERFERENZA E COMPLEMENTARITÀ TRA L'AZIONE PUBBLICA E L'AZIONE PRIVATA NEL DIRITTO ANTITRUST. UNA INTRODUZIONE

Anna Genovese

Rivolgo un rispettoso saluto al Presidente Rustichelli e ringrazio il Professore Claudio Scognamiglio, l'Associazione dei Civilisti Italiani e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'invito. Sono lieta e molto onorata di partecipare ai lavori della giornata di studio dedicata ai rapporti fra diritto civile e tutela del mercato.

La tavola rotonda che sono stata chiamata a presiedere verte sui rapporti — di interferenza e di complementarità — fra l'azione pubblica e le azioni private (contrattuali ed extracontrattuali) a tutela del mercato e della concorrenza. Saranno trattatati da qualificati relatori temi classici del diritto antitrust sostanziale e anche temi processuali e procedurali connessi. Alcune relazioni hanno ad oggetto i diversi effetti che diversi tipi di decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato possono avere sulle azioni civili derivate. Una relazione si occupa dello spazio che il diritto antitrust più avere negli arbitrati su controversie relative all'esecuzione o alla validità dei contratti commerciali.

Saranno affrontate, dunque, questioni che riguardano non soltanto il ruolo dei presidi di diritto civile per l'effettività del diritto antitrust; ma anche il ruolo del *public enforcement* per l'effettività delle tutele che il diritto privato dei contratti e della responsabilità accorda all'imprenditore e ai consumatori. Argomenti che attengono alle difficoltà operative di applicazione dei rimedi civili, contrattuali ed extracontrattuali, all'illecito concorrenziale e all'interpretazione delle norme per il governo razionale di tali difficoltà. Questi temi mi sono cari. Mi prendo perciò la licenza, prima di dare inizio alla tavola rotonda, di svolgere qualche breve considerazione introduttiva.

Come noto, le questioni di interferenza e di complementarità tra l'azione pubblica e l'azione privata antitrust sono temi classici, studiati e approfonditi dagli interpreti sin dai primi anni di vigenza della legge antitrust italiana. L'originario articolo 33 della legge 287 del 1990, regolando, al comma 1, la compe-

tenza giurisdizionale esclusiva del giudice amministrativo per l'impugnazione dei provvedimenti dell'Autorità e, al comma 2, quella del giudice ordinario per le azioni private di nullità e di risarcimento del danno, cautelari e di merito, prendeva atto di un sistema di tutele strutturalmente, in Italia come in UE, bicefalo. A lungo il legislatore ha scelto di affidare all'interpretazione del diritto sostanziale e del diritto processuale le varie questioni presupposte e conseguenti il carattere bicefalo del modello di *enforcement*.

Le tecnicalità dei presidi sanzionatori antitrust, pubblicistici e privatistici, sono state approfondite perciò con una importante asimmetria di partenza. Presidi pubblicistici specifici e regolati. Presidi privatistici generali e non appositamente regolati. In ogni caso è subito stato chiaro che la coesistenza di sanzioni (in senso lato) pubbliche e private non determinava alcun *bis in idem.* I sistemi sono diversi e diversamente funzionali. L'amministrazione pubblica che interviene svolge una azione di contrasto proattivo, improntato alla intercettazione e tempestiva estromissione dal mercato di condotte che nuocciono al buon funzionamento del mercato stesso. La tutela giurisdizionale è invece una misura reattiva, eventuale e funzionale ad accordare a un determinato consumatore o concorrente la misura restitutoria o risarcitoria, particolare, personale e differenziata che gli compete, in base all'esito del giudizio.

Successivamente, l'asimmetria è stata in parte corretta. I presidi privatistici, dopo la direttiva n. 104 del 2014, recepita in Italia con il decreto legislativo n. 3 del 2017, hanno trovato una cornice normativa dedicata. La cornice ha consentito di avere una base positiva di norme a partire dalle quali risolvere alcune questioni controverse, per esempio, in punto di legittimazione ad agire. Ne ha fatte sorgere però delle altre. Oggi le principali questioni dibattute riguardano gli effetti oggettivi e soggettivi delle decisioni dell'Autorità nel contezioso civile derivato; il ruolo dell'Autorità nel contezioso antitrust autonomo; l'interferenza fra le ragioni e finalità del *public* e del *private enforcement* del diritto antitrust.

Sicché tante questioni inerenti ai rapporti fra *private* e *public enforcement* del diritto antitrust sono rimaste aperte anche dopo il decreto legislativo n. 3 del 2017. Tali questioni sono discusse e lo saranno anche qui, oggi. L'approccio con cui vengono affrontate oscilla fra la valorizzazione della complementarità e della sinergia dei presidi, da una parte, e la preoccupazione per le interfe-

renze e il possibile reciproco improprio condizionamento, dall'altra parte. La pratica, peraltro, anche dopo il decreto legislativo n. 3 del 2017, ha continuato ad essere caratterizzata, almeno in Italia, da scarsa diffusione di *private enforcement* del diritto antitrust.

Il dato della scarsa diffusione delle azioni civili antitrust fa riflettere. Personalmente ho sempre pensato che il *private enforcement* del diritto della concorrenza riguardasse la matrice relazionale e intersoggettiva della concorrenza come processo e come bene giuridico tutelato. Essendo la concorrenza il risultato, ideale e non facilmente raggiungibile, di plurimi e liberi atti di iniziativa economica che si riferiscono all'offerta; e di plurimi e liberi atti di consumo che si riferiscono alla domanda. Per cui l'illecito antitrust lede sempre posizioni di interesse individuali e relazionali. Tuttavia, non ci sono sufficienti incentivi a fare valere le posizioni di interesse lese. Le posizioni sono, in molti casi, difficilmente prospettabili come situazione giuridica soggettiva protetta e pregiudicata dalla condotta dell'autore di un illecito antitrust. Ulteriori difficoltà vi sono nella prospettazione di una lesione suscettibile ex post di essere reintegrata per via giudiziaria.

I rimedi di matrice pubblicistica, per il diritto della concorrenza, sono dunque necessari. Indispensabili per evitare che l'effettività delle prescrizioni a tutela della concorrenza siano depresse dalla sottoutilizzazione dei presidi di rimedi privatistici astrattamente azionali (ma praticamente negletti) e da un livello di deterrenza complessiva sub-ottimale. In concreto quindi il *private enforcement*, viene concettualmente prima del *public enforcement*, ma necessita di esso e solitamente viene dopo. Il *private enforcement* è essenzialmente derivato e in questo senso complementare al *public enforcement.* Ciò non significa che la dimensione intersoggettiva dei rapporti di concorrenza e di mercato sia ancillare a quella pubblicistica ovvero riferita a una tutela del mercato e della concorrenza in quanto tali. Anche per evitare gli equivoci delle eccessive astrazioni riferite alla tutela del mercato in sé, *public enforcement* e *private enforcement* devono operare sulla base di forme regolate di riconoscimento reciproco e paritario.

In astratto, nel decreto legislativo n. 3 del 2017, c'è questo riconoscimento. In concreto, tuttavia, le interazioni — paritarie o impropriamente subalterne — fra l'Autorità giudiziaria ordinaria e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato variano in funzione di molti fattori. Interventi pubblici e azio-

ni private di implementazione della disciplina a tutela della concorrenza e del mercato devono quindi essere considerati, nelle dimensioni di interferenza e di complementarità da cui sono governati, a livello di piano ideale della disciplina e a livello di concreta attuazione di essa.

Forme e ragioni dei rapporti di interferenza e di complementarità, a livello normativo e a livello pratico, saranno certamente illuminate dagli interventi della tavola rotonda. Sono molto interessata a conoscere il punto di vista degli autorevoli studiosi che ne parleranno.

Oltre quanto detto, vorrei fare osservare come il modello di enforcement bicefalo, tracciato ab origine solo per il diritto antitrust, si sia progressivamente esteso dal diritto della concorrenza al diritto consumeristico. I precetti del codice del consumo riferiti alle pratiche commerciali scorrette dei professionisti nei confronti dei consumatori erano ab origine assistiti, per ciò che riguarda i rapporti contrattuali B2C, solo dal *public enforcement* amministrativo (oltre che dalle azioni risarcitorie, anche collettive). L'*enforcement* giudiziario in generale non era delineato dalle norme. La competenza dell'autorità giudiziaria nell'art. 27 del Codice del consumo si riferiva, in principio, alla possibile rilevanza della pratica commerciale scorretta come concorrenza sleale o, nei rapporti fra professionista e consumatore (di seguito anche: "B2C"), come illecito civile.

L'*enforcement* giudiziario della disciplina, riferito ai rimedi contrattuali, è stato in seguito ricavato e ricostruito in base al sistema. I tratti della tutela contrattuale del consumatore sono stati delineati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In particolare, con riferimento al contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale scorretta o che la realizza accertata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato è stata sostenuta la possibilità di ritenere il contratto invalido in quanto affetto da nullità virtuale, per violazione di norme imperative del Codice del consumo, e anche l'annullabilità per vizio del consenso del consumatore (dolo incidente). Senza alcun automatismo però, come affermato anche dalla Corte di giustizia, 15 marzo 2012, C-453/10. Più incerta è stata considerata la possibilità per il consumatore di ottenere dal giudice una tutela contrattuale di diretta e autonoma applicazione dei divieti di pratiche commerciali scorrette.

Da ultimo, però, il *private enforcement* del diritto consumeristico, nei rap-

porti B2C, ha trovato emersione ed espressa considerazione nella disciplina. In materia è intervenuto l'art. 11 *bis* della Direttiva 2005/29/CE, introdotto dall'art. 3 della Direttiva 2019/2161/UE e dedicato ai rimedi disponibili per i consumatori pregiudicati dalla scorrettezza commerciale del professionista. La previsione di armonizzazione è stata recepita in Italia con il decreto legislativo 7 marzo 2023, n. 26 che, come noto, fra le altre cose, ha aggiunto all'art. 27 del Codice del consumo il comma 15 *bis* che si riferisce al *private enforcement* dei divieti di pratiche commerciali scorrette. Il riferimento che fa il legislatore è minimalista. La nuova disposizione prevede a favore del consumatore, oltre il risarcimento del danno, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, «fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione».

Si pongono perciò, anche dopo il decreto legislativo 7 marzo 2023 n. 26, varie questioni ricostruttive. Questioni che emergono con riferimento ai contratti attuativi e a valle di pratiche commerciali scorrette come già emerse con riferimento ai contratti attuativi e a valle di illeciti antitrust. Si pongono peraltro anche questioni di allineamento e disallineamento fra diritto antitrust e del diritto dei consumatori, nell'interazione fra il *public* e il *private enforcement* di ciascuna di queste discipline. Concludo facendo rapido cenno a due di tali questioni.

La prima questione riguarda il rilievo delle risultanze del procedimento amministrativo nel giudizio civile materia di contratti a valle di una pratica commerciale scorretta. In base ai principi che regolano il nostro ordinamento, queste risultanze non possono vincolare il giudice ordinario. Esse, al più, possono costituire — una volta decorsi i termini per ricorrere avverso l'accertamento amministrativo, o passate in giudicato le sentenze che respingono tali ricorsi — un principio di prova riguardo l'illiceità della condotta del professionista. L'ambito coperto dal principio di prova tuttavia può risultare controverso. Sul punto, come è noto, vige una particolareggiata regola per il contenzioso civile antitrust derivato. Nei casi antitrust, in conformità al decreto legislativo n. 3 del 2017, la decisione dell'Autorità (una volta divenuta inappellabile) vincola il giudice civile per alcuni profili della decisione (e non per altri) espressamente indicati dalla legge. Segnatamente, la disciplina stabilisce che il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano

un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Sicché, ferma restando l'acquisizione al processo della statuizione dell'Autorità circa la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, compete al giudice accertare il nesso di causalità e l'esistenza del danno.

È di tutta evidenza che questa disciplina non è applicabile a giudizi civili derivati in materia di pratiche commerciali scorrette. Essa, tuttavia, potrebbe orientare l'interprete nella soluzione di dispute volte a tracciare il perimetro della possibile rilevanza del provvedimento dell'Autorità. L'apprezzamento delle circostanze del caso, nei giudizi per pratiche commerciali scorrette, peraltro, dovrebbe essere sempre molto prudente. Si consideri infatti che la pratica commerciale scorretta è accertata dall'Autorità con riferimento al consumatore medio laddove il contenzioso innanzi al giudice ordinario coinvolge un consumatore determinato. Le implicazioni di ciò sono evidenti laddove la domanda del consumatore sia incentrata sul dolo incidente (vizio di volontà del consumatore) e sull'annullabilità del contratto piuttosto che sulla nullità virtuale (per contrarietà del contratto a norme imperative).

La seconda questione riguarda il regime di accesso agli atti del procedimento amministrativo. Si consideri che il provvedimento dell'Autorità che conclude l'istruttoria su una pratica commerciale scorretta, e che viene pubblicato e ordinariamente prodotto in giudizio dal consumatore, potrebbe non contenere alcune informazioni di dettaglio. Per questo può risultare utile o necessario l'accesso del terzo (consumatore) al procedimento amministrativo dell'Autorità nei confronti dell'impresa. Tradizionalmente l'Autorità ha un atteggiamento cauto nell'ostensione dei fascicoli istruttori a soggetti diversi dal diretto interessato (che è un'impresa e ha una sfera di riservatezza commerciale da proteggere). Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea recente e anche la giurisprudenza amministrativa nazionale sono sempre più rigorose nel vagliare la fondatezza del diniego di ostensione opposto da Autorità amministrative indipendenti. L'orientamento dei giudici tende a riconoscere ai cittadini la massima accessibilità agli atti delle pubbliche amministrazioni (anche sotto forma di accesso «civico») quando ciò sia funzionale alla tutela di diritti, e non solo di diritti di difesa del soggetto sanzionato.

Anche in questa materia, per il contenzioso civile derivato antitrust, il d.lgs. n. 3 del 2017 detta una disciplina specifica. La disciplina riferite alle azioni civili antitrust consente al giudice civile di adottare ordini di esibizione di atti e documenti facenti parte del fascicolo amministrativo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Tale disciplina non può direttamente venire in considerazione nei processi civili per pratiche commerciali scorrette. Da essa, tuttavia, il giudice può trarre ispirazione per utilizzare l'art. 213 del Codice di procedura civile per richiedere (non ordinare) all'Autorità di trasmettere informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione che è necessario acquisire al processo. L'Autorità dovrà valutare ed esitare la richiesta del giudice caso per caso.

Con questi spunti di collegamento fra diritto antitrust e diritto consumeristico, anche nell'interazione fra il *public* e il *private enforcement* di ciascuna disciplina, concludo e vi ringrazio molto dell'attenzione.

GLI EFFETTI DELLE DECISIONI DELLA AGCM NEI GIUDIZI CIVILI: ANALISI DI UNA ANOMALIA NECESSARIA

Marcella Negri

Sommario: **1.** *L'espandersi del modello di coordinamento rigido tra public e private enforcement: breve ricognizione della disciplina*; **2.** *L'irrisolta disputa sulla "natura" del vincolo sancito dall'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017*; **3.** *L'ambito applicativo del vincolo ed il suo perimetro oggettivo*; **4.** *La responsabilità nell'ambito del gruppo societario: spunti di riflessione sulla "unità economica" tra sostanza e processo.*

1. *L'espandersi del modello di coordinamento rigido tra public e private enforcement: breve ricognizione della disciplina*

Le decisioni con cui l'Autorità nazionale, ovvero la Commissione, constata infrazioni ai divieti *antitrust* assumono rilievo per il giudizio civile sotto plurimi punti di vista. A tacer d'altro, costituiscono l'indispensabile fonte informativa senza la quale molte potenziali vittime, e tipicamente piccole imprese e consumatori finali, non potrebbero nemmeno immaginare di avere un diritto per cui chiedere tutela e comunque non sarebbero in grado di sostanziare la propria domanda descrivendo in modo sufficientemente preciso i fatti costitutivi della propria pretesa[1]. Come ampiamente noto, la direttiva 2014/104/UE[2] incide sulla normativa interna nel dichiarato intento di assicurare alle vittime di condotte anti-competitive – siano queste persone fisiche consumatori ovvero altre

1. Sulla rilevanza delle decisioni della Autorità ai fini del *dies a quo* della prescrizione, in quanto contengono le informazioni indispensabili per promuovere l'azione risarcitoria: Corte giust. 22 giugno 2022, caso C-267/20, *Volvo-Daf Trucks*, nel senso che la prescrizione possa iniziare a decorrere, *di regola* (senza escludere una conoscenza anteriore in casi specifici), solo dalla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. della sintesi della decisione e non invece dal mero comunicato stampa (§ 66 ss.). Per sostanziare la domanda tuttavia l'attore spesso deve attingere al testo completo della motivazione e quindi attenderne la pubblicazione all'esito di spesso assai lunghe procedure per l'espunzione delle informazioni riservate.

2. Direttiva 2014/104/UE 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.

imprese, concorrenti o meno – una tutela risarcitoria efficace: obiettivo che il legislatore europeo persegue anche e soprattutto riequilibrando la conclamata disparità, nelle concrete possibilità di accesso alle informazioni rilevanti ed alle fonti di prova, rispetto alle controparti. Tra le previsioni maggiormente significative, nella prospettiva di incentivo allo sviluppo virtuoso del *private enforcement* si annovera senza dubbio l'art. 9, dedicato all'effetto delle decisioni delle Autorità garanti nazionali nei successivi giudizi civili relativi alla medesima infrazione. La disposizione si pone al crocevia tra le esigenze di effettività del diritto di azione delle vittime e l'altrettanto nodale questione del coordinamento tra i due piani, quello pubblico e quello privatistico, dell'*enforcement antitrust*[3], acquistando così un'emblematica centralità nel complessivo disegno della Direttiva 2014/104/UE, dalla quale si ricava la tendenza a valorizzare la tutela civile in funzione complementare ed aggiuntiva rispetto al pilastro pubblicistico[4].

Si intende in questa sede tracciare un breve quadro dei tentativi che sono stati sin qui sperimentati per ambientare nel sistema del processo civile la previsione, quasi pedissequamente riprodotta in sede di recepimento dall'art. 7 d.lgs. n. 3/2017; successivamente, si porterà l'attenzione su taluni profili applicativi meno assestati.

Per maggiore chiarezza espositiva, premetto una breve ricognizione dei tratti essenziali della disciplina. Come noto, l'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 innova l'ordinamento nella misura in cui introduce espressamente un vincolo a carico del giudice civile, tenuto a conformarsi all'accertamento contenuto nelle decisioni della Autorità garante nazionale, siano esse fondate sulle norme del Trattato ovvero, con opportuna estensione, anche solo sul diritto *antitrust* municipa-

3. Il Considerando 34 della direttiva 2014/104/UE esplicita le due concorrenti *rationes* della disciplina: "migliorare la certezza del diritto, evitare contraddizioni nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni di risarcimento".

4. Pur senza dimenticare del tutto il contenzioso solitario, che si avvantaggia soprattutto del sensibile potenziamento delle tecniche di accesso alla prova (in particolare della *disclosure* tra privati), la direttiva tradisce una innegabile attenzione privilegiata per il contenzioso c.d. *follow-on* ed il connesso tema del coordinamento, decisorio ed istruttorio, tra binario civile e procedimento amministrativo, antecedente o parallelo.

le[5]. Altrettanto risaputo è come la nostra giurisprudenza fosse già approdata ad esiti all'atto pratico assai simili attribuendo alla decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato il valore di c.d. "prova privilegiata". Questa figura di elaborazione pretoria, da prova particolarmente persuasiva ed autorevole ma pur sempre liberamente valutabile e quindi in linea di principio aperta alla prova contraria, si era progressivamente evoluta sino ad esigere dal convenuto l'onere di dedurre argomenti e prove nuovi e diversi rispetto a quelli già vagliati e disattesi o reputati irrilevanti nel corso del procedimento amministrativo[6]. Rispetto a questo assetto, il vincolo formale introdotto dal legislatore europeo si connota per la maggior rigidità, precludendo del tutto la prova contraria; ma al contempo appare maggiormente circoscritto quanto all'ambito di applicazione, soprattutto se posto al confronto con talune tendenze estensive[7].

Sia pur con differenze tutt'altro che irrilevanti, si tratta in definitiva dell'espansione progressiva di una tecnica già sperimentata con riguardo alle decisioni della Commissione dall'art. 16 regolamento n. 1/2003: nonostante la diversa formulazione letterale delle previsioni[8], in entrambi i casi il giudice civile

5. La direttiva distingue nettamente tra decisioni delle Autorità garanti nazionali e decisioni delle omologhe *straniere*, con riguardo alle quali l'art. 9.2 non impone di estendere la medesima efficacia vincolante, attribuendovi efficacia di "prova *prima facie*" . In sede di recepimento l'indicazione è stata tradotta con la formula "prova valutabile insieme alle altre", che rischia di attestarsi *al di sotto* del livello *minimo* di efficacia imposto dal legislatore europeo: infatti, l'espressione "prova *prima facie*" parrebbe evocare piuttosto l'idea di una prova altamente persuasiva, in sostanza assimilabile alla pretoria nozione di "prova privilegiata" (nel senso che di fatto sarà appunto questa l'efficacia che verrà attribuita alle decisioni straniere: A.A. Romano, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti*, in *Giusto proc. civ.*, 2022, pp. 665 ss., p. 700).

6. M. Golia, *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di "prova privilegiata"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, pp. 379 ss., pp. 399 s.

7. V., *si vis*, M. Negri, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pp. 476 ss., p. 481.

8. L'art. 16 regolamento (CE) n. 1/2003 è formulato in termini negativi, come dovere di non contraddire la previa decisione della Commissione, laddove con riguardo alle decisioni del Garante nazionale si adotta una formulazione in positivo che evoca un obbligo di conformarsi al contenuto della previa decisione. Non sembra però che la difformità sintattica produca conseguenze di sensibile rilievo pratico con riguardo all'efficacia della decisione ed alla sua portata vincolante: in entrambi i casi, si vuole evitare che il giudice civile possa reputare lecita una condotta di cui sia stata constatata la contrarietà ai precetti *antitrust*. In senso difforme, *cfr.* tuttavia: G. Carovano, *Art. 16(1), Regolamento n. 1/2003: un* revirement nécessaire*. L'uniformità del diritto europeo della concorrenza e il valore giuridico delle decisioni della Commissione Europea*, in *Mercato conc. reg.*, 2019, pp. 404 ss.,

risulta in sostanza tenuto a rispettare gli accertamenti contenuti nella previa decisione non giurisdizionale[9]. Tuttavia, rispetto all'art. 16 regolamento n. 1/2003, previsione direttamente fondata sull'esigenza di leale cooperazione tra organi dell'Unione, la disciplina dettata per le decisioni nazionali, in coerenza con il diverso accento delle logiche ispiratrici, esibisce non marginali differenze: *in primis*, il carattere asimmetrico del vincolo ed il suo promanare esclusivamente da decisioni "definitive". Pur con le debite precisazioni, all'esperienza applicativa maturata con riguardo al citato art. 16 può comunque attingersi anche con riguardo all'art. 9 della Direttiva ed alla sua trasposizione municipale. Quest'osservazione vale, in linea di massima, per l'individuazione della tipologia di decisioni idonee ad esprimere l'efficacia vincolante in sede civile. A questo proposito, mi limito qui a segnalare che tra queste si annoverano certamente anche le decisioni assunte a seguito di procedura di transazione ai sensi del neo-introdotto art. 14 *quater* legge n. 287/1990, come del resto non si dubita riguardo alle omologhe decisioni di *settlements* adottate dalla Commissione[10].

---

secondo il quale, mentre l'art. 16 del regolamento consentirebbe al giudice nazionale di valorizzare argomenti nuovi al fine di discostarsi dalla decisione della Commissione (in sostanza evocando la tecnica del *distinguishing* rispetto ai precedenti vincolanti caratteristica degli ordinamenti di *common law*), altrettanto non sarebbe consentito con riguardo alle decisioni nazionali, dovendo il giudice civile in ogni caso conformarsi ad esse a pena di nullità della sentenza.

9. Non vale invece il reciproco: l'esigenza di coerenza applicativa – che sta certo alla base delle previsioni qui in commento, insieme tuttavia a quella di effettività dell'attuazione dei divieti antitrust - non si spinge sino ad esigere la conformazione dell'azione amministrativa della Autorità specializzata ad opera del previo giudicato civile (ma *cfr.*, ipotizzando – argomentando dal dovere di annullamento dell'atto amministrativo di cui sia accertata l'illegittimità in sede amministrativa - che l'Agcm sia tenuta a non contraddire un previo giudicato civile che escluda l'esistenza dell'infrazione: F. Goisis, *Giudicato dell'Ago reso tra privati e vincolo sulla successiva attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, pp. 637 ss.).

10. Si tratta infatti di decisioni che, fondandosi sull'espresso riconoscimento della responsabilità, culminano nella constatazione di una violazione. Come precisa l'Avvocato generale Medina (Conclusioni 24 febbraio 2022, caso C-588/90 *Landkreis Northeim v. Daimler*, § 97), la decisione a seguito di transazione non si differenzia da una decisione a seguito di procedimento ordinario, dato che in sede di transazione la Commissione *non negozia* la questione della esistenza dell'infrazione. V. l'ampio contenzioso *follow-on* innescato dalla decisione dalla Commissione nel c.d. cartello dei camion, assunta appunto a seguito di transazione, sia pur "ibrida" (nella giurisprudenza nazionale: Trib. Napoli, sez. impr. 23 febbraio 2022 n. 1906, RG n. 17942/2019; Corte app., Milano, 21 gennaio 2020 n. 188). Nel senso del testo: L. Calzolari, *Il sistema di enforcement delle regole di concorrenza dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 106. *Cfr.* Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2024 n. 5232, dove si preferisce avvicinare gli effetti della decisione di *settlement* a quelli propri della decisione con impegni, onde evitare di confrontarsi con la pretesa limitazione delle garanzie difensive a

Ovviamente, poiché l'agevolazione probatoria derivante dal vincolo all'accertamento amministrativo discende esclusivamente dalle decisioni che formalmente constatano un'infrazione ai precetti *antitrust* (siano esse o meno accompagnate anche da sanzione pecuniaria)[11], risulta evidente che l'impatto pratico sulle azioni civilistiche dipende strettamente dalla prassi decisionale seguita dalle Autorità e finisce in sostanza per sterilizzarsi nei periodi in cui, al di fuori delle violazioni c.d. *hard-core*, vengono privilegiati moduli di azione consensuale, quale tipicamente la decisione con impegni. È pacifico, infatti, che le decisioni con cui l'Autorità rende vincolanti gli impegni concordati con le imprese evitano a queste l'applicazione di sanzioni pecuniarie, ma non le schermano da eventuali azioni risarcitorie per i danni subiti a cause delle condotte antecedenti all'adozione di tale decisione. È altrettanto pacifico tuttavia che le stesse decisioni, come quelle omologhe della Commissione rispetto all'art. 16 regolamento n. 1/2003, sono del tutto estranee all'ambito applicativo dell'art. 9 della Direttiva, potendosi semmai discutere circa l'intensità dell'efficacia probatoria che alle medesime può e deve comunque riconoscersi, in ordine alla sussistenza di quelle condotte il cui potenziale anti-competitivo gli impegni mirano correggere[12]. Su questo rilevantissimo tema, rinvio ad altra esaustiva relazione.

---

carico dell'impresa nel contesto del procedimento amministrativo.

11. Minore attenzione è stata riservata alle decisioni cautelari di cui agli artt. 14 *bis* legge n. 287/1990 e 8 regolamento n. 1/2003: decisioni sin qui rare ma forse destinate a trovare in futuro maggiore applicazione in settori per i quali la tempestività dell'intervento con provvedimenti di stampo inibitorio appare essenziale, come deve dirsi in particolare per i mercati digitali (per l'efficacia vincolante: P. Fabbio, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle Autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2017, pp. 367 ss., p. 379). Indipendentemente dal contingente livello di approfondimento della delibazione del *fumus*, in senso contrario al riconoscimento di efficacia formalmente vincolante in sede civile milita tuttavia il carattere provvisorio, ferma restando comunque la possibilità di valorizzarne l'efficacia persuasiva (F. Goisis, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento Agcm: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 45 ss., p. 65).

12. Nel senso che se ne possa ricavare un «indizio…della natura anticoncorrenziale della condotta contestata, nel contesto di tutte le emergenze, anche di diverso tenore, acquisite in giudizio»: Cass. civ., sez. I, 4 ottobre 2021, n. 26869, in *Danno e resp.*, 2022, pp. 204 ss., nota di Zuliani. Corte giust., 23 novembre 2017, caso C-547/16, *Gasorba*, esige che il giudice tenga conto della valutazione preliminare compiuta dalla Commissione, senza tuttavia chiarire precisamente quale efficacia persuasiva debba riconoscersi agli accertamenti fattuali ed alle valutazioni compiute nel corso del procedimento amministrativo. Mentre la versione inglese della citata sentenza discorre di "*indication, if not prima facie evidence*", il testo italiano parla di "serio indizio o addirittura principio di prova"; quello francese

Diversamente dal regolamento n. 1/2003, la direttiva 2014/104/UE attribuisce efficacia vincolante solo alle decisioni che constatano un'nfrazione[13]. La direttiva ha inteso infatti disegnare un vincolo che opera *secundum eventum*, solo a vantaggio del danneggiato: in piena coerenza con la prevalente *ratio* della norma, che risponde certo al bisogno coordinamento decisorio, ma pone in esponente soprattutto l'esigenza di agevolare il danneggiato-soggetto debole e quindi il risarcimento del danno in funzione complementare rispetto alla deterrenza amministrativa. Né tale asimmetria deve sollevare perplessità, dato che la facoltà di *avvantaggiarsi* di un risultato utile non confligge certo con la garanzia dei diritti di difesa del danneggiato che sia rimasto terzo rispetto al procedimento ed al giudizio amministrativo, mentre quelli della controparte già sono ed anzi devono essere assicurati nel procedimento e nell'eventuale successivo giudizio amministrativo. Se ne dovrebbe ricavare altresì che l'impresa non potrà mai opporre al presunto danneggiato un vincolante accertamento negativo dell'esistenza di un'infrazione: nemmeno sulla scorta del giudicato amministrativo, il quale peraltro potrebbe benissimo fondarsi su motivi formali che nulla dicono nemmeno indirettamente circa l'esistenza della infrazione[14]. Piuttosto, l'annullamento della decisione, determina di regola il

---

di "*indice, voire comme un commencement de preuve*" ed infine, in lingua tedesca (testo originale) si allude ad un valore di "*Indiz oder Anfangsbeweis*". Sia *Anfangsbeweis* (o *Anfangswahrscheinlichkeit*, quale presupposto della *Parteivernehmung von Amts wegen*, § 448 *Zpo*), sia il *commencement de preuve* evocano la *semiplena probatio*, intesa tradizionalmente come prova incompleta, bisognosa di integrazione. A questa stessa area semantica appartiene l'espressione "principio di prova" (quale *genus* cui va ascritta, ad esempio, la scrittura *ex* art. 2724 n. 1 c.c., che M. Montanari, *Il principio di prova per iscritto*, Giappichelli, Torino, 2005, riconduce al ragionamento presuntivo ravvisandovi l'indizio documentato di un fatto secondario che rende verosimile il fatto allegato).

13. Conseguentemente, non vincolano formalmente il giudice civile le decisioni di archiviazione e quelle con cui l'Autorità dichiara che "in base alle informazioni di cui dispone" non sussistono le condizioni per ravvisare un'infrazione ai sensi dell'art. 15 comma 1-quater legge n. 287/1990 (D. Dalfino, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, ESI, Napoli, 2022, p. 86; F. Goisis, *op. cit.*, p. 65.; *cfr.* P. Fabbio, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle Autorità della concorrenza nazionali*, *cit.*, p. 390, attribuendo semmai valore di "prova privilegiata" ad una esplicita declaratoria di insufficienza degli elementi raccolti).

14. Il giudicato amministrativo di annullamento della diffida, se pure può in varia misura ed a seconda dei motivi proiettare la sua efficacia conformativa sulla riedizione del potere, non equivale ad un accertamento negativo della infrazione e quindi non è idoneo a pregiudicare definitivamente il giudizio civile, salva la possibilità avvalersi di tale pronuncia come elemento di prova liberamente valutabile. In senso consonante: D. Dalfino, *op. cit.*, p. 90.

pieno riespandersi della libertà di apprezzamento del giudice civile. In questo caso, venendo meno la possibilità di avvantaggiarsi della decisione, un eventuale giudizio civile – che venga comunque promosso dal danneggiato - si atteggerà come *stand-alone* e l'attore dovrà farsi carico in solitaria dei gravosi oneri di allegazione e prova.

Anche qui distanziandosi dal regolamento n. 1/2003, la direttiva presuppone che la decisione nazionale sia già stata adottata, senza postulare un dovere di evitare conflitti con decisioni in corso di emanazione e quindi senza prevedere la possibile sospensione del giudizio civile in attesa della definizione del procedimento amministrativo[15]. Tuttavia, indicazioni improntate a maggiore prudenza emergono dalla legislazione nazionale e segnatamente dalle previsioni che nel contesto delle azioni di classe e delle azioni rappresentative consumeristiche (alla lettera, solo in sede di vaglio preliminare di ammissibilità) ammettono – con formulazione eccessivamente generica, ma evidentemente ricalcata proprio sullo scenario della parallela pendenza di una istruttoria dinanzi all'Autorità garante in ordine alla medesima violazione – l'arresto facoltativo del giudizio civile già in pendenza dell'istruttoria amministrativa (art. 840 *ter*, comma 3, c.p.c.; art. 140 *septies* d.lgs. n. 206/2005). A queste si aggiunge oggi l'art. 4, comma 8, d.lgs. n. 3/2017, frutto di iniziativa autonoma del legislatore nazionale, consentendo al giudice civile di sospendere il processo quando venga richiesto l'accesso al fascicolo dell'Autorità ed un arresto temporaneo appaia opportuno al fine di "salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza". La disposizione finisce così per legittimare indirettamente la generale praticabilità, anche al di fuori delle azioni di classe e collettive, di un'eccezionale sospensione *facoltativa*

15. Rammenta l'Avv. gen. Szpunar, nelle sue Conclusioni nella causa *RegioJet* (5 maggio 2022, caso C-57/21, § 43-47) che né l'art. 16 regolamento n. 1/2003 né *a fortiori* la direttiva 2014/104/UE impongono la sospensione necessaria del processo civile in pendenza del procedimento amministrativo ed anzi le norme della direttiva in materia di divulgazione di prove presuppongono proprio la parallela pendenza dell'istruttoria amministrativa e del processo civile. Lo stesso art. 16 del regolamento non impone necessariamente al giudice nazionale di sospendere completamente il processo, ma solo di astenersi dal dichiarare inesistente la violazione sulla quale sta indagando la Commissione. In ogni caso, anche se il processo viene sospeso, al giudice resta il potere di ordinare la divulgazione di prove in possesso della Autorità (Corte di giust., 12 gennaio 2023, caso C-57/21, *RegioJet*).

del processo civile in pendenza (non di altro giudizio, ma) di un procedimento amministrativo "influente". Infine la direttiva, diversamente dal regolamento n. 1/2003, presuppone che, per poter riverberare in sede civile un effetto conformativo, la constatazione della violazione sia cristallizzata in una decisione divenuta definitiva per preclusione delle impugnazioni ordinarie[16]. In conseguenza di tale scelta, nulla la direttiva dice circa gli effetti della decisione non ancora definitivamente stabilizzata, che fosse comunque prodotta in sede civile; né tantomeno si preoccupa dell'interferenza con il giudizio davanti al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto amministrativo. Benché il generoso regime della prescrizione disegnato dall'art. 8, comma, 2 d.lgs. n. 3/2017 consenta di attendere con relativa tranquillità – almeno negli ordinamenti che non conoscono termini di prescrizione assoluti – l'esito del giudizio amministrativo prima di intraprendere l'azione in sede civile, sono tutt'altro che infrequenti i processi avviati sulla base di decisioni non ancora stabilizzate e dalle quali è ragionevole possa ricavarsi una fonte di prova altamente persuasiva[17]. In simili casi, non può dirsi che la pretesa dell'attore sia fondata sulla decisione: conseguentemente, la legittimità della decisione, oggetto del giudizio amministrativo, non rappresenta a rigore un tema pregiudiziale. Siamo pertanto fuori dallo schema dell'art. 295 c.p.c.[18]. Escludere l'arresto necessario del giudizio civile risulta in definitiva coerente con la prevalente *ratio* dell'art. 7 d.lgs. n. 3/2017, privilegiando – rispetto alla prevenzione del rischio di con-

16. Poiché il vincolo attiene alla constatazione della infrazione, la decisione deve considerarsi *definitiva* e quindi vincolante per il giudice civile la decisione che sia stata impugnata *esclusivamente in ordine ad aspetti o "capi" non rilevanti ai fini civilistici* e tipicamente solo in ordine alla *quantificazione* della sanzione pecuniaria.

17. Per il valore di "prova privilegiata", altamente persuasiva ma non vincolante: D. Dalfino, *op. cit.*, p. 102; P. Fabbio, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle Autorità della concorrenza nazionali, cit.*, p. 377.

18. Nel medesimo senso, con argomentazioni non pienamente coincidenti: D. Dalfino, *op. cit.*, pp. 101 ss.; A.D. De Santis, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, RomatrEpress, Roma, 2023, p. 134. Si consideri inoltre che un vero e proprio contrasto tra i due piani non deriva necessariamente dall'annullamento del giudicato amministrativo, posto che il motivo dell'annullamento di regola non esclude in radice l'esistenza della infrazione. A fronte di decisione dell'Autorità garante nazionale contro cui penda impugnazione, esclude la sospensione necessaria, valorizzando gli accertamenti amministrativi non ancora definitivi: Trib. Milano 23 agosto 2021, n. 7025.

trasti – il diritto della vittima ad ottenere una tutela tempestiva avvalendosi del materiale informativo ricavabile dalla decisione ancora *sub judice*. Ciò non toglie che, quando appaia opportuno alla luce dei motivi di impugnazione, resti praticabile la sospensione discrezionale del processo civile in cui la decisione venga "invocata" quale prova: come si ricava dalle già citate previsioni in materia di azione di classe che appunto prevedono la mera facoltà di sospensione anche in pendenza del giudizio amministrativo "influente" ed in coerenza con la soluzione preferibile pure in relazione all'impugnazione delle decisioni della Commissione, nonostante queste ultime siano immediatamente vincolanti[19].

2. *L'irrisolta disputa sulla "natura" del vincolo sancito dall'art. 7 d.lgs. n. 3/2017*

A fronte del vincolo oggi imposto da un'espressa disposizione di fonte unionale, che circoscrive l'autonomia procedurale degli Stati membri, l'interprete non può che prendere atto della precisa opzione normativa, a prescindere dal grado di condivisione dell'opportunità di tale soluzione[20].

Se, quindi, la direttiva induce ad adottare una interpretazione evolutiva delle norme processuali nazionali, in nome dell'esigenza di effettività espres-

19. Con riguardo alle decisioni della Commissione, Corte di giustizia 18 aprile 2024, caso C-605/21 *Heureka Group*, § 80, incidentalmente osserva che il giudice nazionale non è affatto tenuto a sospendere in pendenza del giudizio di impugnazione dinanzi alle Corti europee, purché non si discosti dalla decisione, vincolante fino a che non venga rimossa. La Corte avalla così le considerazioni dell'Avvocato generale Kokott (Conclusioni, 21 settembre 2023, caso C-605/21 *Heureka Group*, § 64 ss.), a mente del quale sarebbe poco perspicuo un sistema che prevedesse una sospensione solo facoltativa in attesa della decisione, salvo poi imporre l'arresto quando la decisione esiste, ma viene impugnata. Precisa, inoltre, l'Avvocato generale che l'opportunità di attendere l'esito va commisurata inter alia anche alle esigenze di tutela effettiva della vittima (§ 68). V. *si vis*, il nostro *Procedimenti paralleli in materia antitrust: (ir)ragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della Commissione CE (II)*, in Int'l Lis, 2009, pp. 133 ss.

20. Manifesta la propria preferenza per un più duttile coordinamento istruttorio, sulla falsariga di quello codificato per le Autorità straniere e quindi aperto alla prova contraria, di cui anzi auspica la generalizzazione *de jure condendo*: A.A. Romano, *op. cit.*, p. 706. Il coordinamento istruttorio ottiene in effetti il risultato sperato con il minimo mezzo: consente di valorizzare i penetranti poteri di indagine dell'Autorità ed evitare defatiganti duplicazioni istruttorie, senza eccessivamente comprimere i diritti di difesa e lasciando almeno formalmente intatta la libera ed autonoma valutazione giudiziale (v. *si vis* anche il nostro *Intervento*, in *I Conflitti economici e la giurisdizione*, Atti del XXXIII convegno nazionale, *Quaderni dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Civile*, Bologna U.P., Bologna, 2023, p. 247).

sa dalla volontà politica di incentivare il *private enforcement* a completamento dell'azione amministrativa *antitrust*; nondimeno, l'interprete non può e non deve trascurare il complessivo equilibrio del sistema. Non stupisce quindi che, ad ormai più di un lustro dalla sua comparsa, la novità introdotta dall'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 continui ad alimentare un irrisolto dibattito, almeno tra i cultori del processo civile, intorno alla qualificazione e precisa collocazione sistematica della regola.

I vari tentativi di ricondurre la previsione nell'alveo delle categorie processuali interne possono sostanzialmente ricondursi a tre diverse impostazioni.

In primo luogo, se ne è predicato l'accostamento alla *res judicata*[21]. In questa chiave, si è osservato che saremmo addirittura di fronte ad un inedito "*iper-vincolo*", di cosa giudicata e insieme di prova legale[22]. Più precisamente, si tratterebbe di un vincolo ancor più pregnante di quello che deriva dalla cosa giudicata in quanto esteso non solo al *decisum*, cioè alla constatazione della infrazione, ma pure alla ricognizione a guisa di prova legale delle singole circostanze di fatto apprezzate in motivazione. Benché l'accertamento della concreta volontà di legge sempre postuli insieme un giudizio di diritto e di fatto, in questo specifico caso la misura iperbolica del vincolo deriverebbe dal dovere giudiziale di conformarsi ai singoli accertamenti fattuali anche indipendentemente dalla loro essenzialità ai fini dell'accertamento dell'infrazione[23]. Credo tuttavia che una simile latitudine del vincolo non risulti imposta dalla lettera della previsione: anzi, l'intenzione di circoscriverne la portata oggettiva si desume dall'esplicita esclusione delle valutazioni attinenti all'esistenza e misura

21. Limitando i riferimenti ai contributi più recenti: P. Comoglio, *Note a una prima lettura del d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 991; Id., *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 195; P. Valerini, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in B. Sassani (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, Pacini, Pisa, 2019, pp. 141 ss.; nonché, sia pure in chiave critica: A.A. Romano, *op. cit.*, p. 680; G. Greco, L'*accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, p. 1005.

22. A.A. Romano, *op. cit.*, pp. 682 ss., con dichiarata intenzione critica rispetto ad una soluzione che eccede quanto necessario per alleviare l'onere probatorio del danneggiato e sopravvaluta le esigenze di coerenza rispetto a quelle della difesa.

23. A.A. Romano, *op. cit.*, p. 683.

del danno risarcibile del nesso causale con la condotta. Ciò che non può essere ridiscusso è solo l'esistenza di una condotta con determinate caratteristiche merceologiche geografiche e temporali, la sua attribuzione all'autore e la sua contrarietà ai precetti *antitrust*. L'esasperazione del condizionamento esercitato dalla decisione sul libero apprezzamento del giudice civile, elevando a vincolante accertamento autonomo qualsiasi circostanza fattuale menzionata nella motivazione, finisce per esacerbare il latente conflitto con i principi del giusto processo. Certo, per delimitare le affermazioni effettivamente vincolanti sarà necessario interpretare la portata decisione, che dev'essere desunta dal suo dispositivo, letto alla luce della motivazione dove si trova contenuta la descrizione della condotta illecita[24]. L'esercizio di sceverare tra motivi "portanti" ed affermazioni meramente periferiche ed incidentali non credo, tuttavia, presenti difficoltà maggiori rispetto a quelle che ordinariamente si pongono con riguardo, ad esempio, alla portata del vincolo derivante dall'art. 651 c.p.p.

Più in generale, le prospettive che riconducono gli effetti della decisione dell'Autorità garante alla "cosa giudicata sostanziale" si scontrano con due dati. In primo luogo, si tratterebbe di un anomalo "giudicato non giurisdizionale", dato che, pacificamente, l'Autorità garante non è giudice e nemmeno svolge funzioni obiettivamente giurisdizionali[25], mancando qui la nota caratteristica della giurisdizione, *i.e.* la terzietà del giudice rispetto agli interessi in conflitto[26]; in secondo luogo, l'assimilazione non regge sul piano della qualità e stabilità degli effetti dell'accertamento contenuto nella decisione adottata dall'Autorità, dato che la veste e la sostanza amministrativa del provvedimento comportano l'astratta possibilità di autotutela e quindi il difetto di un connotato essenziale dell'accerta-

24. La Corte di giustizia, richiesta di interpretare la portata della decisione della Commissione allegata in sede civile, ha precisato che a tal fine rileva solo il "dispositivo" letto alla luce dei motivi, escludendo invece che possano assumere rilievo, per determinare l'oggetto della violazione, le considerazioni svolte al solo fine di determinare l'importo della sanzione ed *a fortiori* documenti esterni alla decisione, come ad esempio le richieste di informazioni (Corte di giustizia, 1 agosto 2022, caso C-588/30 *Landkreis Northeim v. Daimler*).

25. Corte cost. 31 gennaio 2019, n. 13 e Corte giust., 31 maggio 2005, caso C-53/03, *Syfait.*

26. Dirimente mi pare la circostanza che l'Autorità è legittimata a difendere le proprie decisioni nel giudizio di impugnazione, di cui è parte necessaria; che l'Autorità sia portatrice, come di regola avviene per la P.A., di un interesse proprio al perseguimento del fine generale cui è preposta, risulta poi anche dall'art. 21-*bis*, legge n. 287/1990.

mento giurisdizionale, cioè la non ritrattabilità da parte del suo autore[27].

L'accostamento agli effetti che il giudicato penale di condanna produce nei giudizi di risarcimento del danno da reato ai sensi dell'art. 651 c.p.p. è ciononostante assai diffuso e sotto molti profili calzante[28]. In entrambi i casi, si tratta di un vincolo che opera *secundum eventum*[29]; come il giudicato penale di condanna vincola in ordine alla "sussistenza del fatto, la sua illiceità penale e l'affermazione che l'imputato lo ha commesso", anche nel nostro caso la decisione con cui l'Autorità constata una violazione del diritto della concorrenza esige rispetto non solo in ordine all'accertamento di fatti storici nella loro materialità, ma pure in ordine alla qualificazione di tali fatti come violazioni delle norme *antitrust* ed alla loro imputazione all'autore[30].

Pur se anch'esso improprio, dato che qui non si tratta di una decisione proveniente dal circuito giurisdizionale, l'accostamento agli effetti del giudicato penale nei giudizi extra-penali consente comunque di mettere a fuoco il carattere *spurio* del vincolo[31], che rende labili i confini tra *res judicata* e prova[32].

Da qui è breve il passo che riconduce gli effetti della decisione direttamente

---

27. D. Dalfino, *op. cit.*, pp. 93 ss. e, *si vis*, il nostro: *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, *cit.*, p. 490.

28. M. De Cristofaro, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del* private antitrust enforcement, in *AIDA*, 2016, pp. 100 ss., pp. 117 ss.; B. Cavallone, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, in F. Rossi Dal Pozzo - B. Nascimbene (a cura di), *Il* private enforcement *delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 39 ss.

29. Cioè solo a vantaggio e mai contro il danneggiato assente, come si ricava dall'art. 652 c.p.p. che estende il giudicato penale assolutorio solo nei confronti del danneggiato che si fosse costituito parte civile, o almeno fosse stato concretamente posto in condizioni di costituirsi essendo stato citato all'udienza preliminare o al dibattimento e sempre che il danneggiato non abbia proposto azione civile autonoma ex art. 75 comma 2. c.p.p.

30. Sulla portata del vincolo al giudicato penale di condanna, per tutti: A. Carratta, *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile, in Riv. dir. proc., 2020, pp. 1442 ss.*, 1444. La tendenziale limitazione dell'efficacia esterna del giudicato penale ai soli profili oggettivi del reato non pregiudica necessariamente la diversa soluzione prospettata con riguardo alla valutazione della colpa che l'Autorità effettui a fini sanzionatori, fermo che in ogni caso la vittima potrebbe fare leva sull'art. 2600 c.c.

31. A. Carratta, *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile, cit.,* p. 1447; A. Henke, *L'efficacia degli accertamenti del giudice penale nelle cause IP*, in A. Giussani (a cura di), *Il processo industriale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 89, p. 94; C. Consolo, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile: antico problema risolto a metà*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 248.

32. Come osservava già P. Comoglio, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie*, *cit.*, p. 215.

sul piano della prova: naturalmente in termini di prova legale ed "irrefutabile"[33]. In questa prospettiva, che in definitiva si pone in linea di continuità con la logica pretoria della "prova privilegiata", emergerebbe la complanarità tra il primo ed il secondo comma dell'art. 7, che in questa chiave appare quale norma che dispone l'efficacia del provvedimento lungo una linea crescente, che dalla prova valutabile insieme alle altre (per le Autorità straniere) giunge sino alla prova legale che non ammette smentita (per l'Autorità nazionale). Sia chiaro però che si tratta di una prova *sui generis*, dato che la decisione definitiva comporta l'innegabile preclusione anche del riesame della qualificazione del fatto alla stregua delle norme di diritto e dunque di una *quaestio iuris*: ed infatti, si è parlato di una "prova vestita" per sottolineare il fatto che, per volontà espressa di legge, in questo caso il vincolo attiene non solo all'accertamento dei fatti ma si estende «eccezionalmente anche alla qualificazione giuridica che agli stessi fatti e stata attribuita dalla Autorità»[34]. Come ognun vede, si tratta comunque di coperte troppo corte.

Una terza impostazione cerca di uscire dall'*impasse* leggendo nell'art. 7 d.lgs. 3/17 una «*presunzione assoluta* di illiceità della condotta accertata dall'Autorità»[35], collocando quindi il fenomeno sul terreno, prettamente sostanziale, della costruzione della fattispecie. Di presunzione assoluta, a proposito degli effetti attribuiti alle decisioni del Garante nazionale, discorre invero anche la Corte di giustizia in una recente pronuncia; ma lo fa al fine precipuo di individuare, secondo una interpretazione autonoma, il regime temporale di appli-

33. D. Dalfino, *op. cit.*, p. 101, reputandola l'unica ricostruzione costituzionalmente compatibile; *A. Carratta, Intervento, in I Conflitti economici e la giurisdizione, cit., p. 271; A.* Barletta, *Violazione di norme antitrust: aspetti processuali della nuova disciplina sui giudizi di risarcimento*, in *Ri. Da. Re.*, 2017, deducendone che l'inosservanza della decisione non comporta *de plano* la nullità della sentenza, ma solo un vizio denunciabile come violazione di legge; S. Vincre, *La Direttiva UE 104/2004 sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 1153 ss., p. 1182; P. Iannuccelli, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'UE e la Direttiva 2014/104*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 163.

34. A. *Carratta, Intervento, in I conflitti economici e la giurisdizione, cit.*, p. 271.

35. V. anche l'art. L 481-2 *Code consommation* francese che utilizza appunto la formula lessicale «*présomption irréfragable*". Peraltro è noto che il *code civil* del 1806 ed il nostro codice civile del 1865 riconducevano a presunzione legale assoluta la stessa autorità di cosa giudicata; si rischia quindi per questa via di rinverdire antiche formule con un guadagno in definitiva solo lessicale.

cazione *ratione temporis* dell'art. 9 della Direttiva, alla luce del discrimine che l'art. 22 traccia tra disposizioni sostanziali e processuali[36]. L'indicazione non può essere, a mio parere, sovrastimata e valorizzata ad altri fini[37]. Occorre infatti comprendere se ed in che modo la prospettiva che abbiamo definito "sostanziale" sia utile a risolvere altri ordini di problemi e soprattutto a colmare le lacune o le zone d'ombra della disciplina.

Seguendo questa prospettiva, la decisione definitiva, quando esistente, diverrebbe per espressa volontà di legge un «elemento della fattispecie»[38], nel senso che il giudice deve recepire la violazione e la riconducibilità al suo autore per come risultano dalla decisione definitiva, con la conseguenza che tali questioni sono espunte del *thema decidendum ac probandum*[39]. Secondo l'Autore che ha maggiormente sviluppato questo spunto, l'adozione della decisione definitiva che accerti l'infrazione, ove allegata dall'attore a fondamento della sua pretesa, rileverebbe in definitiva come *fatto* costituivo del diritto al risarcimento del danno[40]. Adottando questo angolo visuale, certamente trovano lineare spiegazione sia la preclusione di ogni prova contraria, entro i limiti oggettivi della constatazione amministrativa; sia, e soprattutto, la stessa in-

36. Corte di giustizia, 20 aprile 2023, caso C-25/21, *Repsol*, § 44-46. La Corte si discosta tuttavia dalle conclusioni dell'Avvocato generale (che incentrava il discrimine temporale sulla cessazione degli effetti delle condotte oggetto della causa risarcitoria,), sposando una versione "debole" della non retroattività e facendo leva, indipendentemente dal momento in cui possa dirsi "esaurita" la vicenda da cui nasce la pretesa risarcitoria (momento discriminante invece con riguardo ad altre previsioni "sostanziali", *cfr.* Corte giust., 22 giugno 2022, caso C-267/20, *Volvo Daf*) sul momento in cui diviene definitiva la decisione amministrativa.

37. Sulla relatività del discrimine tra norme processuali e sostanziali, per tutti: V. Denti, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali,* in *Riv. dir. proc.,* 1964, p. 64.

38. G. Parodi *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust nella nuova disciplina del* private enforcement*. Su alcune questioni di rilievo costituzionale*, in *Contratto e impr.*, 2021, p. 1140 s.; B. Giliberti, *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 *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, pp. 7 ss., osservando che allorquando il provvedimento intervenga, concretizza l'ordinamento divenendo la sola regola applicabile.

39. R. Vaccarella, *Motivi inerenti alla giurisdizione: problemi vecchi e nuovi*, in *I conflitti economici e la giurisdizione, cit.*, p. 6, nota 1.

40. A.D. De Santis, *La Direttiva 104/2014/UE e il suo impatto sul processo civile*, in in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 137 ss.; Id., *Intervento* in *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti. Quaderni dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Civile*, Atti del XXXII Convegno nazionale, Bologna University Press, Bologna, 2020, 474 ss., p. 484; Id., *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile, cit.*, pp. 133 ss.

concepibilità di un "distacco" del giudice dalla decisione che accerti l'infrazione[41]. Questa, pur essendo un provvedimento amministrativo, sfuggirebbe al potere di disapplicazione incidentale per la semplice ragione che nel giudizio risarcitorio rileverebbe come *mero fatto*, della cui esistenza il giudice può solo prendere atto fino a che non venga rimosso nella sede propria[42]. Meno persuasivo mi appare il tentativo di argomentare la riproponibilità della domanda risarcitoria, già una prima volta respinta, allegando la sopravvenuta – e quindi in precedenza non deducibile – decisione definitiva del Garante: decisione pur sempre relativa alla medesima vicenda storica, ma qui intesa quale elemento costitutivo sopravvenuto di una fattispecie concorrente[43]. Non è questa la sede per sciogliere il nodo dei conflitti tra giudicato civile e decisioni ammnistrative, precedenti o successive[44], ma credo possano sollevarsi fondate perplessità nei confronti di un ragionamento che finisce a conti fatti per ammettere (non solo per il segmento temporale futuro) il superamento del giudicato civile già formatosi ad opera di quello che, comunque, resta pur sempre un successivo accertamento amministrativo dei medesimi fatti[45].

41. Sotto altri profili, invece, la prospettiva "sostanziale" risulta relativamente neutra o comunque non decisiva. Con riguardo all'onere di allegazione, se ne ricava che, trattandosi di fatto costitutivo della pretesa, l'esistenza della decisione dev'essere tempestivamente allegata e documentata dalla parte, e la sua esistenza *in actis* non sarebbe rilevabile *ex officio*; laddove, ragionando in termini di assimilazione al giudicato, dovrebbe concludersi in senso diametralmente opposto (il che all'atto pratico rileva anche e soprattutto nel senso che l'allegazione del documento comprovante il precedente giudicato sfugge al regime delle preclusioni). Tuttavia, la necessaria allegazione ad opera della parte risulta coerente anche con l'inquadramento in termini di prova legale ed in definitiva – a prescindere dalla qualificazione – potrebbe argomentarsi dalla prevalente *ratio* della previsione, più coerente con un regime che consenta alla parte di avvantaggiarsene se lo vuole (per ulteriori riferimenti, il nostro: *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile,* cit, p. 493). La stessa asimmetria del vincolo, che nella prospettiva sostanziale si spiega linearmente perché in assenza di condanna amministrativa mancherebbe il fatto costitutivo "speciale", ben può trovare adeguata sistemazione anche ragionando in termini di cosa giudicata, quale ulteriore ipotesi di estensione dell'accertamento *secundum eventum litis.*

42. A.D. De Santis, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile*, *cit.*, p. 134.

43. A.D. De Santis, *La Direttiva 104/2014.UE*, *cit.*, p. 159; Id., *Intervento*, in *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti, cit.*, p. 485.

44. Tema poco indagato, sul quale: P. Valerini, *op. cit.*, p. 139 s.; G. Carovano, *op. cit.*, p. 429.

45. G. Ruffini, *Intervento*, in *I conflitti economici e la giurisdizione*, *cit.*, p. 284, argomentando dalla disomogeneità tra il giudicato civile e la decisione amministrativa. Sul tema, tutt'altro che assestato anche nei rapporti tra giudicati, si rinvia all'indagine di M. Gradi, *Il contrasto teorico tra giudicati*, Cacucci, Bari, 2020, *passim* e spec. pp. 244 ss., pp. 364 s., il quale propugna una lettura

Quel che più conta, in definitiva, è che, oltre a postulare uno sdoppiamento della fattispecie a seconda che sia o meno allegata una decisione ed inoltre che tale decisione sia già divenuta definitiva, la proposta ricostruttiva sopra delineata risulta in definitiva del tutto neutra rispetto al problema centrale sollevato dall'art. 7 d. lgs. n. 3/2017.

Indipendentemente dalla veste dogmatica di cui lo si voglia rivestire, infatti, il vincolo così istituito innegabilmente entra in tensione con i principi del giusto processo, alterando i rapporti che ordinariamente intercorrono tra potere amministrativo e giurisdizionale[46] e limitando i diritti di difesa dell'impresa convenuta in sede civile.

Il perno dell'equilibrio dell'intero sistema, come pure deve dirsi a proposito dell'art. 16 regolamento n. 1/2003, è dunque rappresentato dall'imprescindibile necessità di un sindacato giurisdizionale effettivo e quanto più completo possibile sulla decisione amministrativa[47]. Senza pretesa di chiudere in poche battute un tema assai articolato, che mobilita questioni di vertice intorno al concetto di giurisdizione "piena" ed alla congruenza dell'attuale assetto del riparto di giurisdizione in questo settore [48], deve a questo proposito prendersi atto della tendenza – pur se non appieno consolidata – verso un progressivo assestamento della giurisprudenza amministrativa sul massimo grado di approfondimento dello scrutinio compatibile con la struttura impugnatoria del giudizio[49].

---

dichiaratamente innovativa del contrasto logico o "semi-pratico" tra giudicati relativi a rapporti collegati da pregiudizialità-dipendenza, argomentando la praticabilità di rimedi successivi quando sopravvenga una decisione sul rapporto pregiudiziale che smentisca la soluzione accolta dal *previo giudicato sul rapporto dipendente.*

46. Certo, potrebbe dirsi che l'ambito della cognizione giudiziale risulterebbe vincolato non già da un provvedimento amministrativo, ma direttamente *dalla legge* che pone la presunzione assoluta. Resta comunque che la presunzione assoluta viene dalla legge fondata sul provvedimento amministrativo, che appunto il giudice deve per legge rispettare.

47. Sul "corto circuito" tra garanzia dell'indipendenza del giudice, tutela dei diritti di difesa dell'impresa convenuta e pienezza del sindacato giurisdizionale sul provvedimento amministrativo, si rinvia *ex multis* a: G. Parodi, *op. cit.*, p. 1162; F. Goisis, *op. cit*, pp. 71 ss.

48. Si rinvia in argomento a F. Goisis, *op. cit*., pp. 71 ss.; Id., *La pienezza di giurisdizione come strumento di compensazione ex post nell'esperienza europea e statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, pp. 3 ss.; A.A. Romano, *op. cit.*, pp. 688 ss.; D. Dalfino, *op. cit.*, pp. 46 ss.

49. Per l'esplicito riconoscimento da parte del Consiglio di Stato della necessità di esercitare, senza zone d'ombra, un giudizio di "maggiore attendibilità" delle valutazioni tecniche opinabili: Cons. di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990; *cfr.* tuttavia: Id., 4 giugno 2020 n. 3501 e id., 27

Nondimeno, pur dando per ammessa l'adeguatezza dello scrutinio che l'impresa può sollecitare dal giudice ammnistrativo, il vincolo sancito dall'art. 7.1 d. lgs., n. 3/2017, soprattutto con riguardo alla decisione inoppugnabile[50], resta pur sempre un fenomeno deviante rispetto alle coordinate consuete dei rapporti tra giudizio ordinario e pubblici poteri, rispetto al quale – comunque lo si qualifichi – occorre in primo luogo cogliere precisamente in che misura e con quale forza operi. A questo proposito viene in rilievo la già evocata questione se il giudice civile possa "disapplicare" la decisione, esercitando il potere che l'art. 5 legge n. 2248/1865 (All. E) riconosce in generale al giudice civile dinanzi al quale sia invocata una decisione amministrativa, ed in particolare se possa disapplicare la decisione stabilizzatasi in assenza di impugnazione. Nonostante un'allusione in tal senso contenuta nella Relazione, non può non riconoscersi che l'esercizio del potere di disapplicazione mal si concilia con la chiara intenzione del legislatore europeo di impedire all'impresa di contestare nuovamente gli accertamenti amministrativi divenuti definitivi, e quindi cristallizzatisi a valle dell'effettivo o comunque possibile vaglio giurisdizionale, offrendo così al danneggiato una base sicura dalla quale partire. Convergono d'altronde verso l'esclusione della disapplicazione sia le impostazioni che parificano il vincolo a quello derivante dal giudicato, sia le impostazioni che collocano il vincolo sul piano della prova legale o, *a fortiori*, di una presunzione

giugno 2024, n. 5664 con riguardo al mercato rilevante. Come è stato autorevolmente rilevato, *episodici* arretramenti della tutela rispetto allo *standard* di sindacato (già in precedenza avallato da: Corte eur. diritti dell'uomo 27 dicembre 2011, *Menarini Diagnostics*) potrebbero trovare rimedio nel ricorso individuale alla Corte europea dei diritti dell'uomo; non invece, si chiosa, con ricorsi ai sensi dell'art. 111 comma 8 cost., dato che la Suprema Corte ha sempre rifiutato di censurare il grado di approfondimento del controllo operato dal giudice amministrativo in quanto attinente ad un *error in procedendo* (per tutte: Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013; id., 3 novembre 2021, n. 31311) e ciò a maggior ragione a valle di Corte cost. 24 gennaio 2018, n. 6 e degli epiloghi delle vicende *Avastin* (Cass. sez. un. 5 ottobre 2021, n. 26920) e *Randstadt* (Corte di giustizia 21 dicembre 2021, caso C-497/2020; Cass. civ., sez. un., 30 agosto 2022, n. 25503), con la conseguente riaffermazione della tradizionale lettura restrittiva della nozione dei limiti "esterni" della giurisdizione.

50. Ma non diversamente in definitiva pure con riguardo alla decisione confermata dal giudice amministrativo, considerando che il rigetto della impugnativa, proprio in ragione dell'attuale conformazione del giudizio amministrativo, non equivale ad una declaratoria di sussistenza dell'infrazione, promanando l'accertamento vincolante pur sempre dal provvedimento amministrativo "confermato" o, meglio, non annullato.

assoluta *iuris et de jure*[51]. Alla stessa conclusione giunge chi, prescindendo dalle categorie processualcivilistiche, prende atto dell'attribuzione *ex lege* di una vera e propria efficacia provvedimentale autonoma al capo della decisione che contiene l'accertamento dell'infrazione, escludendone conseguentemente la disapplicazione in sede civile, in quanto equivarrebbe di fatto ad annullamento dell'atto, eludendo i termini di decadenza per l'impugnazione, e comunque avallerebbe un abuso del processo da parte delle convenute[52]. Resta l'espresso riferimento all'art. 267 TFUE che l'art. 7 d. lgs. n. 3/2017 riprende dalla Direttiva, in linea con i principi espressi dalla Corte del Lussemburgo nella sentenza *Masterfoods*[53]. La complessiva compatibilità sistematica del vincolo non solo postula che i diritti difensivi della parte che lo subisce trovino adeguato contrappeso nell'imprescindibile possibilità di un effettivo e penetrante vaglio giurisdizionale in sede di impugnazione della decisione; che residui in capo al giudice civile un ambito non del tutto marginale di libero apprezzamento, sui profili propriamente civilistici relativi all'*an* e *quantum* del danno ed al nesso causale; ma riposa pure sulla facoltà che al giudice civile deve restare in qualche misura aperta di svincolarsi dell'accertamento amministrativo quando lo reputi illegittimo sotto il profilo della violazione del diritto *europeo* e ciò anche quando tale accertamento, proveniente da una Autorità nazionale, non sarebbe più impugnabile dalla parte privata[54]. In conclusione, potrebbe dirsi che la de-

51. Oltre al già citato A.D. De Santis, escludono la disapplicazione, pur variamente orientati quanto alla "natura" del vincolo anche: A.A. Romano, *op. cit.*, p. 693, nt. 70; G. Parodi, *op. cit.*, p. 1160; D. Dalfino, *op. cit.*, p. 99; P. Comoglio, *Note a una prima lettura, cit.*, p. 1009.

52. F. Goisis, *op. cit.*, pp. 61 s. Secondo l'Autore l'art. 7 attribuisce *ex lege* effetto imperativo all'accertamento, conferendogli veste di provvedimento autonomo il cui effetto si esaurisce nell'autoritativa dichiarazione dell'infrazione.

53. Con riguardo alle decisioni della Commissione, nel senso che al cospetto di una previa decisione della Commissione, in caso di dubbio sulla sua legittimità, il giudice nazionale possa deferire la questione alla Corte UE: Corte di giustizia, 14 dicembre 2000, caso C-344/98, *Masterfoods*, *cit.*, § 54.

54. Con riguardo alle decisioni nazionali, ci si riferisce naturalmente al rinvio pregiudiziale interpretativo, possibile almeno quando facciano applicazione del diritto dell'Unione. Con riguardo all'art. 16 regolamento n. 1/2003, nel senso che ogni dubbio di eccessiva compressione della "indipendenza" del giudice nazionale sia fugato dal potere di interpellare la Corte di giustizia con un rinvio di validità: Conclusioni di Avvocato generale Villalon, 26 giugno 2012, caso C-199/11 *Otis*, § 49 ss. In arg., v. anche: G. Puleio, *Lo statuto dell'illecito civile anticoncorrenziale tra giustizia compensativa e regolazione del mercato*, ESI, Napoli, 2021, p. 319; P. Fabbio, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle Autorità, cit.*, p. 374; con riguardo alle decisioni della Commissione,

cisione definitiva pone un vincolo assoluto quanto alle constatazioni in fatto, lasciando tuttavia potenzialmente spazio, almeno a fronte di decisioni non già confermate dal giudice amministrativo, ad un dissenso in diritto, che potrebbe tuttavia esprimersi *solo* investendo la Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale interpretativo e non invece sovrapponendo una propria autonoma valutazione a quella compiuta dall'Autorità garante.

3. *L'ambito applicativo del vincolo ed il suo perimetro oggettivo*

Indipendentemente dalla preferenza dell'interprete circa la "natura" del vincolo, tute le prospettive sin qui esaminate sottolineano il carattere eccezionale e derogatorio quindi del fenomeno, non ricavabile dal sistema in via interpretativa. Ed in effetti – dal momento che, di regola, il "capo di accertamento" contenuto in un atto amministrativo non riveste efficacia esterna ed autoritativa nei rapporti tra privati – l'idoneità a proiettare effetti vincolanti nell'ambito di un giudizio civile non può prescindere da un'espressa previsione di legge[55], non suscettibile pertanto di schietta applicazione analogica. Anche per chi preferisca sottolineare la continuità con la regola già sancita dall'art. 16 regolamento 1/2003 e quindi la "normalità" della subordinazione del giudice alla previa decisione amministrativa entro il micro-sistema dell'*enforcement antitrust*, il risultato non muta: precisamente, nel senso che non se ne può ammettere l'applicazione in via analogica *al fuori* dal contenzioso *antitrust.*

Se ne ricava che la regola (eccezionale o speciale, ma comunque derogatoria) non si applica alle decisioni rese da altre Autorità amministrative indipendenti, competenti in altri settori[56]. *De jure condito* ed in difetto di espressa previsione in tal senso, la regola nemmeno si applica alle decisioni adottate dalla medesima Autorità garante della concorrenza e del mercato nel diverso

v.: M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 510.

55. Nel senso che al legislatore sia consentito attribuire efficacia imperativa all'accertamento, ma che a tal fine occorra una previsione espressa: F. Goisis, *op. cit.*, pp. 63 ss.

56. D. Dalfino, *op. cit.*, p. 108.

settore delle pratiche commerciali scorrette[57], nonostante la contiguità dei due complessi normativi e nonostante anche in questo contesto le tutele civili il più spesso poggino su previe decisioni amministrative facendo emergere analoghe esigenze di coerenza decisoria[58]. Allo stato attuale, le esigenze di coordinamento possono trovare spazio, nelle materie diverse dal diritto della concorrenza come definito art. 2, lett. b, d.lgs. n. 3/2017, solo sul piano istruttorio. Ferma restandone l'autorevolezza, che esige la massima considerazione, alle decisioni amministrative dell'Agcm nel settore delle pratiche commerciali scorrette dovrebbe riconoscersi dunque un valore se non di "prova privilegiata", idonea ad innescare l'inversione dell'onere probatorio[59], certamente almeno di prova critica *ex* art. 2729 c.c., liberamente valutabile e comunque con piena apertura alla prova contraria[60]. D'altronde, la prudenza nell'espandere la regola del coordinamento rigido appartiene allo stesso legislatore comunitario, il quale

57. Nel senso che allo stato attuale le risultanze del procedimento amministrativo possano al più costituire un principio di prova: A. Genovese, *Profili di public e private enforcement dei divieti di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2022, I, p. 769. *Cfr.* P. Fabbio, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con articolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, p. 193 ss., ove già prima della direttiva si argomentava diffusamente l'identica efficacia vincolante delle decisioni dell'Autorità nel contesto antitrust ed in quello delle pratiche commerciali scorrette, in quanto soluzione ricavabile dal sistema ed essenzialmente dal principio immanente di coerenza dell'ordinamento, sotteso all'art. 16 regolamento n. 1/2003. L'A. ragionava, però, di vincolo salva disapplicazione (*op. cit.*, p. 213).

58. Diversa conclusione sembra potersi attingere con riguardo ai provvedimenti che l'Autorità garante assume ai sensi dell'art. 9, comma 3 *bis*, legge n. 192/1998, in materia di abusi di dipendenza economica di rilevanza concorrenziale. La sostanziale sovrapposizione di tale figura (cui di recente l'Autorità ricorre con maggiore frequenza; in argomento: S. Lopopolo, *L'abuso di dipendenza economica al vaglio dell'Agcm*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2022, pp. 177 ss.) rispetto all'abuso di posizione dominante giustificherebbe l'inclusione anche delle relative decisioni nell'orbita della Direttiva 104/2014 (G. Minervini *L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nelle prime decisioni dell'AGCM*, in *Riv. regolazione mercati*, 2022, I, pp. 517 ss., pp. 534 ss., p. 560).

59. V. *infra* nota 73.

60. Non mi intrattengo sui problemi che solleva l'art. 37 *bis* d. lgs. n. 206/2005, delineando un duplice binario di *public* e *private enforcement anche* nel settore delle clausole vessatorie senza tuttavia replicare la regola di coordinamento imposta dalla direttiva n. 104/2014. In argomento: G. De Cristofaro, *Vessatorietà e trasparenza delle clausole dei contratti b-to-c e procedimenti amministrativi di competenza dell'Agcm. Il novellato art. 37-bis c.cons.*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2023, pp. 517 ss., 546, orientato nel senso della non estensibilità *extra moenia* del vincolo. Per l'espansione in questo settore della logica della "prova privilegiata": Cass. civ., sez. I, 31 agosto 2021, n. 23655, in *Giur. comm.*, 2022, II, pp. 595 ss., nota De Luca e in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2022, pp. 108 ss. nota di Pistilli.

fuori dal settore della concorrenza adotta un atteggiamento assai più cauto, come si ricava dall' art. 15 della direttiva 1828/2020/UE, che si limita a prescrivere l'attribuzione ad eventuali previe decisioni amministrative di una non meglio precisata valenza di prova[61]. Con il d.lgs. 10 marzo 2023 n. 28, in sede di recepimento, il legislatore nazionale non ha tuttavia riprodotto la previsione: evidentemente stimando non ve ne fosse affatto bisogno, considerato il diffuso consenso circa l'utilizzabilità come elemento di convincimento delle decisioni provenienti da autorità indipendenti altamente qualificate[62]. Resta la facoltà (già prevista per le azioni di classe codicistiche) di sospendere il giudizio di ammissibilità dell'azione rappresentativa «quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo» (art. 140 *septies* cod. cons.): la previsione, certo *da sola* inidonea ad attribuire efficacia *vincolante* alle decisioni di qualsiasi autorità indipendente ed in qualsiasi materia, sembra comunque presupporre che la decisione attesa abbia almeno una qualche efficacia, appunto probatoria.

Il problema della corretta perimetrazione del vincolo si pone anche entro l'ambito suo proprio, e cioè quando la decisione accerti una infrazione *anti-*

61. Art. 15 e Considerando 64 direttiva 1828/2020/UE del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Per un commento critico circa l'atteggiamento rinunciatario del legislatore europeo: E. Camilleri, *La Dir. 1828/2020/UE sulle azioni rappresentative e il sistema delle prove*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2022, pp. 1053 ss. Cfr. il *Digital Markets Act*, normativa che – pur affermando di porsi come distinta e complementare rispetto all'*antitrust* – di fatto ne condivide le finalità ultime di tutela del mercato ed in cui coerentemente si riproduce una previsione del tutto corrispondente all'art. 16 regolamento 1/2003 in ragione della prioritaria esigenza di preservare il ruolo eminente della Commissione (art. 39, comma 5, regolamento (UE) 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale).

62. *Cfr.* tuttavia nel senso che l'utilizzo della decisione amministrativa come prova liberamente valutabile nell'ambito di giudizi civili, al pari dell'utilizzo in funzione probatoria della sentenza resa in altro processo, abbia carattere eccezionale ed esiga previsione espressa: A. A. Romano, *op. cit.*, p. 703. Diverso l'approccio della giurisprudenza che ammette ampiamente l'uso della sentenza come prova, poco o punto sensibile alle classiche obiezioni sollevate da Calamandrei (ribadite, giungendo mettere in dubbio la compatibilità costituzionale della tecnica, soprattutto da A. Castagnola, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, pp. 981 ss.), e che trova oggi autorevole sostegno in dottrina (A. Carratta, *Intervento*, in *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti. Quaderni dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Civile*, *cit.*, p. 472), anche nella direzione applicativa certo più discutibile e cioè quando la sentenza venga invocata come "prova" contro un terzo (A. Proto Pisani, *Dalla dommatica astratta all'irrompere del valore del diritto di difesa della Corte costituzionale*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, pp. 903 ss., 915).

trust. Come noto, infatti, il decreto di recepimento, sul punto fedele alla direttiva 2014/104/UE e diversamente dalla più generale previsione dettata con riguardo alle decisioni della Commissione dall'art. 16 regolamento n. 1/2003, prende in esame solo le azioni a *petitum* risarcitorio. In altra sede, avevo ritenuto possibile ed opportuno proporre un'interpretazione moderatamente estensiva della previsione, quando necessario per meglio assicurare l'efficienza del processo civile ed avevo quindi concluso per l'estensione del vincolo a tutte le conseguenze civilistiche di un'infrazione *antitrust* ed in primo luogo alle domande di nullità o restitutorie, spesso proposte in cumulo con quelle risarcitorie[63]. Una soluzione a mio parere tanto più consigliabile, vista la crescente enfasi sulle sanzioni invalidatorie, quale emerge in particolare dagli orientamenti del Supremo Collegio sulla sorte dei contratti a valle di intese nel caso delle fideiussioni Abi[64].

Deve tuttavia prendersi atto della diversa ed assai più cauta impostazione che emerge da una recente pronuncia della Corte di giustizia, resa in sede di rinvio pregiudiziale interpretativo nell'ambito di una controversia civile in cui gli eredi di un gestore di stazione di servizio chiedevano, nei confronti del fornitore di benzina già sanzionato dal garante nazionale per violazione dell'art. 101 TFUE mediante imposizione concertata dei prezzi di rivendita, la declaratoria di nullità dei contratti di fornitura ed il risarcimento del danno[65]. La Corte, infatti, afferma a chiare lettere che la domanda di nullità non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 9, il quale unicamente contempla le domande di risarcimento[66]. Nel contempo, esclusa ogni interpretazione che

63. V. il nostro *Intervento*, *cit.*, 486. *Cfr.*: D. Dalfino, *op. cit.*, p. 91; A.A. Romano, *op. cit.*, p. 694.

64. Nel caso delle fideiussioni bancarie riproducenti clausole uniformi redatte secondo lo schema Abi e già considerate frutto di un'intesa restrittiva (per la nullità parziale: Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994; la notorietà della vicenda esime in questa sede da citazioni dottrinali), il Supremo Collegio ha riconosciuto efficacia di prova privilegiata alla decisione emanata dalla Banca di Italia, all'epoca investita della funzione di attuare il diritto *antitrust* in tale specifico mercato (Cass.civ., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846). Con riguardo al caso *Euribor*, tuttavia, dopo un'analoga apertura alla sanzione di nullità dei mutui indicizzati (Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2023, n. 34889), la Suprema Corte ha avviato un ripensamento, sfociato infine nella sollecitazione di una nuova pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. civ., sez. I, 19 luglio 2024, n. 19900).

65. Corte giust., 20 aprile 2023, caso C-25/21, *Repso*l, § 32.

66. Resta così confermato che – diversamente da quanto deve dirsi per le decisioni della

pretenda di relegare l'accertamento amministrativo nell'irrilevanza, la Corte riconosce, tuttavia, che l'esigenza di preservare l'efficacia dell'*antitrust enforcement* e quindi l'effetto utile degli artt. 101 e 102 TFUE impone di attribuire comunque alla decisione definitiva *quantomeno* un peso probatorio *incisivo* nei giudizi civili e, segnatamente, un valore di presunzione relativa[67]. L'indicazione riecheggia e al tempo stesso corrobora la *doctrine* della "prova privilegiata", intesa quale presunzione giurisprudenziale fonte di una "verità interinale" determinante l'inversione dell'onere probatorio.

Evidentemente, tanto non esclude che il legislatore nazionale *possa* estendere l'ambito di applicazione del vincolo a tutte le "azioni civili *antitrust*", occorrendo tuttavia un'espressa previsione in tal senso.

La necessità di ricercare una soluzione che concili al massimo grado i diversi interessi e valori in gioco esige analoga cautela applicativa con riguardo alla corretta perimetrazione dell'ambito oggettivo del vincolo, che l'art. 7 del decreto di recepimento espressamente circoscrive alla «natura della violazione» ed alla sua «portata materiale, personale, temporale e territoriale»[68], ulteriormente chiarendo che ne esulano le questioni attinenti all'esistenza del danno e del nesso causale. Ne risulta che il vincolo, come già rammentato, non si estende oltre i confini dell'illecito come constatato nel dispositivo della decisione, letto alla luce della sua motivazione, e non copre le affermazioni in fatto meramente periferiche ed incidentali.

L'affermazione va ulteriormente precisata, sotto due diversi profili.

In primo luogo, se è vero che il giudice non può prescindere dall'accertamento amministrativo che una certa condotta, con determinate caratteristiche

---

Commissione – l'efficacia vincolante della decisione nazionale non è imposta dal diritto UE primario e nemmeno dal principio della certezza del diritto (Conclusioni Avvocato generale Pitruzzella, 8 settembre 2022 in causa C-25/21 *Repsol*, § 99).

67. Corte giust., *Repsol*, *cit.*, § 63. Nel senso che fuori dal campo di applicazione *ratione temporis* della Direttiva e quindi in assenza di una esplicita previsione normativa, la decisione possa valere solo come fonte di una presunzione relativa, v. già: Conclusioni Avvocato generale Kokott, 17 gennaio 2019 in causa C-637/17 *Cogeco comm. Inc.*, § 93 ss. V. *si vis*, analogamente il nostro *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, *cit.*, p. 486.

68. Incorporando i limiti oggettivi indicati nel Considerando 34 direttiva 104/2014, ed in linea con gli orientamenti della Corte di giustizia maturati con riguardo all'art. 16 regolamento n. 1/2003 (Corte di giustizia, 6 novembre 2012, caso C-199/11, *Otis*, § 65).

materiali temporali e territoriali, viola la norma *antitrust*, tanto tuttavia non esclude che il danneggiato possa sollecitare il giudice civile ad accertare che la condotta illecita abbia avuto un'estensione, cronologica o territoriale, maggiore di quella già constata[69].

In secondo luogo, quando le condotte per cui è causa sono simili, ma non coincidono appieno (distinguendosi appunto sotto il profilo cronologico o territoriale) con quelle accertate dal Garante, il giudice civile non risulta formalmente vincolato. Questo aspetto della perimetrazione del vincolo è da noi emerso con particolare vivacità nell'ambito del contenzioso seriale innescato dal caso delle fideiussioni bancarie *omnibus*. In quel contesto, la questione è stata affrontata: sia con riguardo all'oggetto della decisione[70]; sia e soprattutto con riguardo al profilo *temporale*, in relazione a contratti conclusi in un arco di tempo successivo a quello cui si riferiva l'accertamento amministrativo e come tali a rigore estranei alla sua portata vincolante[71]. Anche al di fuori del caso Abi, l'orientamento della giurisprudenza specializzata parrebbe nel senso di escludere l'efficacia vincolante quando la portata anche solo cronologica della decisione non coincida con quella della decisione amministrativa[72]. Il comprensibile

69. Conclusione particolarmente evidente con riguardo al vincolo asimmetrico derivante dalla decisione del Garante nazionale, che opera solo a vantaggio del danneggiato e mai *contro* di lui.

70. Arginando la tentazione di estendere la portata della decisione oltre il perimetro delle clausole ABI espressamente considerate, che riguardavano le sole fideiussioni *omnibus* e non invece quelle specifiche ovvero le garanzie a prima richiesta (Cass, sez. I, 22 agosto 2024 n. 21841; Trib. Napoli, sez. imprese, 13 aprile 2023 n. 3859, in *Giur. it*, 2023, p. 300 ss.).

71. Ammonisce contro la tentazione di assolutizzare la portata della pronuncia della Banca d'Italia, estendendola a contratti di molti anni successivi alle vicende sanzionate: M. Libertini, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2022, pp. 18 ss., p. 31. Nell'estrema difficoltà di tracciare una linea netta di demarcazione cronologica tra "effetti" ancora ascrivibili alle condotte sanzionate e contratti per i quali invece l'esistenza a monte dell'alterazione del mercato dovrebbe essere dimostrata *ex novo*, si è quindi proposto di fondare sulla previa decisione amministrativa una presunzione giurisprudenziale di persistenza della violazione: E. Camilleri, *La prova privilegiata sbiadita e le ambizioni frustrate del contraente a valle. Spunti per una presunzione legale iuris tantum*, in *Foro it.*, 2023, c. 1667 s.; non dissimile: L. Mariconda, *Sulla rilevanza del provvedimento della Banca d'Italia in tema di fideiussioni omnibus su schema ABI: da prova privilegiata a probatio diabolica?*, in *Dir. proc. civ. it. e comp.*, 2023, pp. 958 ss., p. 971.

72. Trib Milano, sez. imprese, 21 maggio 2020, n 2894, nel contesto di una controversia relativa a condotte dell'impresa dominante protrattesi oltre il referente cronologico della decisione amministrativa, afferma che quest'ultima rileva solo come "serio elemento probatorio" e non come accertamento vincolante; soggiungendo che in assenza di allegazioni da parte della convenuta che la situazione sia sotto un qualsiasi profilo mutata, il Tribunale potrebbe continuare

tentativo di fondare sulla previa decisione, esclusa la portata vincolante, una presunzione (giurisprudenziale) di "permanenza della violazione", che spetti alla convenuta vincere con prove idonee, mi sembra tuttavia debba essere posto a raffronto con quanto statuito dalla Corte UE nel già citato caso *Repsol*. La Corte di giustizia in tale sede ha infatti ulteriormente precisato l'intensità del condizionamento che la decisione amministrativa riverbera in sede civile, prendendo in considerazione la frequente situazione in cui la domanda deduca condotte *non appieno coincidenti* rispetto a quelle valutate in sede amministrativa: in simile ipotesi, afferma la Corte, la decisione, lungi dal porsi come premessa vincolante (prova legale o presunzione assoluta), nemmeno può fondare una presunzione relativa (come nel diverso caso in cui vi sia identità oggettiva) potendo assumere solo il più modesto valore di «*indizio*»: quale che sia, poi, il preciso significato che a questa espressione la Corte intende annettere[73].

Dato che la pronuncia si occupa in prima battuta delle domande *follow-on* che si collocano fuori dal perimetro applicativo della direttiva 104/2014 *ratione temporis* o *ratione materiae*, non risulta chiarissimo se, come parrebbe, la medesima efficacia depotenziata competa alla decisione che verta su condotte non pienamente coincidenti con quelle dedotte in sede civile, quando la direttiva risulta invece pienamente applicabile. Al netto di ciò, dalla sentenza *Repsol*, mi pare possano ricavarsi almeno due punti fermi.

Da un lato, se ne trae la chiara e netta affermazione della necessità di valorizzare *sempre*, anche al di fuori del ristretto perimetro della direttiva, la preesistente indagine amministrativa in funzione di ausilio all'attuazione di rimedi

a basarsi sulla decisione relativa alla situazione pregressa. Sugli orientamenti maturati dalle Corti di merito con riguardo alle fideiussioni stipulate oltre il periodo cui si riferisce la decisione: L. Mariconda, *op. cit.*, pp. 958 ss.

73. Corte di giustizia, *Repsol*, *cit.*, § 64. L'Avvocato generale nelle sue Conclusioni (§ 97 ss.) definisce - contrapponendolo alla "prova *prima facie*" intesa come presunzione relativa di fonte giurisprudenziale (§ 107) - le nozioni di «indizio o principio di prova» in termini di elemento «che deve essere valutato e corroborato alla luce di altri elementi di prova», con espressioni che al lettore italiano richiamano alla mente la figura *della semiplena probatio* (retro nota 12) o quella, assai tormentata, degli argomenti di prova (nell'impostazione più classica, ma notoriamente recessiva nella prassi applicativa, non suscettibili di fondare la decisione se non accompagnati da prove "piene") ed il loro controverso rapporto con la nozione di indizio, fonte presunzione semplice ex art. 2729 c.c. Permane un alone di incertezza, allora, sulla precisa portata della indicazione.

civilistici[74]. Dall'altro lato, oltre al riconoscimento dell'impossibilità *de lege lata* di estendere indiscriminatamente il vincolo irretrattabile, ne risulta anche un ammonimento a non indulgere nella tentazione di applicare indistintamente la medesima logica della "prova privilegiata"/presunzione giurisprudenziale, prescindendo dal contenuto e dal tenore dei provvedimenti dell'Autorità di volta in volta invocati. Senza voler evocare improbabili "aritmetiche della prova", dalla citata pronuncia e più ancora dalle conclusioni rese in tale occasione dall'Avvocato generale, parrebbe insomma emergere in filigrana il tentativo di delineare una sorta di progressione del grado di incidenza della decisione amministrativa nel processo civile, lungo la quale dovrebbero allora trovare idealmente armonica collocazione tutte le diverse ipotesi.

4. La responsabilità nell'ambito del gruppo societario: spunti di riflessione sulla "unità economica" tra sostanza e processo

L'esigenza di contenere entro limiti rigorosi la portata del vincolo promanante dalla decisione amministrativa si ripropone anche con riguardo al suo ambito soggettivo. Non si dubita infatti che la decisione sia opponibile in sede civile solo nei confronti delle imprese destinatarie del provvedimento, inibitorio ed eventualmente (ma non necessariamente) anche sanzionatorio, adottato dalla Autorità garante. In linea di principio, quindi, la vincolante constatazione di una condotta anti-competitiva opera solo in pregiudizio delle imprese convenute in sede civile e che abbiano partecipato al procedimento amministrativo e come tali siano espressamente menzionate nel dispositivo di constatazione dell'infrazione[75]. Si tratta di una conclusione necessitata, dato che la

74. Nel senso che dalla sentenza *Repsol* possa trarsi una più lata indicazione di portata sistematica, che trascende il settore *antitrust* ed abbraccia tutto il "diritto privato regolatorio", legittimando in tutto questo ben più vasto ambito l'espansione della logica della prova privilegiata e del conseguente riequilibrio degli oneri probatori a vantaggio della parte debole: E. Camilleri, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali: spunti dall'arrêt Repsol*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, pp. 437 ss., spec. pp. 463 ss.

75. *Ex multis*: Franck, § 33b GWB, in *Wettbewerbsrecht*, Immenga-Mestmäcker (edited by), Beck, München, 2024, 7 ed. Rn., p. 20; Id., *Private Enforcement of EU Competition Law in Germany. Country*

legittimità del vincolo presuppone la garanzia piena del diritto di difesa prima entro il procedimento amministrativo e poi mediante il potere di impugnazione giurisdizionale. Ovviamente, anche in questo caso la parte danneggiata ben può sostenere in sede civile che l'infrazione costatata in realtà ha avuto (oltre che una durata o un'estensione maggiori, pure) una "portata personale" più ampia, coinvolgendo anche altri soggetti oltre a quelli già condannati in sede amministrativa. Tanto risulta palese per il vincolo solo *in utilibus* che promana dalla decisione dell'Autorità nazionale[76], ma vale pure – come recentemente riconosciuto dalla Corte di giustizia – per le decisioni della Commissione[77]. In linea di principio, però, la parte danneggiata dovrebbe a tal fine assolvere il relativo onere della prova, senza poter fare affidamento sulla decisione riguardante solo altri soggetti: l'azione civile, insomma, si atteggerebbe con riguardo ai soggetti estranei all'indagine amministrativa come azione *stand-alone* o quasi *stand-alone.*

La questione assume spessore concreto soprattutto nel frequente caso di coinvolgimento nella violazione constatata in sede amministrativa di imprese appartenenti a gruppi societari. Alla stregua della sopra rammentata impostazione rigorosa in ordine ai limiti soggettivi del vincolo, se l'Autorità garante indirizza l'addebito esclusivamente alla società capogruppo, la dimostrazione dell'eventuale coinvolgimento nell'illecito di altre società appartenenti al medesimo gruppo dovrebbe dunque essere autonomamente fornita dal danneggiato, il quale peraltro potrebbe giovarsi delle prove raccolte nel procedimento amministrativo oltre che ricavare elementi di convincimento dalla stessa pre-

report in *Private Enforcement of European Competition and State Aid Law*, Alphen aan den Rijn, 2020, Wollenschläger,Wurmnest-Möllers, (edited by) accessibile al sito: *ssrn.com/abstract=3728716*.

76. Anche con riguardo al giudicato penale di condanna è pacifico che esso non preclude affatto al danneggiato, pur quando si fosse costituito parte civile in sede penale, di agire in sede civile nei confronti di altri soggetti reputati corresponsabili dell'imputato condannato (ad esempio del responsabile civile non coinvolto nel processo penale), con libera ed autonoma valutazione da parte del giudice civile.

77. Nel senso che il giudice che successivamente constatati il coinvolgimento di altre imprese nella violazione non viola l'imperativo di non contraddizione posto dall'art. 16 regolamento n. 1/2003, in quanto la circostanza che una determinata impresa non sia stata sanzionata non equivale alla sua assoluzione da ogni addebito: Corte di giustizia, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, caso C-882/19, *Sumal SL V. Mercedes Benz Truck Espana SL*, § 61.

via decisione *inter alios*[78].

La conclusione, tuttavia, va rimeditata alla luce della notissima decisione adottata, nel contesto del ramificato contenzioso civile esploso a seguito del c.d. cartello dei camion, dalla Grande Sezione della Corte di giustizia nel caso *Sumal*[79]. La Corte di giustizia muove dalla nozione economica e funzionale di "impresa" che campeggia al centro della disciplina sostanziale *antitrust* e della sua attuazione in via amministrativa[80] e, rivendicando al diritto dell'Unione – oltre alla determinazione dei soggetti che possono subire un danno risarcibile a causa di infrazioni degli artt. 101 e 102 TFUE – anche l'individuazione dei soggetti tenuti a risarcire tale danno[81], ne porta a compimento la già principia-

78. In questo senso: P. Fabbio, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle Autorità della concorrenza nazionali*, *cit.*, p. 387; R. Nazzini, *The effect of decisions by competition authorities in the EU*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2016, pp. 68 ss., p. 74, citando la pronuncia della *Court of appeal* in *Emerson Electric Co v Mersen UK Portslade Ltd* [2012] EWCA Civ 1559, relativa ad una decisione della Commissione che, pur menzionando la controllata in motivazione risultava indirizzata alla sola capogruppo; A.A. Romano, *op. cit.*, p. 696; implicitamente: W. Wurmnest, *Liability of "undertakings" in damages actions for breach of Articles 101, 102 TFEU: Skanska, Case C-724/17*, in *Common Market L.R.* 2020, pp. 915 ss., p. 927. Cfr.: M. Sousa Ferro, *Antitrust Private Enforcement and the Binding Effect of Public Enforcement Decisions*, in *Market and Competition L.R.*, 2019, pp. 51 ss., p. 65, decisamente favorevole all'estensione dell'accertamento dell'illecito a tutte le società del gruppo, pur se non individualmente menzionate dalla decisione. Con riguardo all'ordinamento francese, evidenziando le oscillazioni giurisprudenziali e la necessità di un chiarimento che accordi la prospettiva *antitrust* a quella civilistico-societaria: Lacresse-Marchal, in Amaro (edited by), *Private enforcement of competition law in Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2021, p. 246.

79. Corte di giustizia, C-882/19, *Sumal*, *cit.*, § 67: «l'articolo 101.1, TFUE deve essere interpretato nel senso che la vittima di una pratica anticoncorrenziale di un'impresa può proporre un'azione di risarcimento danni *indifferentemente nei confronti di una società madre che è stata sanzionata dalla Commissione europea per tale pratica in una decisione o nei confronti di una società figlia di tale società che non è oggetto di detta decisione qualora esse costituiscano insieme un'unità economica*». Nel caso di specie, l'attore, una società con sede in Spagna, deduceva di avere acquistato dalla controllata locale di una delle società indagate dalla Commissione ed agiva quindi davanti ai giudici spagnoli convenendo in giudizio solo la controllata locale, estranea al procedimento amministrativo e quindi non menzionata nel dispositivo della decisione (ma, a quanto pare, nominata invece in motivazione nel contesto della descrizione della condotta illecita).

80. Per tutti: M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, *cit.*, pp. 74 ss., pp. 418 ss.; P. Manzini, *L'imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società*, in L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2° ed., Milano, 2020, pp. 330 ss.; P. Whelan, *Private enforcement and the imputation of antitrust liability*, in Rodger-Marcos-Sousa Ferro (edited by), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU*, Elgar Publishing, 2023, pp. 159 ss. Sulla nozione di unità economica applicata all'abuso di posizione dominante, v. Corte giust., 12 giugno 2022, C-377/2020, *Enel*.

81. In questo senso già: Corte di giustizia, 14 marzo 2019, C-724/17, *Skanska*, con cui la Corte estende al piano della responsabilità civile la dottrina della "continuità economica" in base alla

ta estensione alla dimensione civilistica[82] con riguardo al discusso fenomeno della imputazione della responsabilità nell'ambito dei gruppi societari[83]. La carica innovativa della pronuncia non si limita all'esplicita estensione anche sul piano della responsabilità civilistica della dottrina della "singola unità economica" quale risulta pienamente consolidata almeno a livello di *public enforcement* e quindi nella sua declinazione in termini di *parental liability*, cioè di corresponsabilità solidale della *holding* per le condotte anti-competitive materialmente poste in essere dalle controllate[84]. Infatti, la Corte si spinge oltre *la direzione ascendente* che consente di ascrivere la responsabilità per l'illecito

quale la Commissione, onde scongiurare l'elusione dei precetti *antitrust*, può imputare le sanzioni alle società "eredi" di quella, nel frattempo cessata, che ha tenuto la condotta anti-competitiva o comunque alla società risultante da eventuali trasformazioni, fusioni, incorporazioni e simili.

82. Nel senso della piena convergenza tra il piano del *public enforcement* e quello del *private enforcement* depone anche l'art. 1 Direttiva 2014/104/UE, da interpretarsi nel senso che «i responsabili dei danni causati da una violazione del diritto comunitario della concorrenza sono proprio le "imprese" che hanno commesso tale violazione» (Corte di giustizia, *Skanska*, *cit.*, § 35).

83. La letteratura sulla responsabilità delle imprese di gruppo e sulle condizioni per imputare giuridicamente alla *holding* gli illeciti commessi servendosi delle società controllate è sterminata (in generale, sul progressivo affermarsi, a partire dall'art. 2947 c.c., di un onere di vigilanza sulla corretta organizzazione interna di tutte le società del gruppo onde prevenire il rischio di illeciti: R. Rordorf, *L'Organismo di vigilanza nel quadro del d.lgs. n. 231/2001*, in *Le Società*, 2022, pp. 5 ss.; con particolare riguardo alle responsabilità in materia di illeciti ambientali e di violazione dei diritti umani: G. Carella, *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e dei diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla* due diligence *societaria ai fini di sostenibilità*, in *Freedom, Security and Justice. European legal studies*, 2022, pp. 10 ss.; M. V. Zammiti, La *responsabilità della capogruppo per violazione del duty of care,* in *Riv. dir. soc.*, 2021, pp. 586 ss.). Per uno sguardo in chiave comparatistica al tema, si rinvia a: R. Bouderhem, *Groups of Companies in European Comparative Law*, in *European Business L.R.,* 2021, pp. 177 ss.; V. Ulfbeck, *Vicarious Liability in Groups of Companies and in Supply Chains. Is Competition Law Leading the Way?* in *Market and Competition L. R.*, 2019, pp. 107 ss.; spingendosi al di là del vero e proprio abuso dello schermo societario, propugnano una vera e propria responsabilità dell'impresa di gruppo: M. Petrin–B. Choudry, *Group Company liability*, in *Eur.Business Org. L.R.,* 2018, pp. 61 ss.

84. Sull'imputazione delle ammende nell'ambito delle imprese di gruppo, per tutti: M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, *cit.*, pp. 423 ss. Dopo la presa di posizione della Corte di giustizia nel caso *Skanska*, nel senso che nulla osti all'estensione in sede civile dell'imputazione, in virtù della influenza determinante che la prima esercita sulla seconda, *alla controllante* delle infrazioni commesse dalla *controllata*: P. Manzini, *op. cit.*, p. 342; W. Wurmnest, *Liability of "undertakings" in damages actions, cit.*, pp. 928 ss. Maggiori perplessità invece emergevano con riguardo alla praticabilità di un'ulteriore estensione, precisamente nel senso di una *bottom-down liability*, che facesse rispondere dell'infrazione commessa dalla capogruppo anche tutte le controllate, ancorché non direttamente partecipanti alla violazione. In senso dubitativo: W. Wurmnest, *op. cit.*, p. 930; B. Freund, *Reshaping Liability. The concept of undertaking applied to private enforcement of EU Competition Law*, in *GRUR Int.*, 2021, pp. 731 ss., p. 738.

alla società che esercita influenza decisiva sulle solo apparentemente autonome entità raggruppate[85], ed ammette una sostanzialmente inedita estensione dell'imputazione dell'infrazione anche in senso "discendente": dalla società madre, che materialmente pone in essere la condotta illecita, alla società figlia ed indipendentemente da un consapevole coinvolgimento di questa nella violazione constatata. Il risultato viene raggiunto emancipandosi dall'argomento esclusivamente incentrato sui poteri di direzione e coordinamento esercitabili dalla *holding* (e quindi su di una sorta di "colpa organizzativa"[86]) e ragionando invece di una diretta imputazione dell'infrazione e della conseguente responsabilità, così ammnistrativa come civile, alla "singola unità economica" e conseguentemente a tutte le società formalmente distinte, ma in realtà avvinte da vincoli organizzativi e di controllo tali da farle operare sul mercato come una impresa unitaria dal punto di vista economico[87]. La Corte aggiun-

85. Onde scongiurare strategie elusive ed abusi della forma societaria, secondo lo schema logico che giustifica il superamento dello schermo societario per attingere al patrimonio della capogruppo. La diretta attribuzione di responsabilita alla *holding* per condotte delle controllate, infatti, transita *di regola* dal riscontro caso per caso di un *abuso* dello schermo societario, che superi il confine della lecita separazione delle sfere di responsabilita all'interno del gruppo (per tutti: F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, I, Cedam, Padova, 2006, pp. 172 ss., pp. 294 ss.).

86. Così, a proposito della presunzione relativa di esercizio effettivo del potere di coordinamento in caso di controllo totalitario o quasi totalitario: M. Libertini, *Diritto della concorrenza, cit.*, p. 424.

87. La Corte sul punto accoglie l'impostazione dell'Avvocato generale Pitruzzella (Conclusioni15 aprile 2021, caso C-882/19, *Sumal*, § 38 ss.), che fa leva sulla diretta imputazione dell'illecito alla "unità economica" in quanto tale, in piena sintonia con le argomentazioni sviluppate da: C. Kersting, *Germany*, in *The EU Damages Directive Transposition in Member States*, Rodger, Sousa Ferro (edited by), Oxford University Press, 2018, pp. 125 ss., p. 131; Id., *Liability of sister companies and subsidiaries in the European competition law*, 27 febbraio 2020, traduzione rivista e aggiornata di *Haftung von Schwester- und Tochtergesellschaften im europäischen Kartellrecht* in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* (ZHR), 2018, 8, accessibile al sito *ssrn.com/abstract=3355816* ; C.Kersting-J. Otto, *The Civil Liability of the Economic Unit*, 22 febbraio 2022, accessibile al sito *ssrn.com/abstract=4032719*, traduzione rivista e aggiornata di *Die Haftung der wirtschaftlichen Einheit*, in *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2021, p. 651 e 2022, p. 14. Secondo Kersting, si potrebbe parlare di una responsabilità del gruppo in quanto tale, *rectius* della "singola unità economica", idonea quindi a ricadere su tutte le articolazioni interne (in senso ascendente, discendente ed anche collaterale). Per ulteriori riferimenti sul dibattito tedesco anteriormente alla decisione *Sumal* (dibattito che era stato innescato dalla ricezione della nozione di "unità economica" ai fini della responsabilita amministrativa dell'impresa, § 81 abs. 3a GWB: N. Lund, *Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 274 ss.; J. Wäschle, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 65 ss.; D. Wiegandt, *Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen im Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 174 ss.).

ge, però, una precisazione che – con il pensiero rivolto essenzialmente ai casi di gruppi conglomerati – mira ad evitare l'indiscriminato coinvolgimento di tutte le controllate da una medesima *holding*. Si esige quindi, al fine di riconoscere l'appartenenza delle controllate alla medesima unità economica, che (oltre al coordinamento) sussista anche un "legame concreto" tra le attività economiche della controllata e l'oggetto dell'infrazione constatata[88]. L'attore in sede civile dovrebbe quindi provare che le controllate siano attive nel medesimo settore economico interessato dall'infrazione[89]. Per questa via, la Corte di giustizia sostanzialmente avalla una propalazione (*quasi* automatica[90]) della

88. Corte di giustizia, *Sumal*, *cit.*, § 51. Così definita, quindi, la "unità economica" non coincide necessariamente con il gruppo societario, al cui interno possono sussistere diverse unità economiche a seconda del ramo di attività (nel caso di specie, il legame consisteva nella commercializzazione ad opera della controllata del prodotto oggetto della collusione orchestrata dalla *holding*). La Corte si discosta quindi in parte dalle conclusioni dell'Avv. gen. Pitruzzella (*cit.*, § 57 s.), nella misura in cui questi sembrava esigere la prova che l'attività economica della controllata fosse «in qualche modo necessaria alla realizzazione della condotta anticoncorrenziale» (*cit.*, § 57). Va precisato, peraltro, che il requisito aggiuntivo del "nesso speciale" con l'oggetto dell'infrazione si imporrebbe solo ai fini della imputazione discendente della responsabilità: *non* invece quando si tratti di risalire alla responsabilità della *holding*, che continua ad esigere solo la prova dell'influenza determinante (così esplicitamente l'Avvocato generale nelle sue Conclusioni, *cit.*, § 59).

89. La Corte di giustizia (§ 51 s.) pone a carico del danneggiato attore la prova dell'appartenenza della società convenuta alla "unitaria impresa" che ha commesso l'illecito, da considerarsi evidentemente quale fatto costitutivo della pretesa risarcitoria. Mentre ai fini della prova dell'influenza decisiva, il danneggiato può giovarsi delle presunzioni elaborate dalla Corte di giustizia in presenza di controllo totalitario o quasi-totalitario, apparentemente (e salvo lo sviluppo di "presunzioni giurisprudenziali" ispirate al canone della vicinanza alla prova) non soccorre invece alcuna inversione dell'onere della prova quanto al requisito aggiuntivo. L'aggravamento dell'onere probatorio – sostanzialmente compensando il vantaggio di potersi fondare sulla previa decisione amministrativa – rischia di ridimensionare l'effettivo impatto del nuovo principio sull'auspicata agevolazione del *private enforcement* lasciando il danneggiato in balia di defatiganti contestazioni circa la riconducibilità o meno della controllata convenuta alla medesima impresa in senso economico. In definitiva, al danneggiato si prospetta una scelta: o rivolgersi alle società espressamente condannate in sede amministrativa, anche se ciò dovesse comportare maggiori costi a causa della sede estera; ovvero rivolgersi alle controllate domestiche, sopportando tuttavia un onere probatorio aggravato (M. Garnier *One for all, and all for one! The Sumal decision specifies the scope of the notion of undertaking to facilitate private actions*, 2022, in *https://competition-forum.com*, p. 9).

90. La geometria variabile che la figura della "unità economica" assume per effetto del requisito aggiuntivo del "nesso speciale", rappresenta l'aspetto della decisione *Sumal* sul quale maggiormente si sono incentrate le considerazioni critiche ed altresì, come autorevolmente rilevato, l'aspetto di maggior debolezza, dal punto di vista del danneggiato attore. Si sofferma su questo, invero centrale, profilo: C. Picciau, *Singola entità economica e responsabilita civile "di gruppo" nella giurisprudenza antitrust della Corte di giustizia*, in *Riv. soc.*, 2024, pp. 187 ss. L'A. ridimensiona la portata della pronuncia *Sumal*, facendo di tale "nesso speciale" il reale fondamento dell'estensione della responsabilità civile intra-gruppo in direzione *bottom-down* (*op. cit.*, p. 213).

responsabilità all'interno della "unità economica", come sopra definita, che potenzialmente potrebbe espandersi anche in linea collaterale sino a riconoscere una "*sister-liability*", cioè la corresponsabilità di ciascuna società (attiva nel medesimo ramo e) soggetta alla direzione della medesima *holding* per l'illecito di una consorella[91].

La decisione, sotto questo profilo generalmente ben accolta dalla dottrina[92], ha il dichiarato obiettivo di agevolare l'azione risarcitoria, non solo e non tanto aumentando la platea dei corresponsabili in solido – il che già per definizione agevola il creditore e lo tutela contro eventuali strategie elusive attuate mediante trasferimenti patrimoniali interni al gruppo –, ma soprattutto eliminando le complicazioni processuali che potrebbero scoraggiare l'iniziativa dei privati quando la *holding* condannata dalla decisione amministrativa sia una società con sede all'estero. In effetti, mentre risulta del tutto evidente l'utilità di aggredire la *holding*, di regola maggiormente capitalizzata, l'utilità di coinvolgere le società controllate si coglie essenzialmente nella dimensione processuale: consentendo all'attore di indirizzare la pretesa risarcitoria nei confronti della controllata "domestica", si favorisce *indirettamente* il radica-

91. Passo che la Corte non compie espressamente, ma in direzione del quale offre impliciti appoggi argomentativi. Sulla c.d. *sister-liability*: C. Kersting, *Liability of sister companies and subsidiaries, cit.*, *passim*; per aperture in tale direzione: P. Whelan, *Private enforcement and the imputation of antitrust liability, cit.*, p. 179.

92. Tra i primi commenti: M. Garnier *op. cit.*; C. Kersting-J. Otto *op. cit.*; M. Sousa Ferro, *Binding effect of public enforcement decisions*, in B. Rodger - F. Marcos - M. Sousa Ferro (edited by), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU*, Elgar Publishing, 2023, pp. 303 ss. il quale reputa che la decisione della Commissione abbia effetto *erga omnes*. A margine del rinvio pregiudiziale: H.M. Wagener, *Die wirtschaftliche Einheit im Zivilprozess - Eine für Alle und Alle für Eine*, in *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2020, p. 238. Buona parte della dottrina si mostra semmai preoccupata della complessità della nuova definizione di unità economica e delle sue possibili ricadute in ambiti ulteriori, ad esempio, con riguardo al calcolo del fatturato ai fini del tetto massimo delle ammende (*ex multis*: S. Tuinenga, *The road ahead for liability in damages actions*, in *Journal of european competition Law&Practice,* 2022, p. 416 ss.). In senso maggiormente critico circa la direzione discendente della responsabilità: Ackermann, *Das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit: Zur Expansion eines unionskartellrechtlichen Konzepts* in *ZEuP* 2023, p. 529, p. 531; C. Vieira Perez, *Don't blame the children. Why inverted and horizontal liability for antitrust infringements should be rejected*, in *Market and competition L.R.*, 2022, pp. 15 ss.; C. Vieira Perez-I. Neves, *The theory of Economic unit and the downward liability of subsidiaries for the sins of their parent companies: better not!*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2022, pp. 98 ss.; C. Herrero Suárez, *De matrices y filiales*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2021, pp. 1149 ss.

mento della controversia nel foro dell'attore[93], allo stesso tempo e soprattutto riuscendo ad eliminare i costi aggiuntivi imposti dalla necessità di notifica all'estero presso la sede della *holding*[94]. Ulteriore corollario, inespresso ma implicito, si registra in ordine alle potenzialità applicative dell'art. 8.1 regolamento n. 1215/2012, dato che il danneggiato attore in sede civile ben potrebbe sfruttare – senza timore di sentirsi opporre obiezioni fondate sul carattere fittizio del litisconsorzio così radicato[95] – la sede di una qualsiasi controllata, anche in assenza di rapporti diretti con la stessa, per ivi attrarre la capogruppo[96] ed inoltre concentrare le pretese – tra loro strettamente connesse – contro tutte le diverse "imprese", *i.e.* distinte "unità economiche", partecipanti alla collusione. L'estensione della responsabilità solidale conduce così potenzialmente a moltiplicare all'ennesima potenza le possibilità di *forum shopping*[97].

93. Peraltro, come riconosce la stessa Corte (*Sumal*, *cit.*, § 65 s.), ai sensi dell'art. 7.2 regolamento 1215/2012, anche convenendo in giudizio la controllante, autrice della violazione, l'attore potrebbe radicare la controversia nel luogo dell'acquisto avvenuto per il tramite della controllata. In arg., il nostro: *La localizzazione del danno da "prezzo eccessivo"*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 2386 ss.

94. Conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella, *cit.*, § 68.

95. Circa l'opportunità di un qualche correttivo all'art. 8.1 regolamento n. 1215/2012: N. Lund, *op. cit.*, pp. 315 ss. Sullo stato dell'arte, dando atto della sostanziale chiusura della Corte di giustizia al vaglio di abusività in concreto: C. Fratea, *Cross-border damage antitrust claims and private international rules on jurisdiction*, in R. Amaro (edited by) *Private enforcement of competition law in Europe*, Bruylant, Brussels, 2021, pp. 123 ss., p. 137.

96. Conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella (*Sumal*, *cit.*, § 57 e nota 69), richiamando espressamente la tendenza, soprattutto delle corti britanniche, a riconoscere la propria giurisdizione ai sensi dell'art. 8.1 regolamento n. 1215/2012 anche nei confronti delle convenute estere, facendo leva sulla sede inglese della società controllata da una di esse, pur estranea all'accertamento dell'infrazione nei confronti della, alla sola condizione che quest'ultima pratichi nel mercato inglese il prezzo di cartello. Sull'applicabilità dell'art. 8.1 regolamento 1215/2012 nel caso compartecipazione di più imprese ad un'infrazione "unica e continuata": Corte di giustizia, 21 maggio 2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims*, *cit.*, punti 24 ss.

97. In tema di gruppi societari, nel senso che ai fini dello stretto collegamento richiesto dall'art. 8.1 regolamento n. 1215/2012 sia sufficiente la presunzione di influenza determinante fondata sulla partecipazione quasi totalitaria della società madre nella società figlia (Conclusioni Avvocato Generale Kokott, 26 settembre 2024, caso C-393/23, *Athenian Brewery SA-Heineken*). Nel caso di specie, il soggetto, danneggiato sul mercato greco ad opera di una società con sede in tale mercato e condannata da una decisione del competente Garante nazionale, conveniva in giudizio tale società insieme alla sua capogruppo olandese, non sanzionata, presso il foro di quest'ultima. L'avvocato generale osserva che il foro della società madre, in simile situazione, rappresenta un criterio prevedibile per le società figlie ed inoltre «chiaro, semplice, facilmente verificabile». Resta da vedere se altrettanto possa dirsi con riguardo alla sede di ciascuna società controllata dalla medesima capogruppo.

Fermo che il principio così sancito inevitabilmente tracima anche sul piano interno con riguardo al vincolo *secundum eventum* a conformarsi alla constatazione di infrazione operata in sede nazionale dall'Autorità garante[98], in questa sede vorrei brevemente soffermarmi su ulteriori profili processuali della decisione.

Come già rilevato, la Corte di giustizia sancisce apertamente la *vis expansiva* del vincolo che promana dalla decisione amministrativa, emessa nel contraddittorio con una qualsiasi delle società costituenti la unitaria impresa (nel caso di specie, con la società capogruppo), nell'ambito di successivi giudizi civili risarcitori coinvolgenti altre società riconducibili alla medesima "unità economica" nell'ambito del gruppo societario.

In questo modo, i contorni della portata soggettiva del vincolo non risultano più con certezza ricostruibili a priori sulla base del tenore della decisione (cioè del suo dispositivo, letto alla luce della motivazione), ma divengono suscettibili di ampliamento a posteriori previa dimostrazione dell'appartenenza del convenuto in sede civile alla "unità economica" di cui sia stata cosi accertata la responsabilità: e ciò anche quando le controllate non indagate nemmeno siano state menzionate nella motivazione della decisione.

In ogni caso, posto che la nozione funzionale di impresa, quale soggetto cui si rivolgono i divieti *antitrust*, convive con la formale separazione delle società che la compongono[99] e di cui si predica la corresponsabilità solidale, questa

98. Benché la citata pronuncia *Sumal* attenga al dovere del giudice nazionale ai sensi dell'art. 16 regolamento n. 1/2003 di non adottare pronunce in contrasto con la decisione già emessa o prefigurata dalla Commissione, mi sembra difficile oggi sostenere il contrario facendo leva sul riferimento contenuto nell'art. 7.1 d.lgs. 3/2017 alla portata "personale" della violazione come accertata dalla decisione. Ed infatti, da un lato l'art. 7.1 d.lgs. 3/2017 discorre di un'infrazione accertata nei confronti del suo "*autore*" e dall'altro lato, in piena aderenza alla direttiva 2014/104, l'art. 2 comma 1 lett. a) precisa che per "*autore* della violazione" deve intendersi la "*impresa*" che ha commesso la violazione del diritto della concorrenza ed è pacifico che la nozione di "impresa" in tale contesto debba leggersi alla luce dei precedenti della Corte di giustizia e quindi della piena convergenza tra il piano del "*public enforcement*" e quello del "*private enforcement*" sancita nei più recenti arresti (Corte di giustizia, *Skanska*, *cit.*, punto 35).

99. Anche là dove nella legislazione speciale emerge la dimensione integrata del "gruppo societario", resta indiscussa l'autonomia formale delle singole società aggregate nell'ambito del gruppo, che pacificamente mantengono distinta personalità giuridica. Cosi, nell'ambito delle crisi di impresa, dove gli artt. 284 ss. d.lgs. n. 14/2019 prevedono un coordinamento meramente processuale dei procedimenti, senza confusione delle masse attive/passive (M.P. Fuiano, *I gruppi di imprese*, in G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *Diritto della crisi di impresa,* Cacucci, Bari, 2023, pp. 676 ss.,

estensione inevitabilmente sollecita il tema della tutela dei diritti di difesa delle società non coinvolte nel procedimento amministrativo: tema al quale in effetti la Corte di giustizia dedica espressa considerazione, alla ricerca di un compromesso che a parere di chi scrive non risulta del tutto scevro da ambiguità[100].

Da un lato, la Corte afferma che alla controllata assente dovrebbe essere consentito di sollevare in sede civile tutti gli argomenti difensivi che avrebbe potuto sollevare in sede amministrativa; dall'altro lato, però, tale spazio difensivo finisce per risultare sensibilmente ridotto quando sussista una previa decisione resa nel contraddittorio della capogruppo: in questo caso, alla società controllata resta precluso contestare dinanzi al giudice civile l'esistenza dell'infrazione, potendo solo negare di essere parte della unità economica responsabile dell'illecito[101]. La difesa si concentrerà così essenzialmente sulla sussistenza del "nesso speciale" con l'oggetto dell'infrazione, richiesto dalla Corte per disegnare i confini della "impresa in senso economico", e solo la prassi dirà come tale requisito aggiuntivo verrà contestualizzato in situazioni diverse dal cartello di prezzo.

Ad ogni buon conto, resta che la società "figlia" viene privata del potere di contestare l'esistenza ed i caratteri dell'infrazione ai divieti *antitrust*, cioè del primo e fondamentale tassello della sua responsabilità risarcitoria. La Corte di giustizia osserva in proposito che non militano, con riguardo alle proiezioni in sede civilistica degli accertamenti amministrativi, le medesime esigenze difensive che informano l'applicazione delle ammende, alla luce della natura quasi penale di queste ultime, ed in ultima analisi fonda la soluzione sull'esi-

p. 704; e già, in ordine all'originaria versione delle disposizioni: C. D'Alessandro, *Gruppi di imprese e neonato codice dell'insolvenza: prime valutazioni*, in *Giur. comm.*, 2019, pp. 1039 ss., § 5; F. Galgano, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e impresa*, 2002, pp. 1015 ss.).

100. Per considerazioni critiche sulla tenuta della soluzione, sotto il profilo dei diritti di difesa dei soggetti estranei al procedimento amministrativo: C. Cauffman, *Case C-882/19 Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks España SL*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, pp. 499 ss., p. 512. Cfr., diversamente orientati, giudicando la soluzione un accettabile compromesso: Piletta Massaro, *Corte di giustizia UE: è possibile esperire un'azione antitrust contro una società controllata,* in *Giur. it.*, 2022, pp. 1398 ss., p. 1403; C. Vieira Peres, *Don't blame the children, cit.*, p. 45, la quale (movendo da una diversa impostazione sostanziale, che ripudia qualsiasi automatismo nella estensione in senso discendente della responsabilità) reputa comunque tollerabile che la controllata non possa mettere in discussione l'ambito materiale, temporale e territoriale dell'illecito quale attribuito alla controllante.

101. Corte di giustizia, *Sumal*, *cit.*, punto 54 e 67.

genza di effettività del rimedio risarcitorio, inteso quale indispensabile completamento dell'azione pubblica a tutela della concorrenza. La conclusione potrebbe lasciare perplessi (tanto più con riguardo alle decisioni nazionali[102]), considerando che la legittimità dell'effetto vincolante nel successivo giudizio civile riposa essenzialmente sulla pienezza dei diritti difensivi garantiti al soggetto indagato in primo luogo nella sede amministrativa e poi in quella di ricorso giurisdizionale; tuttavia, il disagio scompare postulando che i diritti di difesa nella sede amministrativa siano stati esercitati per tutti dalla "unità economica" in quanto tale ed alla quale, e conseguentemente a tutte le sue componenti, viene imputata l'infrazione.

In effetti, la pronuncia *Sumal* pare a tratti adombrare ellitticamente una sorta di "entificazione" della "unità economica", in quanto unitario centro di imputazione di rapporti giuridici ai fini della disciplina *antitrust*[103]. Quel che, mi pare, resta irrisolto attiene alla più precisa traduzione di questo assunto, e della sottesa nozione funzionale di impresa in senso economico, sul piano del procedimento e del processo[104].

---

102. Nonostante l'ambiguo cenno contenuto nella Relazione illustrativa al d. lgs. 3/2017, dove si discorre di efficacia della decisione nei confronti dell'autore della violazione «che ha partecipato o *poteva partecipare* al procedimento davanti all'autorità». Volendo coltivare il già menzionato parallelo con l'art. 651 c.p.p., deve ricordarsi che quest'ultima disposizione espressamente circoscrive l'efficacia vincolante della condanna penale all'imputato ed al responsabile civile «che sia stato citato o sia intervenuto nel processo penale» e, si aggiunge, che non sia stato successivamente estromesso: non accontentandosi dunque della mera legittimazione ad intervenire.

103. Corte di giustizia, *Sumal*, *cit.*, punto 58 ss. Ancora più nettamente, si vedano le citate Conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella, punti 35 e 46. In dottrina: C. Kersting, *Liability of sister companies and subsidiaries*, *cit.*, p. 23.

104. La Corte di giustizia ha peraltro avuto modo di chiarire i limiti di questa *apparente* entificazione, arginando i tentativi di trarne corollari ulteriori, riportando la decisione *Sumal* sul terreno della corresponsabilità solidale delle entità comprese nell'impresa. In un primo caso, si chiedeva se, nel contesto di una controversia *antitrust* fosse possibile notificare, ai sensi del reg. (Ce) n. 1939/2007, presso la sede della società figlia un atto indirizzato alla società madre. La Corte di giustizia (11 luglio 2024, caso C-632/22) liquida la questione rilevando che l'impresa cui si riferisce la pronuncia *Sumal* «è priva di personalità giuridica propria, autonoma rispetto alle entità giuridiche che la compongono» (§ 48 s.) e che la corresponsabilità solidale che sul piano sostanziale astringe tali diverse entità non implica che la società figlia sia anche abilitata a ricevere atti giudiziari per conto della madre, pena la violazione del diritto di difesa di questa. In altro caso, ancora una volta relativo al cartello dei camion, si chiedeva invece se la nozione di unità economica possa essere invocata ai fini giurisdizionali consentendo alla società madre di agire in giudizio ai sensi dell'art. 7.2 regolamento (UE) 1215/2012 presso il giudice dello Sato della sua sede onde ottenere il risarcimento dei danni patiti altrove dalle sue controllate estere. La Corte di giustizia (4

Una prima soluzione muove dal riconoscimento della "unità economica" come soggetto di diritto o almeno "quasi-soggetto", in quanto destinataria degli artt. 101 e 102 TFUE e della responsabilità che risulta dalla violazione degli stessi. La soggettività giuridica della unità economica, una volta ammessa sul piano sostanziale, sia pure con riguardo solo a taluni rapporti, dovrebbe necessariamente riverberarsi, con riguardo a quei medesimi rapporti, anche sul piano processuale[105]: riconoscendo quindi la qualità di parte in senso sostanziale e processuale direttamente alla unità economica e non invece alle sue articolazioni. Senza pretesa di voler qui sciogliere in poche battute una questione che trascende le competenze del processualista, osservo che, allo stato attuale, mi sembra difficile ragionare di un completo dissolvimento della separata personalità delle società operative[106], da considerarsi (ancorché solo in relazione alla

luglio 2024, caso C-425/22, *MOL*) risponde per la negativa, escludendo una «applicazione inversa» del principio sancito in *Sumal* ed osservando che non vi sono esigenze di effettività della tutela giurisdizionale tali da imporre un superamento nel settore *antitrust* del consolidato orientamento che esclude la rilevanza ai fini della competenza internazionale dei danni subiti *par ricochet* da una persona giuridica diversa da quella che li ha inizialmente sostenuti. *Cfr.,* ipotizzando che la "unità economica" possa essere nel suo insieme danneggiata da una condotta anti-competitiva: C. Kersting, *Private Law Liability of the Undertaking Pursuant to Art. 101 TFEU* accessibile al sito: *ssrn.com/abstract=3439973*, § 6, traduzione rivista e aggiornata di *Kartellrechtliche Haftung des Unternehmens nach Art. 101 AEUV – Folgerungen aus EuGH, Urt. v. 14.03.2019, C-724/17 – Skanska*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2019, 290).

105. Sul parallelismo tra soggettività sostanziale (intesa semplicemente come idoneità ad essere centro di imputazione di rapporti giuridici) e processuale, vedi per ogni riferimento: L. Galanti, *Processo senza soggetti. Contributo allo studio delle gestioni patrimoniali autonome nel processo*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 104 ss. L'Autrice, analizzando le svariate figure di "patrimoni in gestione", che si trovano "in bilico" tra soggetto ed oggetto di diritti, propone di svincolare la nozione di parte processuale dalla necessaria aderenza ad un "soggetto". Per identificare un'autonoma parte processuale risulta infatti sufficiente individuare un *autonomo patrimonio* responsabile per determinate obbligazioni; patrimonio che poi agisce nel processo per il tramite di un rappresentante "*peri-organico*" (L. Galanti, *op. cit.*, pp. 237 s.). D'altro lato, però, può dirsi che l'esistenza di un patrimonio autonomo risulta elemento essenziale per poter isolare una parte processuale, come nel caso della società di persone rispetto ai soci o del condominio rispetto ai condomini (con riguardo a questo secondo aspetto: S.A. Villata, *Tutela giudiziale e obbligazioni del condominio*, Pacini, Pisa, 2023, p. 54).

106. Come da tempo efficacemente argomentato, la nozione di "persona giuridica" non dev'essere ingenuamente ipostatizzata (per tutti: T. Ascarelli *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. società*, 1957, pp. 981 ss., 997; F. Galgano, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 27 ss.), riducendosi a segno linguistico stenotipico di una determinata disciplina di rapporti giuridici. Sarebbe quindi improprio argomentare dal postulato dell'alterità soggettiva per trarne conclusioni estranee alla disciplina positiva riassunta nella nozione di persona giuridica. Così, alla stregua della giurisprudenza della Corte di giustizia,

responsabilità civile *antitrust*) alla stregua di mere agenzie interne: in definitiva, l'unità economica autrice dell'infrazione risponde, anche civilmente, con i patrimoni delle società coordinate, delle quali infatti si afferma la corresponsabilità solidale[107]. Ciò posto, sembra del pari difficile riconoscere alla "unità economica" una propria (anche limitata) soggettività, *distinta* da quella delle società che la compongono. Peraltro, paradossalmente, se così fosse, si dovrebbe semmai concludere per l'estraneità delle società assenti rispetto al procedimento ed alla decisione indirizzata nei confronti della sola "unità economica", rappresentata dalla capogruppo[108]. La decisione emessa nei confronti dell'impresa collettiva potrebbe allora dirsi opponibile in via riflessa nei confronti delle società assenti solo ravvisando la prevalenza (sui diritti di difesa) di altri valori pari-ordinati: ed in questa logica, diversamente dal caso di estensione del vincolo in senso ascendente alla società "madre", l'imprescindibile necessità di analoga estensione anche in senso inverso appare meno stringente.

Secondo una diversa prospettiva, si potrebbe invece muovere dalla presenza diretta di ciascuna società appartenente alla "unità economica" all'interno del procedimento in cui sia presente una qualsiasi di esse, con la conseguenza che il diritto di difesa nel procedimento amministrativo dovrebbe considerarsi esercitato anche a vantaggio di ogni società "figlia" per il tramite

---

l'imputazione della violazione della normativa antimonopolistica (non tanto lo squarcia, ma) semplicemente prescinde dal c.d. "schermo societario". Sul piano della responsabilità civile, tuttavia, mi sembra che ne derivi la responsabilità solidale delle entità coordinate, ma non necessariamente anche la creazione di una nuova e diversa "soggettività".

107. Nel senso che la unità economica non sia *vollstreckbar*: J. Otto, in Kersting-Otto, *op. cit.*, p. 6. Diversamente Kersting assimila il gruppo societario ad una sorta di super-società semplice, per tale via linearmente giustificando l'illimitata e solidale responsabilità dei membri rispetto alle obbligazioni riferite alla impresa collettiva. Resta tuttavia da risolvere il nodo della rappresentanza della super-società (Kersting-Otto, *op. cit.*, pp. 20 ss.).

108. Non diversamente da quanto vale, secondo l'impostazione più persuasiva (ancorché forse minoritaria in giurisprudenza), nei rapporti tra società di persone e soci illimitatamente responsabili, ai quali in quanto terzi non dovrebbe essere opponibile il giudicato contro la società trovando semmai applicazione l'art. 1306 c.c. (per tutti e per ogni ulteriore riferimento: G. Balena, *Sentenze contro società di persone ed effetti per il socio*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, pp. 110 ss.; S.A. Villata, *op. cit.*, pp. 145 ss., anche con riguardo al rapporto condominio-condomini; analogamente, esclude l'opponibilità del giudicato nei rapporti tra associazione non riconosciuta e soggetti che hanno agito per suo conto: Cass. civ., sez. lav., 18 gennaio 2024 n. 1915. Cfr. G. Tota, *Sull'efficacia contro il socio illimitatamente responsabile della condanna emessa nei confronti della società*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 1098 ss., sulla scia della teoria della "dipendenza permanente" da noi difesa soprattutto da Luiso).

della capogruppo[109]. Sviluppando questo assunto, qualsiasi sia la società contingentemente indagata dalla Autorità, alla stessa compete la rappresentanza processuale della complessiva "unità economica" e l'esercizio della difesa a vantaggio di tutte le altre componenti e così dell'intero insieme. La "unità economica" parrebbe emergere, in questa chiave, piuttosto come una sorta di *nomen* riassuntivo, che designa una pluralità di soggetti da ritenersi tutti parti sostanziali del procedimento amministrativo ed in quello presenti per il tramite di una qualsiasi delle sue componenti in una sorta di rappresentanza reciproca[110]. In questa prospettiva, appare del tutto naturale concludere che la decisione amministrativa, assunta nel contraddittorio della capogruppo o di una qualsiasi società controllata, riguardi in realtà ed in via diretta ogni società riconducibile all'unitaria entità economica responsabile della condotta anti-competitiva. Collocandosi in questa medesima prospettiva, tuttavia, non potrebbe archiviarsi come del tutto peregrino il dubbio circa la legittimazione di tali società ad impugnare autonomamente il provvedimento amministrativo[111], in quanto l'accertamento in esso contenuto le riguarda in via diretta pur non essendone le destinatarie nominate[112].

109. Realisticamente nell'ambito di un gruppo societario anche la difesa in un procedimento *antitrust* verrà coordinata a livello di gruppo, quale che sia la società concretamente coinvolta (tanto più quando indagata sia la controllata, cui la *holding* potrebbe impartire istruzioni).

110. *Cfr.* Kersting-Otto, *op. cit.*, p. 21, i quali peraltro reputano che ciascuna entità abbia la rappresentanza (in sostanza, organica) della unità economica nel suo insieme, e non invece dei singoli soggetti appartenenti al gruppo. Gli A. non si nascondono tuttavia le difficoltà connesse ad esempio al mutamento della composizione del gruppo, ovvero alla possibilità di intervento nel procedimento amministrativo.

111. Naturalmente, se invece la decisione viene impugnata, alle altre società (che si gioverebbero dell'eventuale annullamento) non converrebbe partecipare al giudizio di impugnazione, onde conservare integra la possibilità di contestare la propria appartenenza al gruppo.

112. M. Sousa Ferro (*Binding effect of public enforcement decisions, cit.*, p. 316 e p. 318) ipotizza che l'estensione del vincolo ai soggetti non menzionati nella decisione dovrebbe comportare la legittimazione ad impugnare la decisione amministrativa in capo a tutte le entità che appartengono alla "unità economica" sanzionata.

IL RUOLO DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO NEL RISARCIMENTO DEL DANNO

Serena Stella

Sommario: ***1.*** *Il sistema unico di enforcement.* ***2.*** *Esperienza dell'Autorità nell'applicazione del d.lgs. n. 3/2017.* ***2.a).*** *Esibizione delle prove.* ***2.b).*** *Assistenza nella quantificazione del danno.* ***2.c).*** *L'intervento dell'Autorità come amicus curiae.* ***3.*** *Autorità e risarcimento del danno. Prospettive.* ***4.*** *Conclusioni.*

1. Il sistema unico di enforcement

Come noto, il sistema di tutela delineato dal legislatore euro-unitario è fondato sui due pilastri – il *public enforcement* (affidato alla Commissione e alle Autorità nazionali di concorrenza) e il *private enforcement* (affidato ai giudici nazionali). Il *public enforcement* e il *private enforcement* sono complementari e costituiscono parti composite di un insieme, per utilizzare i termini utilizzati dalla Corte di giustizia, secondo cui i due sistemi sono entrambi funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico a un'effettiva e libera concorrenza nel mercato unico[1].

L'effetto utile del *public enforcement* risulterebbe evidentemente compromesso, qualora non fosse effettivamente possibile per chiunque abbia subito un danno da una condotta *antitrust* illecita ottenere il risarcimento del danno. L'azione per il risarcimento del danno aumenta l'efficacia deterrente della disciplina *antitrust* nel suo complesso; contribuisce allo sviluppo di un mercato concorrenziale; incrementa i livelli di *compliance* in materia *antitrust*; consente di colpire quelle condotte considerate "non prioritarie" dalle Autorità *antitrust*, anche considerate le risorse limitate di cui dispongono.

Non esiste quindi alcun dualismo tra questi due strumenti quanto piuttosto la necessità di una loro integrazione in un unico *enforcement*.

1. Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage*.

Come osservato nelle sue conclusioni dall'Avvocato generale Pitruzzella[2], il coordinamento tra le modalità di *enforcement* «si pone l'obiettivo di stimolare una interazione virtuosa, in modo da perseguire lo scopo comune dell'applicazione effettiva del diritto della concorrenza» e il diritto di chiunque di richiedere il risarcimento del danno derivante da una condotta anticompetitiva «rafforza (...) il carattere operativo delle regole di concorrenza dell'Unione (...) contribuendo in tal modo al mantenimento di un'effettiva concorrenza nell'Unione europea».

In questo contesto, la cooperazione tra la Commissione e le Autorità Nazionali, la cooperazione tra la Commissione, le Autorità e i giudici nazionali, il coordinamento di supporto reciproco - sempre nel rigoroso rispetto dei rispettivi ruoli e dei diversi obiettivi assegnati dal legislatore – rappresentano gli strumenti essenziali su cui si fonda il sistema unico di enforcement.

La prima questione da affrontare è se effettivamente il sistema unico di enforcement ha prodotto i risultati auspicati.

Dalla Relazione della Commissione del 2020 sull'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust, emerge che dall'adozione della direttiva nel 2014 il numero di azioni civili intentate dinanzi ai tribunali nazionali è aumentato in modo significativo, e le azioni per danni risultano molto più diffuse nell'Unione.

Ciò ha dato luogo anche a una serie di rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE, che hanno contribuito a chiarire ulteriormente gli aspetti centrali dell'applicazione a livello privato del diritto della concorrenza dell'UE, sia sul piano sostanziale (si pensi alla nozione di intesa unica e complessa, alla nozione di entità economica e al principio della continuità economica, affermati nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE anche in sede di giudizio per il risarcimento del danno) che sul piano procedurale (si pensi, ad esempio, alle questioni sollevate sull'accesso al fascicolo istruttorio delle Autorità di concorrenza e, in particolare, alla questione dell'accesso al fascicolo istruttorio della ANC sospeso a seguito di avvio dell'istruttoria da parte della Commissione o alla definizione di "prova pre-esistente" ai fini del-

2. Conclusioni dell'AG, Causa C-308/19, *Consiliul Concurenţei c. Whiteland Import Export SRL*, 3 settembre 2020.

la definizione della *white list*, ovvero di quei documenti comunque accessibili ai sensi della Direttiva sul risarcimento del danno).

La Relazione della Commissione evidenzia inoltre che un numero significativo di azioni di risarcimento del danno sono ancora *follow-on*, in cui il soggetto danneggiato da una violazione del diritto della concorrenza chiede il risarcimento dei danni a seguito di una decisione definitiva di un'Autorità garante della concorrenza.

L'attuale stato delle cose consente di affermare che il ruolo delle Autorità di concorrenza e, dunque, del *public enforcement* è ancora centrale nell'ottica di un incremento e rafforzamento del *private enforcement*.

Tutto ciò premesso, soffermandosi sul ruolo dell'Autorità nella quantificazione del danno, appare utile, in primo luogo, esaminare l'esperienza maturata dall'Autorità in questi sette anni di applicazione del d.lgs. n. 3/2017, con particolare riguardo ai nuovi strumenti di coordinamento tra l'Autorità e i giudici nazionali introdotti dalla nuova disciplina per il risarcimento del danno da illecito *antitrust*.

In secondo luogo, in prospettiva, occorre dare conto delle numerose normative intervenute successivamente alla direttiva sul risarcimento danni derivanti da illeciti *antitrust*, in quanto l'Unione Europea è intervenuta significativamente al fine di rafforzare il *public enforcement*, non solo in materia di concorrenza, ma anche di tutela del consumatore, introducendo contestualmente nuovi strumenti di accesso alla giustizia da parte dei soggetti danneggiati al fine di agevolare e rendere effettivo il diritto al risarcimento del danno derivante dalla violazione di norme euro-unitarie, proseguendo sulla direttrice del sistema binario di tutela al fine di assicurare l'efficacia complessiva dell'*enforcement*.

2. Esperienza dell'Autorità nell'applicazione del d.lgs. n. 3/2017

Le regole di raccordo tra *public e private enforcement* contenute nella direttiva e dal decreto legislativo di recepimento, sono le seguenti:

a) Esibizione delle prove contenute nel fascicolo istruttorio dell'Autorità (art. 4 del d.lgs. n. 3/2017);

b) Richiesta assistenza dell'Autorità nella quantificazione del danno (art. 14 del d.lgs. n. 3/2017);

c) Intervento amicus curiae (art. 15, par. 3, del regolamento n. 1/2003).

a) *Esibizione delle prove*

La Corte ha più volte affermato che il legislatore dell'Unione, adottando la direttiva 2014/104, è partito dalla constatazione che la lotta contro i comportamenti concorrenziali su iniziativa della sfera pubblica, vale a dire della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza, non era sufficiente a garantire il pieno rispetto degli art. 101 e 102 TFUE e che occorreva agevolare la possibilità, per la sfera privata, di concorrere al conseguimento di tale obiettivo (cfr. Considerando 6 della direttiva).

La Corte di giustizia ha osservato, in particolare, che da un lato occorre rimediare all'asimmetria informativa tra le parti della controversia poiché, per definizione, l'autore di un'infrazione sa ciò che ha fatto e ciò che gli è stato eventualmente contestato e conosce le prove che, in un caso del genere, sono servite alla Commissione o all'ANC interessata per dimostrare la sua partecipazione ad un comportamento anticoncorrenziale, mentre la vittima del danno causato dal tale comportamento non dispone di tali prove.

Dall'altro lato occorre preservare le prerogative della Commissione e delle ANC, facendo in modo che divulgare prove da parte loro o da parte delle imprese interessate da una delle loro indagini non pregiudichi l'efficacia del *public enforcement*.

Il delicato bilanciamento tra questi due interessi è affidato al giudice a cui è attribuito un penetrante potere di controllo sulla richiesta di esibizione. L'art. 4 del d.lgs. n. 3/2017 dispone che il giudice civile possa ordinare l'esibizione di prove contenute nel fascicolo istruttorio dell'Autorità *quando né le parti né i terzi sono in grado di fornire tali prove* e, dunque, nel rispetto del principio di sussidiarietà.

Il giudice dovrà valutare la domanda tenendo conto dei seguenti criteri:

a) la richiesta deve essere formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto e al contenuto dei documenti presenti nel fascicolo dell'Autorità;
b) la presenza del nesso di derivazione della domanda risarcitoria per cui viene formulata la richiesta di esibizione dalla violazione del diritto antitrust;
c) la necessità di preservare l'efficacia del *public enforcement* del diritto della concorrenza.

In sostanza, viene esclusa l'ammissibilità di istanze di esibizione formulate in termini generici, con finalità meramente esplorative, lasciando ai giudici il delicato compito di definire l'effettivo grado di conoscenza dei documenti contenuti nel fascicolo, che la parte dovrà dimostrare a supporto della propria istanza di acquisizione nel giudizio civile.

Con l'obiettivo di salvaguardare l'*enforcement* pubblico, l'art. 4 individua tre differenti tipologie di prove a seconda del loro grado di conoscibilità nel giudizio civile:

i) *quelle la cui esibizione può essere concessa in qualunque momento* (c.d. *white list*);

ii) *quelle accessibili solo al termine del procedimento che si svolge dinanzi all'Autorità per l'accertamento della violazione* (c.d. *grey list*). La *ratio* è quella di evitare che la divulgazione di tali prove possa interferire con le indagini istruttorie. Rientrano nella *grey list*: le informazioni rese nell'ambito di un procedimento *antitrust* condotto dall'Autorità, quale ad esempio le risposte alle richieste di informazioni o i verbali di audizione; la comunicazione delle risultanze istruttorie; le proposte di transazione ritirate (introdotte nel nostro ordinamento dall'art. 14 *ter* della legge n. 287/1990). In relazione a questa categoria il giudice civile può sospendere il processo quando sui fatti rilevanti del decidere è in corso un procedimento davanti all'Autorità ed è necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza;

iii) *quelle che non possono essere mai divulgate*, cioè quelle aventi ad oggetto dichiarazioni legate ad un programma di clemenza o a una proposta di transazione (c.d. *black list).* La *black list* rappresenta il punto di maggiore potenziale conflitto tra l'esigenza di garantire l'accesso alla prova per ottenere il risarcimento del danno e l'esigenza di salvaguardare uno strumento fondamentale di indagine investigativa. È fondamentale infatti che questi documenti trovino tutela adeguata nel sistema del *private enforcement* per non minare l'efficacia del *public enforcement*, in quanto il rischio che le ammissioni di responsabilità possano essere utilizzate come prove nelle cause civili costituisce un forte deterrente per le imprese ad utilizzare questi istituti che invece consentono all'Autorità di concorrenza di "scovare" e accertare i cartelli segreti, che rappresentano le più gravi violazioni *antitrust.*

È comunque previsto che la parte interessata può presentare un'istanza motivata al giudice, che può chiedere assistenza solo all'Autorità, affinché acceda a tale tipologia di prova e accerti il suo legame con un programma di clemenza o una proposta di transazione ai fini della sua possibile conoscibilità nel giudizio civile (art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 3/2017).

Si osserva che l'introduzione delle proposte di transazione[3] nel nostro ordinamento potrebbe costituire un ulteriore impulso al *private enforcement*, in quanto l'impresa indagata che ha ammesso la propria responsabilità per l'illecito *antitrust* può andare incontro al rischio di azioni di risarcimento danni. L'eventuale azione *follow-on* potrebbe essere intentata dal danneggiato in tempi brevi, considerato che l'impresa che ha aderito alla transazione non impugni la decisione e dunque non possa beneficiare della protezione temporanea per il convenuto derivante dalla pendenza del contenzioso. A parte i casi in cui il provvedimento potrà essere oggetto di impugnativa per aspetti concernenti il *quantum* della sanzione, si può ritenere che nella maggior parte dei casi l'attore potrà disporre di una decisione definitiva[4].

Altro strumento fondamentale introdotto dalla nuova disciplina sul risarcimento del danno è il ruolo di *amicus curiae* che può assumere l'Autorità nella valutazione della *proporzionalità* e *pertinenza* della richiesta di esibizione dei documenti contenuti nel fascicolo istruttorio rivolta al giudice. L'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 3/2017 prevede che quando l'Autorità intende fornire il proprio parere sulla proporzionalità della richiesta di esibizione può presentare osservazioni al giudice. Al fine di consentire all'Autorità di esercitare tale facoltà, il giudice informa la stessa delle richieste di esibizione, disponendo la trasmissione degli atti che ritiene a tal fine rilevanti. Le osservazioni dell'Autorità sono inserite nel fascicolo d'ufficio a norma dell'art. 96 delle disposizioni di attua-

3. Cfr. art. 34, comma 1, della legge 5 agosto 2022, n. 118, recante "*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*".

4. In sede di consultazione pubblica sulla Comunicazione dell'Autorità sulla procedura di *settlement* è emersa la preoccupazione delle imprese per le eventuali azioni di *private enforcement* che potrebbero seguire al provvedimento sanzionatorio dell'Autorità e venivano espressi suggerimenti sostanzialmente volti a limitare l'utilizzabilità del provvedimento ai fini dell'azione civile (quali maggiore sintesi nella descrizione della condotta, non citazione dei documenti probatori).

zione del codice di procedura civile.

Tuttavia, tale strumento non risulta essere stato mai utilizzato. Ciò può anche essere dovuto al fatto che il flusso informativo tra i giudici e l'Autorità risulta piuttosto carente, nonostante l'art. 30 della Direttiva precisi che "*Gli Stati membri dovrebbero istituire un sistema in base al quale un'autorità garante della concorrenza sia informata delle richieste di divulgazione delle informazioni qualora la persona che richiede la divulgazione o la persona alla quale è richiesta la divulgazione sia coinvolta nell'indagine di tale autorità relativa alla presunta violazione, fatte salve le norme nazionali sulle procedure senza contraddittorio*". In realtà un sistema del genere non è mai stato implementato, e dunque, sotto questo punto di vista, ci sono significativi margini di miglioramento nell'ottica di rendere effettivo il coordinamento tra l'Autorità e il giudice nazionale dinanzi al quale sono instaurati i contenziosi civili.

Per completare il quadro, appare utile richiamare anche la Comunicazione della Commissione sulla protezione delle informazioni riservate da parte dei giudici nazionali nei procedimenti concernenti l'applicazione a livello privatistico della concorrenza dell'UE (2020/C242/01), con la quale si suggeriscono una serie di misure che il giudice può adottare per la protezione delle informazioni riservate, nonché l'importanza della cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali nel contesto della divulgazione delle prove tramite la richiesta di parere che il giudice nazionale può rivolgere alla Commissione e la richiesta che la Commissione può rivolgere al giudice affinché le informazioni riservate trasmesse siano adeguatamente protette.

Dunque, particolare attenzione viene rivolta alla tutela delle informazioni riservate contenute nei fascicoli della Commissione e delle ANC, anche quando trasmesse al giudice civile a seguito di espressa richiesta.

Ebbene, a fronte della rigorosa disciplina dell'accesso alle prove contenute nel fascicolo istruttorio dell'Autorità nel giudizio civile sopra descritta, successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 3/2017, l'Autorità ha visto invece notevolmente aumentare il numero delle istanze di accesso formulate ai sensi dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990, motivate dalla necessità di tutelare i propri interessi giuridici ai fini della proposizione dell'azione per il risarcimento del danno (c.d. *accesso difensivo*).

Ciò ha comportato che, a volte anche a distanza di molti anni, le Direzioni istruttorie si trovano a gestire istanze di accesso ad una notevole mole di documenti, sui quali occorre riaprire il contraddittorio con le parti interessate al fine di assicurare il giusto contemperamento tra diritto di accesso difensivo e tutela delle informazioni sensibili e dei segreti commerciali in essi contenuti. Maggiori difficoltà nella ricerca del punto di equilibrio tra diritto di accesso e tutela della riservatezza si pongono poi quando le istanze di accesso sono presentate dal segnalante o interveniente concorrente dell'impresa destinataria del provvedimento *antitrust*, che ha dunque partecipato al procedimento istruttorio e ha già esercitato il diritto di accesso ai documenti a quei fini.

L'elemento che dovrebbe sempre essere tenuto presente è che nei procedimenti istruttori dell'Autorità confluiscono molti documenti contenenti informazioni commercialmente sensibili (e segreti aziendali), che per le imprese coinvolte rappresentano un patrimonio da preservare da possibili indebite utilizzazioni o strumentalizzazioni da parte di terzi, e la cui divulgazione si può comunque prestare a ricadute in termini di distorsioni concorrenziali correlate al rischio di aumento artificiale del livello di trasparenza delle strategie dei diversi operatori.

Pertanto, un uso ampio dell'istituto dell'accesso extra-procedimentale si presta a minare l'efficacia dell'attività investigativa degli Uffici, creando il rischio di possibili reticenze a collaborare delle imprese investigate, generate dal timore di non veder adeguatamente protetto il loro interesse alla riservatezza in sede di bilanciamento - che l'Autorità è chiamata ad operare - tra tale diritto e quello di accesso.

In questa fase post-istruttoria, un primo orientamento della giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto che l'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990 non assicurasse la prevalenza assoluta delle esigenze difensive rispetto a quelle di riservatezza, affermando che "*(...) la Sezione, sulla scorta delle osservazioni sopra riportate, che fanno emergere come venga in rilievo, per un verso, documentazione contenente segreti commerciali protetti dall'ordinamento di settore anche in sede di accesso, per altro verso, la responsabilità dell'Autorità nella loro diffusione, ha già osservato come l'ampiezza dell'accesso agli atti dell'Autorità non possa essere differente nelle ipotesi di cui all'art. 24, comma 7, l. 241 del 1990 e dell'art. 13, D.P.R. 217 del 1998, salvo offrire una lettura palesemente irrazionale dell'intero sistema*"

(Tar Lazio, sez. I, 20 agosto 2014, n. 9195, confermata da Cons. St., sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1515; Tar Lazio, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344).

E ancora: "*La preminenza del diritto di difesa rispetto al diritto alla riservatezza non assume il carattere assoluto (...) le disposizioni normative sopra citate dispongono un equo bilanciamento di opposti interessi – parimenti meritevoli di tutela – conferendo all'Autorità il potere di operare il menzionato bilanciamento, sia nelle ipotesi di accesso procedimentale sia in quelle di accesso informativo. In termini non difformi si esprime la giurisprudenza amministrativa che ha sempre riconosciuto il dovere dell'Autorità di procedere alla valutazione comparativa delle opposte esigenze, escludendo una prevalenza illimitata del diritto di accesso*" (Tar Lazio, Roma, 20 agosto 2014, n. 9195; Tar Lazio, 13 gennaio 2003, n. 80).

Il giudice amministrativo aveva inoltre ritenuto che l'accesso esercitato da chi è stato parte del procedimento davanti all'Autorità sconta i limiti di cui all'art. 13 del d.P.R. n. 217/1998 "*che non possono essere superati solo perché il procedimento si è concluso. Ritenere il contrario, e cioè che il soggetto che è stato parte nel procedimento, e che nel corso di questo non ha potuto esercitare l'accesso nelle forme di cui ai predicati artt. 22 e seguenti, possa, una volta concluso il procedimento davanti all'Autorità, soddisfare una più ampia pretesa significherebbe...assegnare al mero dato temporale della presentazione dell'istanza e alla scelta dell'interessato nell'indicare la tipologia di accesso l'effetto di delimitarne l'ambito*"[5].

Tuttavia, l'orientamento più recente favorisce il più ampio accesso al fascicolo dell'Autorità e, superando la posizione precedentemente assunta, appare introdurre alcuni elementi di disarmonia rispetto alla *ratio* e alle peculiarità della disciplina speciale esposte.

Secondo il più recente orientamento del Consiglio di Stato, alla luce delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19/2020 e n. 4/2021, ai fini dell'accoglimento di un'istanza di accesso difensivo si deve valutare se la conoscenza dei documenti richiesti sia o meno configurabile come necessaria ai fini della difesa in giudizio. La necessità ovvero la strumentalità o il collegamento dei dati/documenti di cui si chiede l'accesso ai fini della difesa in giudizio

5. Cfr. Cons. St., VI, 25 marzo 2015, n. 1585.

vanno intesi in senso ampio e la relativa valutazione va condotta in astratto, «senza quindi che l'amministrazione prima e il giudice amministrativo dopo debbano farsi carico di apprezzare, loro, se e quanto l'interesse ovvero la pretesa finale sia fondata. Tanto più nel caso [...] in cui l'accesso difensivo segue alla definizione di un procedimento dell'AGCM, avviato su segnalazione della stessa richiedente, ed è strumentale ad un'azione risarcitoria, già proposta, che per definizione trova nel provvedimento (e nel procedimento) dell'AGCM il proprio fulcro» (cfr. Consiglio di Stato, 7 luglio 2021, n. 5176, 5177 e 5178).

Più in particolare, il Consiglio di Stato ha osservato che opporre esigenze di riservatezza e segretezza della documentazione "contesa" per il fatto che nei procedimenti dell'Autorità l'impresa investigata si trova a dover rivelare e fornire simili informazioni, non può tradursi nel divieto di divulgare «qualunque documento sia prodotto nel corso dell'indagine dinanzi all'Autorità a propria difesa dall'impresa incolpata, [...] potrebbe finire per assicurare alla stessa impresa una sorta di immunità nei giudizi civili promossi a valle dell'accertamento della violazione e della sanzione. Laddove invece l'ordinamento è venuto ampliando il private enforcement, di cui il risarcimento danni è uno degli strumenti, che svolge un ruolo complementare a quello dell'enforcement pubblico per assicurare il rispetto della normativa, anche in chiave dissuasiva e di prevenzione. La questione va quindi affrontata distinguendo piuttosto quella parte della documentazione, anche se prodotta a difesa dall'impresa nel procedimento, che è stata valutata dall'Autorità come rilevante ai fini della ricostruzione dei fatti contestati e della decisione assunta, da quanto invece – come ad esempio le proposte di impegni, ove non accolte – è rimasto estraneo alla decisione o comunque sullo sfondo. [...] Spetterà quindi all'Autorità operare una simile selezione, motivando in ordine a quei documenti per i quali ritenesse che non siano stati rilevanti ai fini della ricostruzione dei fatti e all'accertamento della loro responsabilità e dei quali deve quindi escludersi, in ultima analisi, la necessità ai sensi dell'art. 24, comma 7, più volte richiamato» (Cons. St., 7 luglio 2021, n. 5176, n. 5177, n. 5178).

In questi casi, il Consiglio di Stato ha pertanto ordinato all'Autorità di concedere l'accesso agli atti e ai documenti richiesti, rimettendo alla stessa l'individuazione della documentazione nei termini e con le precisazioni sopra indicati e prescrivendo, per quanto possibile, di depurare i documenti da ogni

riferimento personale.

In quei casi, dunque, il giudice amministrativo ha attribuito all'Autorità un onere di collaborazione con il richiedente ai fini di una migliore individuazione dei documenti in ragione della particolare complessità dei fascicoli istruttori dell'Autorità, o, meglio, dei documenti "rilevanti" per i quali l'accesso deve essere consentito, eventualmente depurando da riferimenti di carattere personale.

Si tratta, a parere di chi scrive, di una soluzione che non sembra tenere adeguatamente conto delle peculiarità che connotano i procedimenti istruttori dell'Autorità e del concreto rischio che tale soluzione possa influenzare le imprese nella propria strategia difensiva e compromettere l'efficacia investigativa della stessa Autorità. Infatti, le parti potrebbero essere influenzate dalla prospettiva, o dal timore, di dover esporre i documenti che le riguardano (che contengono informazioni sensibili o segreti commerciali) ad un accesso futuro da parte di soggetti terzi o potenziali concorrenti.

Sul punto, per concludere, le prove contenute nel fascicolo istruttorio dell'Autorità sono sottoposte ad un regime speciale e rigoroso in sede di accesso ai fini del giudizio civile, in cui è cruciale il filtro del giudice nella valutazione della necessità e proporzionalità della richiesta di accesso. Mentre quando le istanze di accesso vengono rivolte all'Autorità ai sensi della disciplina generale di cui alla legge n. 241/1990, le parti, appellandosi alle più recenti sentenze del giudice amministrativo, chiedono di avere accesso all'intero fascicolo istruttorio relativo a procedimenti conclusi, con istanze che si prestano a coprire documenti verosimilmente esorbitanti rispetto all'interesse difensivo e comunque contenenti dati ed informazioni riservate e segreti commerciali, ai quali dovrebbe invece essere assicurata, anche nella fase post-istruttoria, la medesima tutela ad essi riconosciuta nella fase istruttoria.

Si dà conto di una più recente sentenza del Tar Lazio (sez. I, 4 ottobre 2023 n. 14718), in cui l'approccio del giudice amministrativo nella valutazione della necessità e strumentalità dell'accesso al fascicolo istruttorio dell'Autorità è stata effettuata con maggiore rigore.

Nel caso di specie, con il provvedimento del 2 novembre 2022 in ordine al fascicolo PS12231, l'Autorità aveva accertato la realizzazione di una pratica commerciale scorretta da parte di Telecom relativa alla omissione e/o mancata

evidenziazione nelle comunicazioni commerciali di informazioni indispensabili al consumatore per consentirgli di assumere una decisione commerciale consapevole (costi di disattivazione e di recesso, perdita del numero fisso in caso di passaggio ad altro operatore, costi a consumo delle telefonate, possibili disservizi durante la fase di sperimentazione).

La parte segnalante, che aveva partecipato al procedimento e avuto ripetutamente accesso alla documentazione contenuta nel relativo fascicolo, fatti salvi i limiti di riservatezza, impugnava dinanzi al Tar del Lazio il diniego parziale opposto dall'Autorità all'istanza di accesso.

Il giudice ha rigettato il ricorso, rilevando innanzi tutto che non vi fosse alcun immediato nesso di causalità tra l'illecito consumeristico sanzionato, avente ad oggetto i messaggi diffusi nei confronti dei consumatori, e il preteso danno concorrenziale invocato a sostegno dell'istanza di accesso.

Inoltre, a fronte dell'insistenza della parte ad ottenere l'accesso ai documenti riservati – avendo comunque già ottenuto l'accesso parziale dall'Autorità – il giudice ha osservato che «nell'istanza di accesso non è stata offerta una motivazione puntuale e specifica circa il fatto che la versione integrale dei documenti richiesti, e in particolare dei dati omissati, fossero effettivamente necessari per acquisire la prova a fini risarcitori in sede civile».

Questa sentenza sembra aprire la strada ad una soluzione interpretativa più equilibrata e adeguata a garantire il rispetto di tutti gli interessi in gioco, tenendo più adeguatamente conto della disciplina speciale prevista dall'Unione europea per l'accesso al fascicolo istruttorio delle Autorità poste a tutela della concorrenza[6].

b) ***Assistenza nella quantificazione del danno***

Altra disposizione del nuovo assetto delineato dal d.lgs. n. 3/2017 nell'ottica della sinergia tra *private* e *public enforcement* è l'art. 14, comma 3, che consente al giudice di chiedere "*assistenza all'autorità garante della concorrenza e del mercato formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la*

6. Tuttavia, nelle more della pubblicazione del presente contributo, è stata annullata dal Consiglio di Stato.

quantificazione del danno. Salvo che l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, l'autorità garante presta l'assistenza richiesta nelle forme e con le modalità che il giudice indica sentita l'Autorità".

Si tratta di una disposizione innovativa che rimette alla discrezionalità del giudice di richiedere l'assistenza e all'Autorità di fornirla.

È stato osservato che si tratta di uno strumento complesso e dispendioso da applicare al giudizio *stand alone*, in quanto l'Autorità si troverebbe a dover svolgere un'analisi onerosa di ipotesi accusatorie che non sono mai state oggetto di istruttoria peraltro nella prospettiva della quantificazione del danno di uno specifico soggetto e non in quella generale della valutazione degli effetti delle condotte sulla concorrenza. La valutazione sugli effetti delle condotte esposte in un provvedimento amministrativo non equivale infatti alla quantificazione del danno privato in sede civile.

Nel giudizio *follow on*, invece, l'Autorità interverrebbe come ausiliario del giudice dopo essersi formata il proprio convincimento nel diverso contesto del provvedimento amministrativo adottato.

Certamente l'Autorità non assume un ruolo di consulente tecnico che interviene come ausiliario del giudice nel caso concreto. È certo che la quantificazione del danno resta un compito del giudice civile: per quanto l'Autorità possa aver circostanziato e precisato gli effetti dell'infrazione nella sua decisione, finanche arrivando ad una loro stima quantitativa, l'entità del risarcimento dovrà sempre essere determinata individualmente in ragione del danno cagionato alle posizioni specifiche delle parti che hanno intentato l'azione.

Alcuni precedenti riguardano il Tribunale di Roma, che ha chiesto all'Autorità assistenza "per individuare, in conformità ai criteri previsti dalle linee guida della Commissione UE, i benchmark temporali e geografici più adeguati e i criteri metodologici più idonei al fine di assicurare una corretta quantificazione del danno nella specifica ipotesi di illecito antitrust accertato in sede amministrativa dall'AGCM" con il provvedimento A428.

Come si ricorderà, l'Autorità aveva accertato un abuso di posizione dominante in capo a Telecom Italia per aver ostacolato l'accesso alla propria infrastruttura ai propri concorrenti. In particolare, l'Autorità ha concluso che, mediante

l'opposizione ai concorrenti di un numero molto elevato di KO alle richieste di attivazione dei servizi all'ingrosso di accesso alla rete, Telecom ha ostacolato l'accesso dei medesimi concorrenti all'infrastruttura di telefonia fissa, anche alla luce dei profili discriminatori nell'organizzazione dei processi di attivazione dei servizi all'ingrosso tra gli OLO e le divisioni commerciali. Ciò ha determinato significative perdite in termini di efficienza del processo e di aggravio dei costi, nonché possibili perdite di clienti, per i concorrenti di Telecom Italia.

L'Autorità ha dunque risposto alla richiesta di assistenza indicando la metodologia ritenuta più adeguata alla costruzione di uno scenario controfattuale idoneo a rappresentare, nel modo più verosimile possibile, la situazione che si sarebbe determinata in assenza di condotte illecite *antitrust*.

c) *L'intervento dell'Autorità come* amicus curiae

Ulteriore strumento di coordinamento è costituito dalla possibilità, prevista dall'art. 15, paragrafo 3, del regolamento n. 1/2003, di interventi *amicus curiae* dell'Autorità nazionale di concorrenza e/o della Commissione. In particolare, la presentazione di osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali è rimessa alla valutazione discrezionale della Commissione e/o delle autorità nazionali di concorrenza; la presentazione di osservazioni orali deve invece essere previamente autorizzata dai giudici.

La finalità per la Commissione è quella di assicurare "l'applicazione uniforme" degli articoli 101 e 102 TFUE. La giurisprudenza comunitaria ha interpretato tale finalità in senso ampio.

Per le autorità nazionali il mandato sembra ancora più esteso, potendo le stesse presentare osservazioni più genericamente su "*questioni relative all'applicazione" dei medesimi articoli 101 e 102 TFUE*".

Per quanto riguarda, in particolare, l'esperienza dell'Autorità, si segnala l'unico caso, risalente al maggio 2017, in cui l'Autorità è intervenuta ex *amicus curiae*, nel giudizio pendente dinanzi il Tribunale Civile di Roma in relazione all'istanza di reclamo presentata da Uber avverso l'ordinanza cautelare con cui veniva accertata la natura di concorrenza sleale del servizio svolto da UBER, ex art. 2598 n. 3 c.c., e ordinata la cessazione immediata, a partire dal 16 aprile 2017, dell'utilizzo in Italia di talune tipologie di servizio Uber (nello specifico Uber Black).

La finalità perseguita dall'Autorità con la decisione di intervenire in qualità di *amicus curiae* è stata propriamente quella di fornire al giudice alcuni elementi conoscitivi che derivavano da una pregressa e intensa attività di *advocacy* nello specifico settore della mobilità non di linea. In tale prospettiva, l'Autorità ha ribadito l'esigenza di non inibire le nuove modalità di servizi ma, anzi, assecondare lo sviluppo di servizi innovativi, consentendo una maggiore apertura del mercato e una diversificazione dei servizi a beneficio dei consumatori finali. Con decisione del 26 maggio 2017 il Tribunale ha accolto il reclamo di UBER e annullato il provvedimento di inibizione del 7 aprile.

Al di là del merito della vicenda (in cui l'Autorità ha portato avanti la sua tesi in materia espressa già con atti di *advocacy*), è importante sottolineare i passaggi dell'ordinanza del Tribunale di Roma con cui è stato ritenuto ammissibile l'atto di intervento come *amicus curiae*, rigettando l'eccezione di inammissibilità sollevata dalle parti.

Il Tribunale ha evidenziato che «*l'invocata disposizione* [art. 15 del regolamento n. 1/2003] *realizza un meccanismo di cooperazione tra autorità antitrust e giurisdizione nazionali finalizzato a garantire un'uniforme applicazione delle regole di concorrenza tra gli Stati membri (cfr. Corte Giust, 11 giugno 2009, causa C-429, Inspecteur van de Belastingdienst c. X BV)*; *l'atto con cui l'Autorità presenta osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali risponde, dunque, ad un'esigenza di collaborazione tra le autorità antitrust e giurisdizione ed è orientato alla tutela dell'interesse pubblico e non a sostenere una o l'altra parte del giudizio, mantenendosi neutrale e indipendente rispetto alle parti in causa (cfr., sul punto, la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, del 27 aprile 2004, par. 17-19)*; *dal riferito contesto normativo consegue che le osservazioni presentate dall'Autorità non si prestano ad essere qualificate quale atto di intervento (adesivo) nel giudizio, difettando l'interesse individuale del soggetto, sia pure riflesso, nel rapporto giuridico, cui è completamente estranea, come reso evidente anche dall'assenza di conclusioni in ordine al merito della vicenda, in coerenza con la rammentata funzione dell'istituto e, dunque, dalla sua posizione di neutralità e imparzialità, né sono idonee a conferire alla stessa la qualità di parte processuale, in relazione alla sua insensibilità, per le medesime*

ragioni, agli effetti processuali e sostanziali del giudizio» ... «*l'art. 15, par. 3, CE n, 1/03, riconosce all'autorità nazionale garante per la concorrenza la facoltà di presentare all'autorità giudiziaria osservazioni scritte e orali in merito ad un giudizio pendente "in merito a questioni relative all'applicazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato" (oggi, 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea), ossia laddove vengano in rilievo questioni inerenti la materia delle intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante; nel caso in esame, risulta introdotta nel thema decidendum, per effetto dell'eccezione sollevata dalle resistenti e dalle stesse riproposta in uno specifico motivo di reclamo, la questione, esaminata e disattesa dal giudice delle prime cure, relativa alla violazione da parte della disciplina di settore del combinato disposto degli articoli 106 §1 e 102 TFUE, in ragione dell'assunto del suo carattere pregiudizievole della struttura del mercato attraverso la creazione di condizioni di concorrenza ineguali tra le imprese e il riconoscimento alle imprese esercenti il servizio di taxi, cui sono stati concessi diritti speciali o esclusivi su tale mercato, di rafforzare ed estendere la sua posizione dominante su un altro mercato limitando così la concorrenza*».

3. *Autorità e risarcimento del danno. Prospettive*

In questi ultimi dieci anni il modello del sistema binario di tutela – *public e private enforcement* – si è consolidato e ulteriormente rafforzato attraverso una serie di interventi normativi dell'Unione europea volti da un lato a rendere più incisivo ed efficace l'intervento pubblico e, dall'altro, a rendere più agevole ed effettivo il diritto al risarcimento del danno per il soggetto danneggiato, sia in materia di concorrenza che di tutela del consumatore.

Sul fronte della concorrenza, come è noto, è intervenuta la direttiva 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che ha conferito alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno (ECN+). Tale direttiva ha segnato una 'nuova modernizzazione' a quasi vent'anni dalla prima 'modernizzazione' quando, con il regolamento CE n. 1/2003, l'Unione europea si è dotata di un sistema di applicazione decentrata del diritto della concorrenza da parte delle autorità nazionali. La direttiva

2019/1/Ue si poneva il primario obiettivo di garantire condizioni di parità per le imprese e i consumatori, garantendo un insieme minimo di caratteristiche comuni in termini di indipendenza, risorse, poteri di indagine e sanzionatori, nonché meccanismi di cooperazione reciproca.

Il d.lgs. n. 185/2021, che ha recepito la direttiva ECN+, segna certamente la più ampia e incisiva riforma del quadro normativo in materia di concorrenza dall'istituzione dell'Autorità, modificando in misura significativa l'impianto della legge n. 287/1990. Le nuove disposizioni rafforzano l'Autorità nella propria azione di contrasto agli illeciti antitrust: il rafforzamento dell'indipendenza dell'Autorità (collegio, personale, obblighi di astensione, gestione finanziaria); il potere di definire le proprie priorità di intervento; l'ampiamento dei poteri di indagine (ispezioni domiciliari previa autorizzazione del giudice, audizione di terzi, ammissibilità e acquisizione di prove a prescindere dal supporto, prorogabilità delle misure cautelari); il rafforzamento dei poteri sanzionatori (introduzione di penalità di mora e previsione di sanzioni anche per le persone fisiche; inasprimento delle sanzioni per le associazioni di imprese); la semplificazione dei programmi di clemenza; il coordinamento tra la Commissione e le ANC.

A fronte del rafforzamento dei poteri conferiti alle ANC la direttiva ECN+ prevede, in una logica di contrappeso, adeguate garanzie procedurali per le parti e il richiamo espresso al rispetto dei *principi generali del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, contenuto oggi nell'art. 12 della legge n. 287/1990.

Successivamente, la legge n. 118/2022 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021) ha *ulteriormente ampliato i poteri di enforcement dell'Autorità*, apportando ulteriori significative modifiche alla legge n. 287/1990, sia sul piano dell'applicazione sostanziale che procedurale. Pensiamo all'ulteriore ampiamento dei poteri istruttori, permettendo all'Autorità di richiedere informazioni in fase pre-istruttoria assistite da sanzioni; così anche nell'ambito del controllo delle concentrazioni oppure all'introduzione della procedura di transazione (c.d. Settlement), che consente alle parti che riconoscono la loro partecipazione ad un illecito antitrust di beneficiare di una riduzione della sanzione, secondo un meccanismo che si fonda sul principio di economia pro-

cedurale. Si rafforza il contrasto all'abuso di dipendenza economica, introducendo una presunzione relativa con riferimento alle piattaforme digitali e una lista esemplificativa di pratiche che possono integrare l'abuso dello stato di dipendenza economica.

Da marzo 2023 l'Autorità ha attivato la propria piattaforma per il whistleblowing, dotandosi – come già altre ANC - di uno nuovo ed efficace strumento investigativo, che si aggiunge al programma di clemenza, per denunciare possibili violazioni da parte di soggetti che, nello svolgimento della loro attività lavorativa, sono venuti a conoscenza di possibili violazioni.

Da ultimo, la legge annuale per la concorrenza 2022 ha introdotto alcune disposizioni relative ai poteri e ai procedimenti dell'Autorità, che introducono ulteriori modifiche alla legge n. 287/1990. Per quanto qui interessa, si segnala l'attribuzione all'Autorità di tutte le funzioni di cui al regolamento 2022/1925 relativo alla disciplina dei mercati equi e contendibili nel settore digitale (*Digital Markets Act*), dotandola dei poteri necessari per svolgere le attività di assistenza e collaborazione previste dall'art. 38, paragrafo 7 del regolamento[7].

Significative novità sul piano del rafforzamento del *public enforcement* hanno riguardato anche la tutela del consumatore. Innanzi tutto, il regolamento 2017/2394/UE sulla cooperazione tra le Autorità nazionali per l'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori, operativo da gennaio 2020, che ha dotato le Autorità di maggiori e più incisivi poteri di indagine, cautelari e sanzionatori. Poi la c.d. direttiva Omnibus (recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26), che, tra l'altro, ha introdotto poteri sanzionatori ancora più penetranti. Il nuovo articolo 27, comma 9, del Codice del Consumo innalza infatti il massimo edittale della sanzione da 5.000.000,00 Euro a 10.000.000 Euro, nonché fissa l'importo della sanzione al 4% del fatturato totale per le infrazioni unionali.

7. In particolare, la norma prevede che l'Autorità pone in essere tutte le forme di collaborazione e cooperazione previste dal citato regolamento (UE) 2022/1925, ivi inclusa l'assistenza nel corso delle ispezioni richieste dalla Commissione europea, all'uopo adottando propri regolamenti compatibili con le procedure già previste in materia di concorrenza ed esercitando gli stessi poteri di indagine di cui al titolo II, capo II della legge 10 ottobre 1990, n. 287 previsti per l'applicazione delle norme di concorrenza.

Contestualmente, la direttiva n. 21/2019, nella logica del sistema binario finalizzato al conseguimento di una tutela effettiva ed efficace, ha rafforzato gli strumenti di tutela del soggetto privato che ha subito un danno dalla pratica commerciale scorretta. Sono di particolare rilievo i c.d. rimedi di tutela individuale, introdotti nel nostro ordinamento con il d.lgs. 18 marzo 2023, n. 26, che ha recepito la direttiva n. 21/2019. In particolare, il Considerando 16 della Direttiva afferma che «gli Stati membri dovrebbero garantire la disponibilità di rimedi per i consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali per eliminare tutti gli effetti di tali pratiche scorrette. L'adozione di un quadro ben preciso per i rimedi individuali faciliterebbe l'esecuzione a livello privato. Il consumatore dovrebbe poter ottenere il risarcimento del danno e, se pertinente, una riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, in modo proporzionato ed efficace. Agli Stati membri non dovrebbe essere impedito di mantenere o introdurre il diritto ad altri rimedi, come la riparazione o la sostituzione, per i consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali per garantire l'eliminazione totale degli effetti di tali pratiche. Agli Stati membri non dovrebbe essere impedito di stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti dei rimedi per i consumatori. Nell'applicare tali rimedi si potrebbe tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti, quali la condotta scorretta del professionista o l'inadempimento del contratto».

L'obiettivo è dunque quello di rendere più efficaci e concreti gli strumenti di tutela individuale per il consumatore vittima di una pratica commerciale, rendendo più facile l'accesso ai rimedi sia contrattuali che extracontrattuali, in un'ottica di rafforzamento del sistema del *private enforcement* e di maggiore complementarietà con la tutela pubblicistica.

Oggi, dunque, l'art. 27, comma 15 *bis*, del Codice del Consumo dispone che "*I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed efficaci, compresi il risarcimento del danno subito, e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciali sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori*".

Per il nostro ordinamento non si tratta di una particolare novità, in quanto tali rimedi sono già disponibili nel diritto interno, ma si auspica che la codificazione di tali rimedi a livello europeo possa ulteriormente contribuire a una maggiore conoscenza e consapevolezza dei consumatori degli strumenti che hanno a disposizione per ottenere la riparazione dei danni subiti.

La politica di rafforzamento del *private enforcement* ha poi recentemente condotto all'adozione della direttiva n. 2020/1828/UE, che ha sostituito la direttiva n. 2009/22/CE, recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 70, inserendo nel Codice del Consumo dodici nuovi articoli relativi a provvedimenti inibitori o compensativi a tutela degli interessi collettivi dei consumatori nel caso di violazione delle disposizioni in specifiche materie del diritto dell'Unione europea o delle norme di diritto interno di recepimento, tra cui rientrano, tra le altre, le pratiche commerciali scorrette e le clausole abusive.

Lo scopo della direttiva citata è quello di conseguire un livello elevato di protezione dei consumatori, intervenendo sulle lacune della precedente disciplina, consentendo a enti legittimati, che rappresentano gli interessi collettivi dei consumatori, di proporre azioni rappresentative per ottenere provvedimenti inibitori e provvedimenti risarcitori nei confronti dei professionisti che violano le disposizioni del diritto dell'Unione (tra cui quelle in materia di pratiche commerciali scorrette, diritti dei consumatori nei contratti "consumer rights" e clausole vessatorie di competenza dell'Autorità, nonché i recenti Digital Markets Act e Digital Services Act).

Al riguardo l'Autorità, in sede di audizione parlamentare sullo schema di decreto legislativo, aveva sottolineato che "tanto in Italia, quanto nell'Unione europea, gli illeciti consumeristici hanno fino ad oggi prevalentemente interessato il "lato pubblico". Sono cioè principalmente le Public Authorities che intervengono accertando gli illeciti consumeristici e comminando sanzioni pecuniarie nei confronti dei vari autori (c.d. *public enforcement*). In effetti, in confronto per esempio con l'ordinamento federale degli Stati Uniti d'America, nell'ordinamento giuridico nazionale le vittime di illeciti consumeristici hanno maggiori difficoltà ad agire in sede giurisdizionale al fine di ottenere rimedi a carattere risarcitorio o misure — anche cautelari — di contenuto inibitorio (c.d. *private enforcement*). La causa principale è apparsa legata all'assenza di

efficaci strumenti processuali in grado di controbilanciare la tendenziale inerzia dei consumatori a reagire in relazione a pregiudizi che, presi singolarmente, possono risultare di lieve entità. L'Autorità non può quindi che accogliere favorevolmente questo tipo di iniziative legislative che mirano a garantire una maggiore effettività dei diritti dei consumatori. Le azioni rappresentative, se disegnate in modo corretto, possono infatti non solo contribuire a ristabilire una maggiore equità nei rapporti fra consumatori e professionisti, ma anche far emergere nuove tipologie di illeciti. In un'ottica di complementarietà con il *public enforcement*, l'obiettivo dovrebbe essere quello di apprestare un livello ottimale di deterrenza, minimizzando al contempo gli oneri complessivi per il sistema giudiziario e amministrativo. A tal fine, una ricostruzione ottimale del sistema dovrebbe essere ispirata da un principio di coordinamento e di leale collaborazione tra Tribunali e Autorità amministrative[8].

Vi è tuttavia da segnalare che il legislatore ha incluso tra i soggetti legittimati ad esperire l'azione rappresentativa nazionale e transfrontaliera anche gli organismi pubblici indipendenti designati a norma del regolamento CPC - Consumer Protection Cooperation, che facciano richiesta di essere legittimati, tra cui rientra, come noto, l'Autorità garante della Concorrenza e del mercato (oltre l'Autorità di regolazione dei trasporti, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Garante per la protezione dei dati personali, l'IVASS, Consob, Banca d'Italia).

Questa disposizione introduce un elemento di estrema confusione nel quadro dei rapporti tra *public* e *private enforcement* ormai consolidato, delineando un sistema in cui l'Autorità, che interviene sul piano del *public enforcement* per accertare l'illecito consumeristico con i poteri istruttori e inibitori di cui dispone ai sensi del Codice del Consumo, si troverebbe a poter agire anche sul piano del *private enforcement* a tutela degli interessi dei consumatori che hanno subito un danno a seguito della condotta accertata con provvedimento della stessa Autorità.

Non sembra una strada concretamente percorribile.

8. Audizione del Segretario generale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato Guido Stazi dinanzi alle Commissioni riunite Giustizia e Attività produttive della Camera dei deputati sullo schema di decreto legislativo recante recepimento della direttiva (UE) 2020/1828 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi, 11 gennaio 2023.

Il ruolo che può efficacemente svolgere l'Autorità rimane sembra dubbio quello del *public enforcer*. Sul punto, si richiama la posizione espressa dal Presidente Rustichelli nell'audizione del 3 maggio 2022, in cui evidenziava «*...la proficua collaborazione tra l'attività di public enforcement svolta dall'Autorità e gli strumenti di private enforcement e di ristoro degli utenti, nell'ambito dei quali si segnala, in particolare, la class action quale strumento fondamentale a tutela dei consumatori. In proposito, l'Autorità desidera, anzi, evidenziare come i propri provvedimenti ed evidenze istruttorie acquisite nel corso dei procedimenti di public enforcement siano utilizzate sempre più spesso come strumenti probatori qualificati dell'illecito contestato in giudizio al fine di supportare e documentare tali iniziative. Basti citare, come esempi recenti, le azioni di classe proposte da alcune associazioni di consumatori proprio utilizzando come base probatoria qualificata i corrispondenti provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette, ad esempio, contro Volkswagen per lo scandalo delle emissioni, contro Facebook per lo sfruttamento commerciale dei dati personali degli utenti, contro Apple e Samsung per il complesso fenomeno della cosiddetta obsolescenza programmata della funzionalità delle batterie di alcuni modelli di smartphone" (contro Volkswagen il Tribunale di Venezia ha riconosciuto un indennizzo di 3.300 € per ciascuno dei consumatori proprietari dei modelli oggetto dell'istruttoria)*».

Al quadro molto composito appena descritto, nuove sfide dovranno a breve essere affrontate dalle Autorità pubbliche e dai giudici nazionali con riguardo ai mercati digitali, a seguito dell'entrata in vigore di regolamenti Digital Markets Act e Digital Services Act, con riguardo alle possibili azioni di risarcimento che potranno derivare dalle violazioni dei rispettivi regolamenti da parte delle grandi piattaforme.

Come noto il Digital Markets Act non contiene disposizioni di armonizzazione con il *private enforcement* sul modello della direttiva risarcimento danni da illecito antitrust, a differenza del Digital Services Act, che afferma esplicitamente che "[i] destinatari del servizio hanno il diritto di chiedere [...] risarcimento da parte dei fornitori di servizi intermediari, per eventuali danni o perdite subiti a causa della violazione da parte di tali fornitori degli obblighi derivanti dal presente regolamento" (art. 54).

Tuttavia, dal regolamento emerge che la sua efficacia si basa implicitamen-

te anche sul *private enforcement* a tutela del diritto al risarcimento dei danni subiti dalle imprese e dagli utenti finali a seguito della violazione degli obblighi imposti ai gatekeeper[9].

Si pensi all'articolo 39, paragrafo 1, del DMA, secondo cui i giudici nazionali possono chiedere alla Commissione di trasmettere "le informazioni in suo possesso o il suo parere su questioni relative all'applicazione del presente regolamento". La disposizione è identica all'articolo 15 del regolamento 1/2003 per quanto riguarda l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE e ha senso solo se il Tribunale si pronuncia su azioni private.Inoltre, l'articolo 39, paragrafo 2, impone agli Stati membri di trasmettere alla Commissione una copia di qualsiasi sentenza resa al riguardo, mentre l'articolo 39, paragrafo 5, prevede che i giudici nazionali "non emettano una decisione che sia contraria a una decisione adottata dalla Commissione" ai sensi del DMA.

Pertanto, la disposizione, in combinato disposto con il considerando 92, stabilisce un meccanismo di cooperazione tra la Commissione e i Tribunali nazionali che è molto simile alla loro cooperazione nei casi di concorrenza.

Infine, come detto, al fine di agevolare le azioni private per il risarcimento dei danni in seguito al mancato rispetto degli obblighi del DMA, l'articolo 42 estende l'applicabilità della direttiva (UE) 2020/1828 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori alle "azioni rappresentative intentate contro violazioni da parte dei gatekeeper" delle disposizioni del DMA "che danneggiano o possono ledere gli interessi collettivi dei consumatori".

Sulla stessa linea, l'articolo 43 chiarisce che la direttiva (UE) 2019/1937 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione si applica alla segnalazione di tutte le violazioni del DMA e alla tu-

9. In quest'ottica, l'articolo 5, paragrafo 3, del DMA vieta ai gatekeeper di "impedire agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione *online* di terzi" a prezzi o condizioni più interessanti. Ai sensi dell'articolo 5, comma 4, i gatekeeper devono "consentire agli utenti commerciali, a titolo gratuito, di comunicare e promuovere offerte, anche a condizioni diverse, ai consumatori finali acquisite tramite il servizio della piattaforma principale [...] indipendentemente dal fatto che, a tal fine, utilizzano i servizi principali della piattaforma del gatekeeper". Allo stesso modo, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 5, del DMA i gatekeeper "non devono trattare favorevolmente, nel ranking e nella relativa indicizzazione e scansione, i servizi e i prodotti offerti dal gatekeeper stesso rispetto a servizi o prodotti simili di terzi".

tela degli informatori (Whistleblower), recepita dal d.lgs. n. 24/2013 entrato in vigore il 30 marzo 2023.

In questo contesto futuro, il modello del sistema a rete e del sistema binario tra *public e private enforcement* - già ampiamente sperimentato nella disciplina antitrust – potrà fornire un utile apporto per la soluzione dei problemi che si porranno sia sul piano teorico, che sul piano operativo.

4. Conclusioni

Il percorso di rafforzamento del *public enforcement* e di potenziamento del *private enforcement* (azione individuale e collettiva) di questi ultimi dieci anni ha portato certamente ad un sistema complessivamente più efficiente - come osservato dalla Commissione nella sua Relazione del 2020 - nell'ottica di garantire un'applicazione efficace delle norme di concorrenza, ma anche di tutela del consumatore.

È essenziale che i soggetti danneggiati – non solo le grandi imprese, ma anche le piccole-medie imprese, i singoli consumatori e le loro associazioni, le pubbliche amministrazioni - acquisiscano sempre maggiore consapevolezza dei propri diritti e degli strumenti a loro disposizione

In questo contesto il ruolo del *public enforcement* – e dunque dell'Autorità - rimane fondamentale, considerato che la maggior parte delle azioni civili per il risarcimento dei danni derivanti da illeciti antitrust sono ancora azioni *follow-on*.

Sempre più numerose sono poi le azioni civili intraprese a seguito di provvedimenti dell'Autorità che accertano di pratiche commerciali scorrette, a cui il giudice ha ormai riconosciuto il valore di "prova privilegiata".

Così come i provvedimenti dell'Autorità potranno dare ulteriore impulso alle *class action* e, in particolare, alle *nuove azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, che potranno basarsi sulle evidenze istruttorie acquisite nel procedimento.

DECISIONI CON IMPEGNI E ANTITRUST PRIVATE ENFORCEMENT: VERSO UNA CONVERGENZA POSSIBILE*

Enrico Camilleri

Sommario: ***1.*** *Decisioni con impegni e private enforcement: un raccordo problematico.* ***2.*** *La soglia di equilibrio e il suo oltrepassamento.* ***3.*** *Verso una deviazione controllata dal polo dell'aggiudicazione.* ***4.*** *Decisioni con impegni e giudizio civile tra aperture e nodi irrisolti.* ***5.*** *Segue. Un possibile inquadramento: la presunzione giurisprudenziale.*

1. *Decisioni con impegni e private enforcement: un raccordo problematico*

Il tema delle decisioni con impegni può apparire quasi un contrappunto nel quadro di una riflessione incentrata sulle ragioni di opportunità e necessità di un raccordo sempre più stretto e virtuoso, di vera e propria complementarità tra strumenti pubblicistici e privatistici di attuazione del diritto della concorrenza. E il contrappunto sta in ciò, che le *commitment decisions* costituiscono in effetti un segmento dell'arsenale (amministrativistico) di intervento antitrust in relazione al quale giusto quella complementarità – che pure può nel complesso darsi per acquisita, al punto da ammontare quasi a dato di struttura del disegno antimonopolistico complessivamente considerato[1] – sembra ridiventare prospettiva: prospettiva eventuale anziché programmatica, quanto ai presupposti, e critica anziché lineare, quanto agli esiti.

Stando alle principali fonti di riferimento, vale a dire gli articoli 9 del regolamento n. 1/2003[2] e 14-*ter* della l. 287/1990 (cui deve però aggiungersi anche

* Il presente lavoro è destinato al Liber Amicorum per Salvatore Patti.

1. V. per tutti M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 456 ss.; J. Drexl, *The Interaction between Private and Public Enforcement in European Competition Law*, in H.M. Micklitz - A. Wechsler (a cura di), *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in a Global Perspective*, Bloomsbury, Oxford-Portland, 2016, pp. 135 ss. ma spec. pp. 139. ss.

2. Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato.

l'analoga disposizione recata dall'art. 27, comma 7, c. cons, in tema di pratiche scorrette), tratto essenziale delle decisioni con impegni è l'essere provvedimenti ammessi nei soli casi di minore gravità[3], caratterizzati da chiusura di una istruttoria senza accertamento della infrazione e dunque senza irrogazione di alcuna sanzione bensì da un *imprimatur* di vincolatività conferito a impegni comportamentali o strutturali, che le imprese interessate da quella istruttoria abbiano proposto di assumersi e che siano apparsi tali da poter fugare, una volta attuati, le preoccupazioni espresse dalla Commissione (o dall'Agcm) nella propria valutazione preliminare.

Dunque, vi è pur sempre un provvedimento espresso di chiusura del procedimento amministrativo[4] benché non un provvedimento di accertamento; mancando la decisione di accertamento, però, non vi è spazio per il *binding effect* di cui agli artt. 9, direttiva 2014/104/UE[5] e 7 d.lgs. 3/2017[6] sicché il corto circuito con il *private enforcement* è allora presto descritto e si rivela anzi persino più articolato e problematico di come restituito da questi soli tasselli.

La natura della decisione patteggiata è infatti al centro di un dibattito molto acceso in letteratura[7]: si discute se si tratti di «*provvedimento che recepisce e*

3. Cfr. Considerando 13° del regolamento 1/2003 («le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda») e *Commission Staff Working Paper*, *Report on the functioning of Regulation* 1/2003, COM(2009) 206 final, par. 95: *According to Recital 13 of Regulation 1/2003, commitment decisions are not, in principle, appropriate in cases in which the Commission intends to impose a fine. For instance, in hard-core cartel cases fines are necessary, as the emphasis of enforcement is on punishing past behaviour and deterring anti-competitive practices*. V. altresì l'art. 14-*ter* l. 287/1990.

4. Il che, in chiave interna, rende l'istituto coerente con l'indicazione dell'art. 2, comma 1, della l. 241/1990.

5. 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.

6. Già prima della formalizzazione del dispositivo di *binding effect* v. comunque D. Temple Lang, *Commitment decisions under 1/2003: legal aspects of a new kind of Competition Decisions*, in *ECLR.*, 2003, p. 350. V. altresì E. Olmedo Peralta, *The evidential effect of commitment decisions in damage claims. What is the assumptive value of a pledge?*, in *CMLR*, 2019, pp. 979 ss., ma spec. p. 986.

7. Specie per la dottrina amministrativistica, che ribadisce il connotato del provvedimento unilaterale che recepisce e cristallizza come giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale di parte: cfr. F. Cintioli, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. comm.* 2018, pp. 109 ss.; R. Chieppa, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in R. Chieppa e G.P. Cirillo (a cura di), *Le Autorità amministrative*

cristallizza un atto endoprocedimentale di parte»[8], di una *species* o meno del *genus* degli accordi integrativi o sostitutivi del procedimento[9], ovvero di un vero proprio contratto transattivo[10]. Non vi è modo di soffermarsi in questa sede sulle singole tesi proposte ma si può comunque convenire sul fatto che più di un elemento asseveri la natura in realtà ibrida dello strumento in esame, a metà tra paradigma pubblicistico e paradigma contrattuale, come peraltro emerge anche dal dibattito continentale, specie di matrice germanica[11]; inoltre, difficilmente può disconoscersi il ricorrere qui di una deviazione dell'azione amministrativa dalla traiettoria attesa del *public enforcement* in senso classico – ossia dalla sequenza accertamento dell'infrazione/sanzione del responsabile – ben più significativa di quanto l'ipotesi dell'opzione atipica di chiusura del procedimento senza esaurimento di poteri autoritativi[12] esprima.

La centralità assunta dalle interlocuzioni tra autorità procedente, imprese coinvolte nell'istruttoria e altri operatori di mercato che partecipino al c.d. *market test*[13], oltre che l'aspetto teleologico delle decisioni[14] credo facciano di queste ultime una tecnica in realtà disomogenea rispetto a quelle tipiche della funzione aggiudicativa e piuttosto annoverabile tra quelle attraverso cui prende corpo una "amministrazione di risultato", l'inverarsi cioè di una funzione di *advocacy* che si accompagna all'adozione di una postura anche pro-attiva,

indipendenti, Padova, 2010, pp. 63 ss.

8. Cfr. F. Cintioli, *op. ult. cit.*, p. 133.

9. V. per tutti M. Libertini, *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, pp. 1283 ss., ma spec. p. 1285 e p. 1287.

10. Cfr. G. Gitti, *Gli accordi con le Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. civ*. 2011, pp. 173 ss. ma spec. p. 187; ID., voce *Contratto e autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, *I Tematici, Contratto*, Milano 2021, pp. 225 ss. ma spec. p. 240.

11. Cfr. F. Wagner-Von Papp, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa: the dangers of abandoning the "struggle for competition Law"*, in *CMLR*, 2012, pp. 929 ss., ma spec. p. 933.

12. Così Tar Lazio, sez. I, 29 aprile 2019, n. 5362, www.giustizia-amministrativa.it.

13. *Ex* art. 27 comma 4 del reg. 1/2003 e 14 ter, comma 1, l. 287/1990.

14. Che inerisce alla valutazione di idoneità degli impegni proposti a neutralizzare i rilievi anticoncorrenziali di partenza, preservando la dinamica concorrenziale e ottenendo rapidamente i più opportuni cambiamenti sul mercato in esame. Vedi in proposito Cons. di Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393, in www.giustizia-amministrativa.it.

oltre che esclusivamente reattiva[15], da parte delle autorità antitrust. Una postura la quale, già consacrata nelle disposizioni della l. 287/1990 che prevedono l'adozione di pareri (segnatamente gli artt. 21-*bis* e 22)[16], conosce ora una sorta di accelerazione/estremizzazione con l'introduzione del (e l'attribuzione di vocazione generale al) c.d. *new competition tool*, in forza del combinato disposto di Decreto *Asset*[17] e Parere n. 61 del 29 gennaio 2024, reso dalla I sez. consultiva del Consiglio di Stato[18].

Da qui però l'emergere dell'elemento che più di ogni altro rende allora naturalmente critico e non programmaticamente complementare il raccordo tra decisione con impegni e *private enforcement*, vale quello degli effetti che dalle prime scaturiscono e in funzione dei quali è dato distinguere tra almeno tre nuclei di posizioni soggettive che, con intensità crescente, paiono accusare una sorta di deficit di tutela civilistica.

Vengono innanzitutto in rilievo le imprese terze, controinteressate alla vincolatività degli impegni perché potenzialmente lese dalla loro esecuzione; quindi le imprese interessate alla esatta esecuzione degli impegni assunti, siccome individuate o individuabili come beneficiarie dei doveri di condotta cui quelli mettono capo e, infine, le controparti di mercato (dirette o indirette) delle imprese coinvolte nella decisione patteggiata, le quali assumano di aver patito un pregiudizio dalle condotte, *in thesi* anticoncorrenziali, al cui accertamento sia stata originariamente orientata l'apertura dell'istruttoria e che però non siano state infine né appurate né sanzionate.

---

15. Cfr. M. Libertini, *Il ruolo necessariamente complementare di private e public enforcement in materia antitrust*, in M. Maugeri e A. Zoppini (a cura di) *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, pp. 171 ss. ma spec. p 176; M.M. Ramajoli, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, pp. 221 ss., ma spec. p. 223.

16. Cui possono bene aggiungersi le previsioni contenute negli artt. 5, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016 (TUSPP) nonché 3 del d.lgs. 142/2020. Si veda in particolare la Relazione Agcm sull'attività svolta nell'anno 2023, presentata il 31 marzo 2024, 70 e ss., dalla quale emerge peraltro che nel corso dell'anno considerato, gli interventi di *advocacy* siano ammontati a 64.

17. Art. 1, comma 5, del d.l. 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla l. 9 ottobre 2023, n. 136.

18. Si veda, per tutti, M. Libertini, *L'introduzione in Italia del "New Competition Tool" (all'insaputa del legislatore)*, in *Giornale dir. amm.*, 2024, pp. 361 ss., il quale non manca di formulare taluni (condivisibili) rilievi critici.

I primi due gruppi rischiano in effetti di scontare alternativamente l'eccessiva vicinanza ovvero l'eccessiva lontananza rispetto allo strumento delle *decisioni* e al suo perimetro effettuale, con l'eguale risultato di un accesso potenzialmente limitato ai rimedi civilistici o comunque scarsamente fruttuoso. In un caso, per il combinato disposto di vincoli di applicazione uniforme *ex* art. 16, reg. 1/2003[19] e riserva di giurisdizione, che non consentirebbe ad esempio al giudice civile di accordare una tutela inibitoria; nell'altro, a causa della posizione di formale terzietà rispetto a quella che rischia di presentarsi come *res inter alios acta*[20].

Quanto invece alla restante platea di controparti di mercato, quella peraltro potenzialmente più estesa, il mancato accertamento dell'infrazione ne rende la tutela civilistica (segnatamente di marca risarcitoria) più incerta per lo meno in ciò, che non sarà conseguibile mediante azioni propriamente *follow-on* bensì solo *stand-alone*. O, meglio, azioni che potranno dirsi «di seguito» in senso solo sostanziale, mancando infatti un provvedimento amministrativo che accerti la violazione concorrenziale e che possa quindi tradursi (*ex* art. 7 d.lgs. 3/3017) nella acquisizione processuale di determinati fatti. Come meglio si dirà in prosieguo, la giurisprudenza[21], quanto meno dopo le decisioni della Corte di giustizia nei casi *Gasorba*[22] e *Groupe Canal +*[23], non va infatti al di là del considerare le risultanze istruttorie e la stessa decisione con impegni alla stregua di mero indizio di violazione concorrenziale o, al più, quale elemento del proces-

19. Cfr. Corte giust., 9 dicembre 2020, causa C-132/19 P, *Groupe Canal +*. In argomento si veda il commento di N. Dunne, *Challenging competition commitment decisions: Groupe Canal+*, in *CMLR*, 2021, pp. 1229 ss.

20. La tesi della piena efficacia a favore di terzi delle decisioni con impegni è stata tuttavia sostenuta persuasivamente da M. Libertini, *Diritto della concorrenza, cit.*, p. 416, il quale indica nell'articolo 1411 c.c. il dispositivo tecnico impiegabile allo scopo. Si veda altresì E. Olmedo Peralta, *The evidential effect of commitment decisions, cit.*, p. 985.

21. Per lo più di merito, fatte salve due pronunce della Cassazione del 2020 e 2021: cfr. rispettivamente Cass., 27 febbraio 2020, n. 5381, in *Giur it.*, 2021, pp. 98 ss., con nota di A. Piletta Massaro, *Private antitrust enforcement e decisioni con impegni al vaglio della Cassazione* e Cass., 4 ottobre 2021, n. 26869, in *Danno e responsabilità.*, 2022, pp. 204 ss., con nota di M. Zuliani, *Rilevanza probatoria delle decisioni prese e delle istruttorie svolte dall'AGCM nei giudizi per risarcimento dei danni da abuso di posizione dominante*.

22. Corte giust., 23 novembre 2017, causa C-547/16, *Gasorba*, su cui v. S Makris e A. Ruiz Feases, *Commitments and network governance in EU antitrust: Gasorba*, in *CMLR*, 2018, pp. 1959 ss.

23. Corte giust., causa C-132/19 P, *cit*.

so inferenziale di presunzione semplice.

D'altra parte, proprio in relazione ai soggetti in esame, il dispiegarsi di una tutela civilistica (complementare) non sembra strettamente funzionale alla migliore attuazione del disegno perseguito con la *commitment decision*, che infatti non guarda al passato, ossia alla violazione occorsa, e non si risolve quindi, come di consueto, nel chiarimento della regola giuridica e nella sanzione del responsabile; guarda invece all'immediato futuro, al celere conseguimento cioè di un risultato di assicurazione del funzionamento ottimale del mercato.

In altri termini, essendo la decisione con impegni integralmente proiettata sugli assetti da conseguire – anziché su assetti che si sia accertato essere stati alterati - non richiede la convergente mobilitazione della tecnica riparatoria per i danni eventualmente già prodottisi. Certo non la ostacola, ma non ne necessita: le tutele privatistiche restano infatti senz'altro attivabili dai singoli interessati[24] e però fuori da una cornice di sinergia rispetto al piano pubblicistico; per riprendere una nota opinione espressa dal Consiglio di Stato, qui più che mai sembra che *pubblic enforcement* e *private enforcement* non vadano sovrapposti, essendone diverse natura e finalità, trattandosi di due strumenti di tutela che certamente conoscono momenti di interferenza, ma che operano comunque su piani autonomi e distinti[25].

Questa ricostruzione d'insieme, che trova precisi riscontri in un dibattito dottrinale molto articolato e nel susseguirsi di diverse pronunce, restituisce tuttavia solo in parte la dimensione problematica del raccordo mancato (o, al più, occasionale) tra l'intervento pubblico che si realizzi attraverso una decisione con impegni e l'*antitrust private enforcement*, rimanendo legata a un quadro regolatorio che solo nel dettato positivo è rimasto stabile, essendosi invece profondamente evoluto quanto a raggio di azione e linee interpretative.

La tesi che proverò ad argomentare è infatti la seguente: che mentre le fattezze programmatiche (originarie) dello strumento delle decisioni con impegni, vale a dire l'inerire alle violazioni di minore gravità del diritto della con-

24. In ciò è chiaro già il Considerando 22° del regolamento 1/2003.

25. Cfr. quanto affermato da Cons. di Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773 in www.giustizia-amministrativa.it.

correnza, ne rendevano in astratto accettabile l'effetto collaterale di allentata complementarità delle tutele civilistiche, l'emancipazione progressiva da quella impronta originaria impone oggi di rivedere il *trade-off* complessivo tra costi e benefici e adottare opportuni correttivi per colmare uno iato che rischia altrimenti di risultare distorsivo[26].

Si tratta di una traiettoria che la stessa Corte di giustizia ha per più versi provato a impostare, attraverso i tre *leading cases Alsora*[27], *Gasorba e Groupo Canal +*, ma che vede ancora residuare punti critici, specie con riguardo alle controparti di mercato lese dagli effetti (dannosi) eventualmente prodottisi prima di formalizzazione e avvio di esecuzioni gli impegni.

2. *La soglia di equilibrio e il suo oltrepassamento*

Per quanto già prima dell'adozione del regolamento 1/2003 si avesse traccia, a livello europeo[28], di decisioni patteggiate riguardanti violazioni del diritto della concorrenza[29], la codificazione delle *commitment decisions* si è avuta solo con la disciplina c.d. di modernizzazione dell'antitrust europeo e all'insegna di una chiara perimetrazione del loro spazio di azione ai soli casi di minore gravità, ossia quando la Commissione non intenda comminare un'ammenda, in tal modo delineandosi una cifra operativa dello strumento poi riprodotta anche a livello di disciplina antimonopolistica municipale.

L'art. 14-*ter* della l. 287/1990 consente, infatti, l'adozione di decisioni pat-

26. Giova qui ricordare i rilievi critici che, sin dall'introduzione dello strumento delle decisioni con impegni nella nostra disciplina antimonopolistica, erano stati mossi in dottrina e che si erano appuntati giusto sui rischi di un margine troppo flessibile di impiego: cfr. F. Ghezzi, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, in *Riv. soc.*, 2012, pp. 447 ss.

27. Cfr. Corte giust., 29 giugno 2010, causa C-441/07 P, *Alrosa Company Ltd.*

28. Ma vedi comunque quanto rilevato da M. Libertini, *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust*, *cit.*, p. 1284.

29. Segnatamente violazioni, per vero non marginali, del divieto di abuso di posizione dominante: mi limito a citare il caso La Poste/SWIFT del 1997, l'unico di cui si abbia traccia nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, nonché i casi IBM del 1984 e di dieci anni successivo. Per più precisi riferimenti v. R. Wish., *Competition Law*, IX ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 264 ed *ivi* spec. nt. 81.

teggiate *nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario*[30] e l'indicazione è rimarcata nell'ambito della Comunicazione Agcm sulle procedure di applicazione della medesima disposizione[31] (sub par. 6). L'art. 27, comma 7, c. cons., con una formulazione addirittura ribaltata, consente inoltre che l'Autorità definisca con impegni un procedimento tendente all'accertamento di pratiche commerciali scorrette ma «*ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità*» e anche in tal caso la previsione è poi ribadita dalle disposizioni procedurali collegate (*sub* art. 9, lett. a) e c))[32].

Si fa chiara, dunque, una programmatica circoscrizione dello strumento degli impegni alle sole violazioni di minore rilevanza, la quale è funzionale alla composizione del *trade-off* cui le *commitment decision* mettono capo, oltre che a renderne accettabili gli effetti collaterali.

Ed invero, la chiusura con impegni risponde a esigenze di economia ed efficienza dell'azione amministrativa, consente di ottimizzare le risorse scarse a disposizione dell'Autorità antimonopolistica, assicurando nel modo più celere il risultato di salvaguardia della dinamica competitiva in un determinato mercato, facendo venir meno condotte o assetti potenzialmente in grado di alterarla. D'altra parte, dal punto di vista delle imprese coinvolte nell'istruttoria, quella stessa modalità di chiusura del procedimento consente sia di evitare i costi della difesa nel contraddittorio con l'Autorità, sia soprattutto i rischi legati dell'eventuale condanna.

Per contro, l'impresa si addossa il rischio di sopportare oneri potenzialmente maggiori rispetto a quelli che, proseguendo nella difesa contenziosa, verrebbe a sopportare nei casi di archiviazione o contestazione derubricata, mentre l'azione antimonopolistica manca di conseguire il risultato di chiarimento della regola giuridica *in thesi* violata e di sanzione dei responsabili della violazione, con un "costo" quindi in termini di prevedibilità e certezza delle

30. Formula che certo rimanda ad un quadro più articolato di principi, quali ad esempio quelli della parità delle armi oltre che di necessaria partecipazione dei potenziali controinteressati al procedimento, ma che è da ritenere includa anche l'indicazione operativa di limitazione alle sole infrazioni di minor calibro.

31. Cfr. delibera Agcm, 6 settembre 2012, n. 23863.

32. Cfr. delibera Agcm, 1° aprile 2014, n. 25411.

regole antitrust nonché soprattutto di deterrenza[33].

Senonché, simili effetti collaterali sono però appunto sistematicamente tollerabili a misura che le violazioni di riferimento siano di minore rilievo; laddove cioè la regola giuridica non necessita in definitiva di essere chiarita e l'entità delle condotte in gioco non è tale da imporre la sanzione dei responsabili. Viceversa, allorché la violazione appaia potenzialmente più grave e rilevante, diventeranno fatalmente più stringenti proprio le esigenze di certezza, prevedibilità e deterrenza e, con esse, altresì quella di neutralizzazione del danno potenzialmente derivatone, mediante ricorso a tecniche di *redress*.

In altri termini, un impiego delle decisioni con impegni anche nei casi (di violazioni) più gravi rischia – per lo meno alle condizioni date – di generare quello che l'AG Pitruzzella, in *Groupe Canal+*, ha definito come paradosso dell'effettività: *Le procedure di accoglimento degli impegni, per quanto introdotte per incrementare l'effettività del diritto della concorrenza, finiscono appunto per pregiudicare quella medesima finalità, producendo un alto grado di incertezza applicativa e minando soprattutto l'effettività delle tutele giurisdizionali*[34].

Del resto, il crescente *appeal* degli impegni è in effetti innegabile e basterebbe riferirsi alla direttiva UE 1/2019, c.d. ECN+ per averne riprova, ove non solo è rimarcata l'esigenza di ampliamento dei poteri delle *Authorities* ai fini dell'attività di monitoraggio della corretta esecuzione dei *commitments* e, se del caso, di riapertura dei procedimenti amministrativi chiusi con la loro formalizzazione, ma soprattutto – dato assai indicativo – si rintraccia una sorta di revisione al rialzo della soglia di gravità al di sotto della quale soltanto propendere per il ricorso allo strumento: la consueta generica controindicazione all'impiego *nei casi di maggiore gravità* è sostituita da quella che si riferisce ai soli *cartelli segreti*[35]. Assai significativo è inoltre che le decisioni con impegni figurino tra le opzioni di chiusura delle indagini esplorative introdotte dal ci-

33. Cfr. ampiamente W.P.J. Wils, *Efficiency and justice in European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 37 e ss.; R. Stones, *Commitment Decisions in EU Competition Enforcement: Policy Effectiveness v. the Formal Rule of Law,* in *Yearbook of European Law,* 2019, pp. 361 ss.

34. Cfr. Conclusioni dell'Avv. Gen. Pitruzzella – Causa C-132/19, *P Groupe Canal +*, § 68.

35. Cfr. Il considerando 39°, direttiva UE 1/2019.

tato comma 5 dell'art. 1 del decreto *Asset*[36] seppure né da tale disposizione, né dalla Comunicazione Agcm concernente la sua applicazione[37] sia dato ricavare riferimenti alla soglia "quali-quantitativa" di ammissibilità dello strumento.

In effetti, l'espansione quantitativa delle decisioni con impegni, oltre che il salto di qualità circa la tipologia di violazioni in relazione alle quali vi si fa ricorso, costituiscono ormai un dato di tutta evidenza, sia sul piano unitario, sia su quello nazionale.

Basta prendere in esame le varie Relazioni annuali dell'Agcm per avere una rappresentazione plastica vuoi della incrementata frequenza del ricorso a tale strumento, vuoi di una casistica che sempre più tende a includere anche ipotesi di violazioni potenzialmente gravi del divieto di cartelli[38], talora persino connotate da segretezza[39], senza dire poi di numerose quanto rilevanti ipotesi di abuso di posizione dominante[40].

Senonché, una simile tendenza espansiva contribuisce ad esasperare i limiti che allo strumento degli impegni sono connessi, minando l'equilibrio del bilanciamento tra guadagni e costi che esso genera. Le compressioni a carico di prevedibilità e certezza della regola concorrenziale, nonché del conseguimento di un adeguato livello di deterrenza, il sacrificio delle istanze risarcitorie di una platea potenzialmente (più) ampia di soggetti, in uno con la pregiudicata possibilità di pervenire a neutralizzazione – almeno tendenziale – dei profitti illeciti conseguiti dal violatore, oltre al limitato sindacato giurisdizionale sulle scelte compiute dall'autorità antimonopolistica appaiono esiti nel complesso sempre meno accettabili e tali da concorrere a quello che è stato descritto come un appannamento della «lotta per il diritto della concorrenza»[41].

---

36. V. *supra*, nt. 15.

37. Cfr. Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 1, comma 5, del d.l. 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla l. 9 ottobre 2023, n. 136, provvedimento n. 31190.

38. Cfr. Agcm, *I861–Federazione italiana pallavolo/vincolo sportivo* – provv. n. 30314, 27 settembre 2022.

39. Agcm, *I856 – Comparatori di prezzo/scambio di informazioni polizze RCA* – provv. n. 29658, 11 maggio 2021.

40. Mi limito a citare i recentissimi casi Agcm, *A552 – Google/ostacoli alla portabilità dei dati*, provv. n. 30215, 5 luglio 2022 e Agcm, A548 – *Bancomat/mandato mastercard* – provv. 30182, 7 giugno 2022.

41. Cfr. F. Wagner-Von Papp, *Best and even better practices, cit.*, pp.929 ss.

Senza dire, poi, sullo sfondo, del pericolo che l'allontanamento dal polo dell'aggiudicazione, verso quello dell'*advocacy*, finisca con l'essere troppo netto e che le decisioni con impegni dissimulino in realtà una vera e propria eterogenesi dei fini dell'azione antimonopolistica, nella direzione della regolazione; che, in altre parole, prevalga la "tentazione del regolatore" «*ossia che le Autorità antimonopolistiche utilizzino le decisioni con impegni non tanto per porre rimedio a comportamenti anticoncorrenziali ma per dare una determinata forma alle relazioni economiche nel mercato*»[42].

A partire da questi argomenti prende corpo, come noto, un dibattito molto articolato a livello continentale, che include la stessa desiderabilità di quella che è stata definita come transazionalizzazione del diritto della concorrenza[43]. Un dibattito che le misure del citato Decreto *Asset* sono destinate a rilanciare, almeno in chiave municipale, ma su cui non ho evidentemente modo qui di far cenno, se non sottolineando che su alcune questioni centrali interessanti spunti possono oggi cogliersi dal recente Commission Staff Working Document dedicato alla valutazione sullo stato di applicazione del regolamento 1/2003 (e del regolameno n. 773 del 2004), pubblicato nel settembre di quest'anno all'esito di una analisi condotta dalla DG Comp, con il coinvolgimento delle NCAs[44].

Indicativo è, in particolare, l'emergere, proprio da parte delle NCAs, di rilievi critici circa l'adeguatezza dei rimedi strutturali che possono fare seguito a indagini di settore, nonché più in generale, circa il carattere sempre necessariamente successivo e individualizzato degli interventi sanzionatori che si accompagnano all'accertamento di infrazioni. Emerge, in altri termini, una chiara sollecitazione a ripensare il classico *toolkit* antitrust, valorizzando uno strumentario che renda sempre più proattiva l'azione antimonopolistica[45], il

42. Cfr. Conclusioni AG, causa C-132/19 P Groupe Canal +, *ibidem*.

43. Cfr. al riguardo D. Geradin - E. Mattioli, *The Transactionalization of EU Competition Law: A Positive Development?* in *TILEC*, *Discussion paper*, sept. 2017, reperibile in www.ssrn.com.

44. Cfr. Commission Staff Workind Document. Evaulation of Regulations 1/2003 and 773/2004 SWD (2024) 216 final. Per un bilancio sull'applicazione del reg. 1/2003 a vent'anni dalla sua adozione, cfr. W.P.J. Wils, *Regulation 1/2003: An Assessment after Twenty Years, in World Comp.* 2023, pp. 3 ss.

45. Cfr. Commission Staff Working Document, *cit.*, p. 133.

che, transazionalizzazione o meno, tentazione del regolatore o meno, rende plasticamente come l'idea di riportare indietro le lancette del ricorso alle decisioni con impegni nell'enforcement antitrust, anche solo in chiave di loro ripiegamento entro la soglia della "minor gravità", appaia, oltre che velleitaria, persino non desiderabile.

Ferma restando la esigenza di maggiore aggiudicazione, specie laddove le regole appaiano più incerte (e dunque in relazione a nuovi mercati, ad esempio significativamente incisi dalla frontiera tecnologica) e ribadita d'altra parte la preservazione dei confini tra attività regolatoria, cui le autorità antimonopolistiche non sono legittimate[46], e azione antitrust, che invece compete loro, resta infatti che le decisioni con impegni appaiono un efficiente strumento per conseguire il risultato di ottimale funzionamento di un dato mercato, mediante adozione di adeguate misure correttive di assetti o condotte potenzialmente dannosi[47]. Si tratta semmai di concepirle quale dispositivo di deviazione controllata dal polo dell'aggiudicazione, ossia conformata al rispetto di determinati principi ordinatori, e soprattutto diventa indispensabile correggere la scarsa complementarità tra il ricorso ad esse e le tecniche privatistiche di tutela, invocate a rimedio di eventuali pregiudizi concorrenziali determinatisi antecedentemente all'attuazione degli impegni assunti.

3. *Verso una deviazione controllata dal polo dell'aggiudicazione*

A ben vedere credo che questo sia il disegno che è dato cogliere dai *leading cases* della Corte di giustizia, già prima citati: *Alrosa, Gasorba e Groupe Canal+*.

Sebbene per approssimazione successiva, va infatti emergendo una traiettoria interpretativa insieme di conformazione e rafforzamento delle decisioni con impegni: conformazione dell'esercizio della discrezionalità tecnica in cui si risolve il ricorso allo strumento e dunque possibilità di un più penetrante

46. Cfr. Da ultimo M. Libertini, *L'introduzione in Italia*, *cit.*, p. 367.

47. Secondo la condivisibile premessa per cui «*competition rules are (rightly) read as a floor and not a s a ceiling for legal interventions in market conduct*»: cfr. P. Jourová, *Missing in action? Competition law as part of the internal market*, in *CMLR*, 2023, pp. 1503 ss. ma spec. p. 1508.

sindacato giurisdizionale, nonché rafforzamento del quadro effettuale scaturente dalle decisioni stesse. Inoltre, voluto o meno che sia, l'effetto combinato dell'una e dell'altro, di conformazione (dello strumento) e rafforzamento (dei suoi effetti) restituisce agibilità alle tecniche di private enforcement, certo non veicolabili attraverso azioni follow-on ma quanto meno mediante azioni stand-alone spurie o, come è stato affermato, cripto follow-on[48].

I punti per i quali passano le linee che compongono questo disegno, per molti versi ancora in divenire, possono individuarsi nel principio di proporzionalità quale vincolo e limite non scritto dell'intero procedimento di adozione degli impegni, nella puntuale messa a fuoco dei presupposti alla base dell'apertura dell'istruttoria e ancora nella valorizzazione dei rimandi all' applicazione uniforme e alla leale cooperazione, al fine di associare alle decisioni con impegni il consueto divieto, per giudici e autorità nazionali, di assumere decisioni contrastanti con quelle già adottate dalla Commissione (c.d. divieto di *running counter*).

È con la decisione *Alrosa*, come noto, che la Corte ha affermato essere necessario, ai fini dell'applicazione dell'art. 9 del reg. 1/2003, che la Commissione si attenga al principio di proporzionalità. Tuttavia, se in *Alrosa* la proporzionalità veniva richiamata unicamente quale parametro di valutazione della idoneità effettiva degli impegni proposti a fugare le preoccupazione concorrenziali di partenza[49], è con la decisione *Groupe Canal+* che il riferimento ad essa si fa più stringente, siccome declinato non più soltanto in chiave di idoneità degli impegni a far venire meno i rilievi concorrenziali sollevati, ma altresì a contenere possibili esternalità negative a carico dei terzi, non adeguatamente rimediabili in forza di tutela giurisdizionale successiva[50].

48. Cfr. A.L. Calvo Caravaca - J. Suderow, *El efecto vinculante de las resoluciones administrativas sancionadoras en el procedimiento civil*, in Ruiz Peris (Ed.), *La compensación de los daños por infracciones de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE* (Aranzadi, 2016), pp. 109 ss., ma spec. p. 141.

49. Rinviando dunque ai rimedi giurisdizionali per la tutela delle ragioni facenti capo a imprese terze, asseritamente lese dalla decisione stessa: Cfr. Corte giust., 29 giugno 2010, causa C-441/07, *cit.* §§ 41 e 90.

50. Ecco dunque delinearsi un primo tratto conformativo dell'esercizio della discrezionalità che prelude all'adozione degli impegni, peraltro possibile oggetto di sindacato giurisdizionale. Basti

Quanto al secondo elemento, quello cioè dei presupposti di apertura del procedimento, detto che è certo implicito nel ricorso allo strumento degli impegni che la Corte sia sgravata dal peso istruttorio e motivazionale normalmente necessario in decisioni di accertamento e così non tenuta ad esporre una compiuta teoria del danno concorrenziale[51], si è però via via precisato come l'avvio del procedimento non possa comunque prescindere da elementi indiziari concreti[52]. Quel che è richiesto, in altri termini, è che vi sia una misura intermedia tra un completo e definito quadro probatorio a carico – che implicherebbe di fatto l'accertamento della violazione e imporrebbe quindi l'applicazione dell'ammenda – e una mera petizione di principio[53].

Resta infine l'ultimo tassello, che ai nostri fini risulta peraltro quello decisivo, costituito dal rilievo che le decisioni con impegni devono assumere per il giudice nazionale.

Già in *Gasorba,* specie invocando l'art. 4 TUE e il principio di leale collaborazione ivi consacrato, la Corte rimarca sussistere, a carico del giudice nazionale, un vincolo a tenere in considerazione la valutazione preliminare svolta della Commissione, ai fini dell'adozione della *commitment decision* e a considerarla quale indizio, se non già principio di prova, della natura anticoncorrenziale della condotta ipotizzata[54]. Ancor più esplicitamente, però, in *Groupe Canal +,* richiamando l'art. 16, comma 1, reg. 1/2003 e il divieto di *running counter*, i giudici europei giungono a ritenere preclusa per il giudice, non soltanto

rilevare, del resto, che la stessa decisione *Groupe Canal+* è di annullamento, *ex* art. 263 TFUE, di una *commitment decision,* assunta dalla Commissione e ritenuta dalla Corte appunto non in linea con il principio di proporzionalità.

51. Cfr. Conclusioni AG, causa C-132/19 P *Groupe Canal +*, § 67.

52. Cfr Corte giust. causa C-132/19 P *Groupe Canal +*, *cit.*, § 59. Il tema si pone oggi con particolare urgenza in relazione ai nuovi poteri di indagine derivanti all' Agcm dal decreto *Asset* (*supra* nt. 15): si rinvia sul punto ancora a M. Libertini, *op. ult. cit.*, p. 369.

53. Tanto emerge sia nella decisione *Gasorba* che in quella *Canal+,* ma è chiaramente espresso nelle conclusioni dell'AG Pitruzzella proprio in ordine a questa ultima decisione, laddove sottolinea che, seppur semplificata e dunque carente della enunciazione di una robusta teoria del danno concorrenziale, un'istruttoria e una motivazione semplificate debbano esservi pur sempre, se non altro perché consentono di focalizzare gli impegni: cfr. Conclusioni Avv. Gen., causa C-132/19 P *Groupe Canal +*, *ibid*: «*convenire sulla non necessità di una robusta teoria del danno non significa che una ricostruzione plausibile del danno anticoncorrenziale non sia necessaria*».

54. Corte giust., causa C-547/16, *cit.*, § 29.

la possibilità di *adottare una decisione che imponga alla impresa interessata, di contravvenire agli impegni assunti*[55], ma addirittura di pervenire a una decisione «negativa», che cioè constati «*l'assenza di violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, nelle situazioni in cui la Commissione può ancora riaprire il procedimento, in applicazione dell'articolo 9, paragrafo 2, di tale regolamento ed adottare, se del caso, una decisione che comporti la constatazione formale dell'infrazione*[56]*».*

Quest'ultima conclusione desta, invero, più di una perplessità. Altro è infatti ritenere che il divieto di *running counter* imponga al giudice di non contraddire la vincolatività degli impegni, altra cosa è invece sostenere che gli imponga altresì, quale unico approdo possibile del giudizio, quello della statuizione "positiva", ossia di un accertamento della violazione ipotizzata dall'autorità amministrativa al momento dell'apertura del procedimento, poi chiusosi ai sensi degli artt. 9 reg. 1/2003 o 14-*ter* l. 287/1990.

In disparte dal rilievo per cui il principio di applicazione uniforme presuppone un vincolo da maggiore-precedente (la decisione della Commissione) a minore-successivo (la decisione del giudice nazionale), laddove, invece, nel caso ipotizzato si avrebbe una decisione giudiziale tecnicamente "non contrastante", almeno *in parte qua*, con una previa statuizione di accertamento, resa dalla Commissione (o dall'Autorità nazionale), che semplicemente manca[57], v'è comunque da rilevare che la linea indicata dalla Corte equivarrebbe a imporre al giudice una drastica (e implausibile) alternativa tra l'assumere una decisione di accertamento positivo della violazione e il sospendere il procedimento *ex* art. 295 c.p.c., peraltro per un tempo potenzialmente assai lungo: di sicuro fino alla compiuta esecuzione degli impegni assunti dalle imprese interessate, momento a partire dal quale soltanto non è più possibile, per la Commissione o l'Autorità nazionale (*ex* art. 14-*ter*, comma 3, l. 287/1990), riaprire

55. Corte giust, causa C-132/19, *cit.*, §§ 110.

56. *Ibid.*, § 113.

57. Si vedano, in proposito, i condivisibili rilievi di Trib. Milano, 24 maggio 2021, n. 4491 (reperibile nel repository giurisprudenziale curato dall'*Italian Case-Law on private Antitrust Enforcement*, accessibile all'indirizzo www.itaca.europeanlitigation.eu, e che di qui in avanti per comodità verrà indicato come *ITACA*) ove è messa in evidenza la diversa natura tra decisioni con impegni, appunto carenti di ogni accertamento di infrazione, e le *settlement decisions*.

il procedimento.

Non vi è qui modo di soffermarsi ulteriormente su tale profilo critico della decisione *Groupe Canal+*; anche a prescindere da esso, comunque, si è in grado di isolare alcuni punti fermi che, alla stregua in realtà delle due decisioni della Corte cui si è fatto riferimento (*Alrosa* e *Gasorba*), possono essere messi utilmente a frutto del ragionamento che si sta qui tentando di sviluppare. Innanzitutto, che la valutazione preliminare (della Commissione come dell'Autorità nazionale) che ha condotto all'adozione della decisione con impegni debba essere presa in esame dal giudice nazionale, adìto ai fini della somministrazione di tutela di marca privatistica; quindi, che la vincolatività degli impegni, così come il comportamento attuativo delle imprese che vi sono tenute, non possano essere messi in discussione da una decisione dello stesso giudice civile.

Se è così, però, la linea tratteggiata da *Gasorba* e *Groupe Canal+* chiaramente reagisce sul rapporto tra decisioni con impegni e strumenti di *private enforcement*; non facendo delle decisioni con impegni quel che non sono, ossia decisioni di accertamento e condanna, né d'altra parte la surrettizia scaturigine di un vincolo di risultato dell'azione civile, ma rendendole comunque utilmente spendibili nel quadro di quest'ultima[58].

4. *Decisioni con impegni e giudizio civile tra aperture e nodi irrisolti*

In ossequio alla giurisprudenza della Corte di giustizia, il giudice civile, chiamato a pronunciarsi su danni asseritamente prodotti da condotte poi cessate e sterilizzate *quad effectum* in dipendenza di impegni assunti *ex* artt. 9 reg. 1/2003 o 14 ter l. 287/1990, dovrà tenere conto delle risultanze istruttorie del procedimento amministrativo, oltre che del relativo provvedimento di chiusura[59].

Su questa linea si era già orientata per la verità una decisione del Tribunale

58. Per lo meno nel senso di sfornita del complemento del *binding effect* previsto dall'art. 9, dir. 2014/104/UE, come dall'art. 7 d.lgs. 3/2017.

59. E lo stesso può bene affermarsi valere in relazione a pregiudizi riportati da condotte asseritamente integranti pratiche scorrette, poi modificate o punto interrotte per effetto di impegni *ex* art. 27, comma 7 codice del consumo.

di Milano[60], affermando che gli impegni vincolanti, siccome resi tali in ragione della loro idoneità a rimuovere rilievi anticoncorrenziali originariamente formulati dall'autorità amministrativa, lasciavano presupporre l'effettiva preesistenza della violazione antitrust. Altre pronunce si sono però via via collocate in direzione convergente: ora ritenendo che le decisioni con impegni costituiscano mero indizio (della violazione concorrenziale), rimesso al prudente apprezzamento del giudice[61]; ora reputandole principio di prova, magari qualificabile come *factum probans* nel quadro di uno schema di presunzione semplice[62]; ora infine invocando per esse il paradigma pretorio della prova privilegiata[63].

Nel complesso, e in positivo, vi è certo da registrare l'emergere di segnali di apertura alle indicazioni della giurisprudenza *Gasorba;* resta, però, che di segnali si tratti, non cioè ancora oggetto di un indirizzo sufficientemente stabilizzatosi e, in ogni caso, non stabilizzatosi su approdi convincenti.

Prendere sul serio l'indirizzo che la Corte di giustizia ha espresso con *Gasorba*, prima, e *Groupe Canal+*, poi, implica invece che la via della tutela risarcitoria sia resa realmente praticabile, nel senso cioè che si determinino, per quanto possibile, le migliori condizioni promozionali all'instaurazione del giudizio, da intendere innanzitutto come mitigazione delle asimmetrie informative che penalizzano l'attore in punto di prova.

Da qui allora, a ben vedere, due nodi da sciogliere: l'accesso del privato alle valutazioni istruttorie che precedono la decisione con impegni, nonché appunto il valore da attribuire a tali mezzi di prova atipici una volta acquisiti al giudizio.

Il profilo dell'accesso alla documentazione istruttoria presenta degli aspetti critici giacché implica un delicato bilanciamento tra, da una parte, le istanze di riservatezza in capo alle imprese che abbiano assunto gli impegni e l'interesse

60. Cfr. Trib. Milano, 28 luglio 2015, n.9109, in *ITACA*.

61. Così ad esempio Trib. Milano, 23 dicembre 2019, n. 11893, *ibid*.

62. In questi ultimi termini si è peraltro espressa la stessa Corte di Cassazione con le due pronunce, rispettivamente del 2020 e del 2021 già citate nella precedente nota n. 21. Favorevole alla tesi della presunzione semplice è anche B. Rabai, *La Conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 165 ss. ma spec. p. 200.

63. Cfr. per tutte Trib. Milano, 17 maggio 2016, n. 6211, *ibid*.

pubblico alla limitata divulgazione di elementi che potrebbero ancora, *in thesi*, costituire base di un accertamento di infrazione, in caso di riapertura del procedimento; dall'altra, l'interesse di coloro i quali assumano di aver riportato un pregiudizio da condotte tenute fino all'avvio principio di esecuzione degli impegni[64].

Per vero, non ricorre qui la medesima situazione che rende fruibili gli istituti dell'accesso procedimentale o dell'accesso informativo, previsti rispettivamente dagli artt. 7 e 24 della l. 241/1990, diretti infatti a tutelare il diritto di difesa delle imprese coinvolte o comunque interessi qualificati – ad esempio in sede di market test – delle imprese interessate; appare quindi condivisibile l'indirizzo restrittivo di Autorità e giurisprudenza amministrativa, nel senso di non estendere anche a beneficio di terzi al procedimento, il perimetro applicativo di quegli istituti.

Semmai è il d.lgs. 3/2017 a offrire utili margini di manovra, in particolare attraverso il suo art. 4, concernente l'esibizione di prove contenute in fascicolo dell'autorità garante[65]. Posta la specificità delle decisioni con impegni e la loro alterità rispetto a programmi di clemenza e *settlements*, non si danno per esse le condizioni ostative alla divulgazione *ex* art. 4, comma 5 (i c.d. mezzi di prova di *black list*) e neppure le si può reputare mezzi di prova di *grey list*, ossia temporaneamente non ostensibili in costanza di procedimento, secondo il disposto dell'art. 4, comma 4. La conclusione del procedimento viene individuata oggettivamente e prescinde dal tipo di provvedimento assunto[66]; se è così, il procedimento che approda a decisione con impegni – ancorché suscettibile di

64. Secondo E. Olmedo Peralta, *The evidential effect of commitment decisions, cit.*, pp. 1000-1001, il bilanciamento dei contrapposti interessi andrebbe qui effettuato con estrema cautela onde evitare che una eccessiva lassità dei filtri di accesso ai fascicoli dell'Autorità procedente, da parte degli attori in risarcimento, possa ridondare in elemento dissuasivo del ricorso alle decisioni con impegni da parte delle imprese.

65. Non invece ai sensi dell'articolo 3 d.lgs. 3/2017 e dunque come ordine di esibizione, giacché la documentazione che occorre all'attore in azioni risarcitorie non è tanto nella disponibilità della controparte bensì soprattutto dell'Autorità.

66. Cfr. G. Finocchiaro, *La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme antitrust in attuazione della dir. 2014/104/UE*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2018, pp. 415 ss., ma spec. pp. 458 ss. In argomento v. altresì A. Fabbi, *La "esibizione" istruttoria nel private enforcement del diritto antitrust*, in B. Sassani (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, Pacini, Pisa, 2017, pp. 169 ss.

riapertura – è procedimento chiuso. Parte attrice potrebbe quindi bene esibire la decisione con impegni e ogni altro tassello del procedimento già reso pubblico e/o chiedere, *ex* art. 4 del d.lgs. 3/2017, che il giudice adotti un ordine di esibizione di prove, o meglio di mezzi di prova contenuti nel fascicolo dell'autorità.

5. Segue. *Un possibile inquadramento: la presunzione giurisprudenziale*

Una volta acquisita questa documentazione al giudizio, però, resta tuttavia da chiarire qual sia il rilievo da annettervi, se cioè appunto di indizio, principio di prova o qualcosa di più, circa il ricorrere di violazione concorrenziale da parte dell'impresa convenuta.

È la giurisprudenza *Gasorba,* come detto, a imporre al giudice di considerare le risultanze istruttorie a base delle decisioni con impegni; e sempre in *Gasorba* compaiono le due formule, per vero entrambe atecniche, di indizio o principio di prova[67], variamente riprese dalla giurisprudenza di merito come da quella di legittimità, nei termini oscillanti di cui si è già detto e che si risolvono comunque in variazioni sul tema della soluzione inappagante

Escluso, direi per definizione, che si dia qui la piena prova di cui all'art. 7 d.lgs. 3/2017, mancando un accertamento definitivo della violazione concorrenziale[68], va escluso del pari che possa farsi capo, come pure sostenuto in qualche isolata pronuncia di merito[69], alla categoria della prova privilegiata. Quest'ultima infatti, di conio pretorio, ha consentito in materia antitrust[70] di attribuire elevata attitudine probatoria a quanto cristallizzato nel provvedimento amministrativo di condanna per illecito concorrenziale; senonché, in disparte dalla circostanza che proprio il varo del d.lgs. 3/2017[71] non solo ne fa

67. Cfr. le interessanti considerazioni di M. Zuliani, *Rilevanza probatoria, cit.*, p. 210.

68. Su cui v. per tutti A. Romano, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice alle decisioni delle autorità indipendenti*, in *Giusto proc. civ.*, 2022, pp. 665 ss.

69. V. *supra*, nt. 64.

70. Da ultimo cfr. Trib. Napoli 25 luglio 2023, in *ITACA*, che alla prova privilegiata si riferisce come «dicitura di carattere inedito e atecnico, che allude a una prova segnatamente persuasiva e autorevole ma pur sempre liberamente valutabile». Utili spunti già in Cass. civ., 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 1994, c. 1729 ss.

71. Che l'ha infatti soppiantata con una ipotesi di vera e propria prova legale, quale quella risultante

ormai una *editio minor* della piena prova di cui all'art. 7 di quella stessa disciplina, impiegabile sul terreno delle *antitrust damage claims* solo allorché non si diano le condizioni di applicazione *ratione temporis* della direttiva 2014/104/UE, ma ne fa in pari tempo risaltare la incerta consistenza dogmatica laddove *telle quelle* estesa ad altri ambiti[72], appare qui dirimente osservare che, ancora una volta, decisione con impegni sia altra cosa da decisione con accertamento dell'infrazione, su cui invece la categoria della prova privilegiata è edificata.

Non più soddisfacente deve dirsi, però, il rimando all'art. 116 c.p.c. e al libero convincimento del giudice[73], riferito a mezzi di prova atipici; ovvero al congegno della presunzione semplice *ex* art. 2729 c.c., rispetto a cui è comunque il giudice a valutare cosa integri o meno il *factum probans*, dal quale procedere per induzione al *factum probandum*[74] (qui la violazione concorrenziale) a condizione che l'inferenza risulti grave, precisa e concordante (arg. *ex* art. 2729, comma 2, c.c.)[75].

Nell'un caso e nell'altro appare eccessivo il grado di oscillazione cui l'apprezzamento delle decisioni con impegni resta esposto, con il che solo in minima parte vengono allora garantite le condizioni, se non di sinergia, quantomeno di concorso effettivo di *private e public enforcement*, cui la giurisprudenza *Gasorba* ambiva.

Questo essendo dunque il nodo non ancora del tutto sciolto, circa il rilievo giudiziale delle *commitment decisions*, uno sforzo interpretativo ulteriore si rende allora necessario.

Uno spunto è, a ben vedere, offerto proprio dall'*arrêt* Gasorba, allorché la Corte allude al possibile rilievo, di decisione con impegni e valutazione ad essa

---

dall'art. 9, dir. 2014/104/UE (nonché dall'art. 7 d.lgs. 3/2017).

72. Cfr. Cass. civ., 31 agosto 2021, n. 23655, in *DeJure*. Sia consentito rinviare, sul punto, al nostro *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali: spunti dall'arrêt Repsol*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2024, pp. 437 ss.

73. Cfr. Trib. Milano 30 maggio 2019, n. 5122, in *ITACA*.

74. Cfr. S. Patti, *Le presunzioni semplici: rilievi introduttivi*, in S. Patti - R. Poli (a cura di), *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 3 ss.

75. Cfr. A. Carratta, *Prova scientifica e ragionamento presuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, pp. 24 ss., ma spec. pp. 28 ss.

preliminare, come "indizio" o "principio di prova". Specie la seconda espressione, seppure sfuggente e comunque atecnica, recupera più preciso inquadramento ove si guardi, in particolare, alle versioni di lingua inglese e tedesca della decisione; in esse si fa, infatti, parola di «*prima facie evidence*» e «*Anfangsbeweis*», ossia espressioni che tanto nella letteratura processualistica anglosassone[76], quanto in quella germanica[77], rimandano sì a un paradigma sostanzialmente presuntivo, di tipo inferenziale, ma secondo tratti che mettono in esponente l'abbassamento del livello probatorio[78] richiesto nella parte onerata.

Questa puntualizzazione risulta assai rilevante in chiave municipale: se per un verso marca il distinguo tra prova *prima facie* e presunzione semplice, per l'altro avvicina sì, ma non fino al punto di sovrapposizione, quella stessa prova al paradigma della presunzione legale.

Vero è infatti che lo schema (presuntivo) tipico, regolato dall'art. 2728 c.c., si segnala proprio quale dispositivo di redistribuzione dell'onere probatorio, in quanto rende sufficiente provare il solo fatto che la legge individua come "base", onde consentire che si dica provato, se del caso salva prova contraria (arg. *ex* art. 2728, comma 2, c.c.), un fatto ulteriore e diverso[79]. E vero è del pari che la giurisprudenza della Corte di Cassazione[80] si è spinta sino ad avallare l'idea per cui una presunzione legale potrebbe scaturire, oltre che da una singola disposizione normativa, anche da un complesso sistematico di norme; è il caso, come noto, degli obblighi informativi riposti a carico dell'intermediario

76. Vedi, ad esempio G.N. Herlitz, *The Meaning of the Term Prima Facie,* in *Louisiana Law Review*, 1994, 55, 2, pp. 394-95, cui si riporta M. Zuliani, *op. cit.*, p. 210.

77. In tal caso, per vero, come *Anscheinsbeweis.* In argomento si rinvia, per tutti, a S. Patti, *Note in tema di presunzioni semplici*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 891 e ss., ma spec. p. 906 ss., anche a fini di maggiori indicazioni bibliografiche.

78. S. Patti, *Le presunzioni semplici: rilievi introduttivi*, *cit.*, p. 14. Un esempio interessante di impiego della decisione con impegni quale "prima facie evidence" è offerto da una decisione del Tribunal de Commerce de Paris (chamber 15), 30 Mar. 2015, DKT v. Eco-emballages etVallorplast, RG no. 2012000109 su cui si veda A. Duron, *Private Damages Actions in the Wake of a Commitment Decision: New Risks after the Judgment of the Paris Commercial Court in Eco-Emballages?*, in *Jour. Of Europ. Comp. Law & Practice*, 2016, pp. 125 ss.

79. Id., *Le presunzioni semplici: rilievi introduttivi*, *cit.*, pp. 11-12.

80. Cass. civ., 17 aprile 2020, n. 7905, in *DeJure*.

nell'intermediazione finanziaria[81] i quali, laddove violati, lascerebbero appunto presumere la rilevanza causale dell' omissione che li ha riguardati, ai fini del danno riportato dall'investitore.

Nondimeno, affidarsi alla ricostruzione di indici normativi "di sistema" per giungere all'applicazione della presunzione legale (*iuris tantum*) appare in sé operazione che desta qualche perplessità. Accusa limiti per eccesso, giacché accredita come (direttamente) prevista dal legislatore anche quella regola di riparto dell'onere della prova che è invece, in fin dei conti, unicamente frutto della mediazione del giudice; e accusa limiti per difetto, poiché rischia di non dare adeguato riscontro a quelle ipotesi in cui la situazione di fatto si presenti non solo come particolarmente complessa ma altresì sfuggente a una precisa rappresentazione fornitane dalla legge in senso formale, vuoi (direttamente) mediante singole disposizioni, vuoi (indirettamente) mediante un complesso di indicazioni normative.

Una diversa via al risultato di redistribuzione dell'onere probatorio, in grado di compendiare l'insieme delle situazioni in cui il rapporto tra diritto sostanziale e processo sfugga in tutto o in parte alla capacità di mediazione della legge, si può però ricavare dalle preziose indicazioni che autorevole dottrina processualcivilistica aveva fornito ormai più di quarant'anni addietro, nel senso della individuazione di un *tertium genus* rispetto a presunzioni semplici e legali, costituito dalle c.d. presunzioni giurisprudenziali[82].

Queste ammonterebbero infatti a strumento tecnico, amministrato dal giudice, per semplificare i profili probatori in situazioni di fatto estremamente complesse o in cui la possibilità di prova risulti sfuggente o estremamente ardua per l'attore. E tale semplificazione si realizzerebbe dando per acquisito al processo un segmento della fattispecie che costituisce *thema decidendum*[83], in

81. Secondo gli artt. 28 e 29 del regolamento Consob 11522/1998.

82. Cfr. G. Verde, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1971, V, c. 177 ss., ma spec. pp. 189-190; Id., *L'onere della prova nel processo civile*, ESI, Napoli-Camerino, 1974, p. 135 ss. laddove osserva che l'onere della prova non possa considerarsi un istituto giuridico in sé concluso ma un modo di osservare l'intera esperienza giuridica.

83. Nel nostro caso, precisamente, il segmento della fattispecie di responsabilità costituito dalla violazione di una regola concorrenziale o del divieto di pratiche commerciali scorrette, da parte dell'impresa che abbia poi assunto impegni.

considerazione della ragionevolezza dello scenario che lo ingloba[84], mettendo così capo a una redistribuzione o, se si preferisce, appunto una inversione dell'onere probatorio: non già il fatto costitutivo della fattispecie (*rectius*, un suo segmento) andrà provato dall'attore, bensì il fatto impeditivo di esso, da parte del convenuto.

Un dispositivo del genere non riposa d'altra parte su un'occasionale e non controllata creatività del giudice, rintracciando piuttosto copertura nella condivisa stabilizzazione di schemi di situazioni di fatto ad andamento tipico e costante. Nel caso degli *impegni* assunti da una o più imprese basterà considerare come, in tanto essi possono assumere giuridica vincolatività, in quanto siano reputati idonei a rimuovere determinati rilievi concorrenziali; di conseguenza, procedendo a ritroso da quegli stessi impegni è agevole ricostruire una situazione ad andamento tipico che li lasci riannodare ad una qualche violazione (quantunque non accertata).

In altri termini, credo sia possibile sostenere l'operare qui di un dispositivo di inversione dell'onere della prova che, a partire dalla acquisizione al giudizio delle risultanze istruttorie del procedimento con impegni, oltre che della stessa *commitment decision*, consenta al giudice di dare per acquisito, salva prova del contrario, il segmento della fattispecie risarcitoria consistente nella violazione concorrenziale da parte dell'impresa convenuta. Precisazione, quest'ultima, attraverso la quale è possibile fugare il dubbio che si addivenga a una predeterminazione della soccombenza, come pure obiettato da illustre dottrina contro la tesi delle presunzioni giurisprudenziali[85].

E invero, reputare che in presenza di una decisione con impegni possa darsi per acquisito al processo anche un segmento del fatto costitutivo della responsabilità del convenuto (la violazione concorrenziale) e che ne scaturisca così una inversione dell'onere della prova a suo carico, non equivale a gra-

84. Cfr. G. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, *cit.*, p. 142.

85. V. M. Taruffo, *Presunzoni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*. 1992, pp. 722 ss., ma spec. pp. 750-751.

varlo dell'onere di prova "negativa indeterminata" ma, più semplicemente, dell'onere di eventualmente provare fatti, situazioni e circostanze che possano smentire in concreto l'ipotizzata violazione. Senza dire, poi, che resta in ogni caso in capo all'attore la residua parte dell'onere probatorio collegato alla pretesa fatta valere in giudizio, a partire dalla prova del nesso causale ovvero degli ulteriori elementi richiesti ad esempio per una tutela individuale in caso di pratiche scorrette[86].

Conclusivamente, mi pare che l'espansione (controllata) delle decisioni con impegni sia, in pari tempo, un dato ineliminabile e un fattore di dinamismo dell'*antitrust public enforcement*.

A misura però che tale congegno sia impiegato – come ormai incontestabile – in ordine a ipotesi anche gravi di violazioni concorrenziali, appare urgente ripristinare l'effettività del ricorso complementare al *private enforcement.* Perché ciò accada occorre ben più che il semplice avallo di un riverbero necessario delle risultanze istruttorie pubblicistiche in sede civile (*Gasorba*); occorre precisamente che a quel riverbero sia dato un segno preciso in chiave di alleggerimento del carico probatorio dell'attore.

Non si tratta beninteso di trasformare in *follow-on* azioni che per definizione tali non sono, bensì di renderle plausibilmente esperibili – anziché solo virtualmente tali – attraverso il ricorso a tecniche di mitigazione delle asimmetrie informative (ordini di esibizione) e facilitazione dell'onere probatorio (presunzioni giurisprudenziali), il che è necessario e possibile insieme.

86. Su cui v., per tutti, G. De Cristofaro, *Diritto italiano ed europeo dei consumatori*, Cedam, Padova, 2024, pp. 236 ss.

ARBITRATO E DIRITTO DELLA CONCORRENZA*

Giorgio Afferni

Sommario: ***1.*** *Introduzione.* ***2.*** *Arbitralità delle controversie antitrust e "second look".* ***3.*** *Rigore della verifica giudiziale del lodo arbitrale.* ***4.*** *Rilevabilità d'ufficio della nullità delle intese restrittive della concorrenza.* ***5.*** *Accertamento arbitrale di un'eccezione al divieto generale di intese restrittive della concorrenza.* ***6****. Arbitrato e azioni risarcitorie per violazioni del diritto antitrust.* ***7****. Il compromesso arbitrale.* ***8****. La clausola compromissoria.* ***9****. Effetti della decisione delle autorità garanti della concorrenza.* ***10****. Istruzione della causa.* ***11****. Conclusioni.*

1. *Introduzione*

Anche per effetto dell'attuazione della direttiva Danni (dir. 2014/104/Ue), le azioni di risarcimento del danno per violazione del diritto della concorrenza hanno avuto un notevole sviluppo in tutti gli Stati membri dell'Unione europea (Ue), inclusa l'Italia. Questo sviluppo ha risvegliato l'interesse della comunità arbitrale internazionale sul rapporto tra arbitrato e diritto della concorrenza, anche perché la Direttiva Danni contempla espressamente l'arbitrato tra gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (ADR), che essa intende promuovere. Precedentemente, l'interesse delle comunità arbitrale internazionale era concentrato sull'applicazione del diritto della concorrenza ai rapporti contrattuali tra imprese, sia di tipo verticale (ad esempio, contratti di distribuzione), che di tipo orizzontale (ad esempio, contratti di collaborazione tra imprese che operano allo stesso livello della catena produttiva o distributiva). All'epoca, le questioni maggiormente dibattute erano ad esempio la rilevabilità d'ufficio della nullità di un contratto o di una sua clausola per violazione del diritto della concorrenza, oppure l'applicabilità da parte dell'arbitro delle eccezioni al divieto generale di inte-

* Testo scritto della relazione presentata al Convegno "Antitrust between EU Law and National Law", svoltosi a Treviso il 6-7 giugno 2024, e già pubblicata negli atti.

se restrittive della concorrenza. Oggi, l'attenzione è rivolta principalmente a comprendere quale ruolo (se alcuno) possa giocare l'arbitrato nel *private enforcement* del diritto della concorrenza. In questa prospettiva, assumono rilevanza altre questioni, quali ad esempio l'efficacia delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza nel giudizio arbitrale, oppure di quali mezzi istruttori possano o debbano disporre le parti in arbitrato. Parallelamente, si sta affermando la prassi delle grandi imprese dominanti di imporre ai loro clienti o fornitori clausole arbitrali intese a impedire il ricorso a strumenti di aggregazione delle pretese risarcitorie, quali le azioni di classe o la cessione del credito litigioso, che spesso costituiscono l'unico modo economicamente sostenibile per far valere il proprio diritto al risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza. In questo contributo verranno trattati brevemente gli aspetti più rilevanti dell'applicazione del diritto antitrust da parte di un tribunale arbitrale, con l'obiettivo di contribuire a comprendere se l'arbitrato costituisce una opportunità o piuttosto una minaccia per il *private enforcement* del diritto della concorrenza.

2. *Arbitrabilità delle controversie antitrust e "second look"*

Il diritto della concorrenza (antitrust) è una delle politiche fondamentali della Ue. Esso ha lo scopo di creare i presupposti affinché il mercato unico europeo sia caratterizzato dal maggior grado possibile di concorrenza. A questo fine, il diritto antitrust vieta le intese restrittive della concorrenza, gli abusi di posizione dominante, le concentrazioni che hanno l'effetto di determinare o aggravare una posizione dominante e gli aiuti di stato che favoriscono un'impresa a danno delle imprese concorrenti. L'arbitrato è uno strumento di risoluzione delle controversie alternativo rispetto alla giustizia ordinaria. Mentre nella giustizia ordinaria la controversia è decisa da un giudice precostituito in base alla legge, nell'arbitrato la controversia è decisa da un tribunale arbitrale (arbitro o collegio arbitrale) individuato di comune accordo tra le parti, ovvero in base a un criterio determinato di comune accordo tra loro. In questo senso, l'arbitrato è una tipica espressione dell'autonomia privata (giustizia privata).

Sino a non molti decenni fa, si dubitava della possibilità di compromettere in arbitri le controversie antitrust. Il dubbio derivava dalla considerazione che il diritto antitrust fa parte dell'ordine pubblico economico dello Stato. Pertanto, secondo alcuni la sua applicazione doveva essere riservata alla giustizia ordinaria. Infatti, vi era il timore che gli arbitri, che - come detto - possono essere scelti liberamente dalle parti, intenzionalmente non applicassero il diritto antitrust, oppure lo applicassero in modo scorretto, non avendo le competenze di un giudice ordinario. Oggi questa originaria ostilità alla possibilità di compromettere in arbitri le controversie antitrust è stata definitivamente superata. A partire dalla celebre sentenza *Mitsubishi* della Corte Suprema americana, è generalmente condiviso che non c'è ragione di mettere in dubbio *a priori*, né la volontà di un arbitro di applicare il diritto antitrust rilevante, né la sua capacità di applicarlo correttamente[1]. Inoltre, si è affermato il principio che il controllo da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria sulla corretta applicazione del diritto antitrust da parte dell'arbitro può essere effettuato dopo la pronuncia del lodo arbitrale, in sede di impugnazione per nullità del lodo oppure negli arbitrati internazionali in sede di richiesta di esecutorietà (*exequatur*) (c.d. dottrina del "second look"). Pertanto, anche nella giurisprudenza italiana è oramai pacifico che le controversie antitrust sono compromettibili in arbitrato, non riguardando diritti indisponibili[2].

La possibilità di controllare la corretta applicazione del diritto della concorrenza in sede di impugnazione per nullità del lodo o in sede di *exequatur* è di fondamentale importanza quando la mancata o scorretta applicazione riguarda il diritto della concorrenza dell'Ue. Infatti, secondo quanto ritenuto dalla Corte europea a partire dal caso *Nordsee*, l'arbitro non è un organo giurisdizionale. Pertanto, esso non è soggetto all'obbligo di applicare il diritto dell'Ue. Correlativamente, esso non ha il potere/dovere di sollevare davanti alla Corte di giusti-

1. Corte Suprema USA, *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

2. Cass., 21 agosto 1996, n. 7733. Nella giurisprudenza di merito v. App. Milano, 15 luglio 2006, n. 1897. Per una sintetica introduzione al tema, v. S. Bastianon, *L'arbitrato commerciale internazionale e il diritto antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. Pace, 2° ed., Cedam, Padova, 2020, pp. 537 ss.

zia una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione del diritto dell'Ue[3]. Ne consegue, che come affermato dalla Corte di giustizia nel caso *Eco Swiss*, è compito del giudice ordinario in fase di impugnazione del lodo o di *exequatur* valutare se il diritto europeo della concorrenza è stato applicato correttamente dall'arbitro. Infatti, il diritto della concorrenza fa parte dell'ordine pubblico di ciascuno Stato membro. Pertanto, la sua violazione giustifica il rifiuto di riconoscere e dare esecuzione a un lodo straniero, anche in base alla Convenzione di New York. Inoltre, in caso di dubbio sulla corretta interpretazione del diritto europeo della concorrenza applicabile, è compito del giudice ordinario, chiamato a decidere una controversia in fase di impugnazione del lodo o di *exequatur*, sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia[4].

3. *Rigore della verifica giudiziale del lodo arbitrale*

Nel caso *Eco Swiss*, la Corte di giustizia non aveva però chiarito che tipo di controllo debba essere svolto dal giudice ordinario sulla corretta applicazione del diritto europeo della concorrenza in fase di impugnazione del lodo o *exequatur*. Infatti, la Corte di giustizia aveva rimesso la questione al diritto nazionale di ciascuno Stato membro, limitandosi ad affermare che il controllo del lodo arbitrale da parte del giudice nazionale poteva essere "più o meno ampio a seconda dei casi"[5]. A questo proposito, si contrapponevano due tesi distinte: la tesi minimalista e la tesi massimalista. Secondo la *tesi minimalista*, il giudice nazionale doveva adottare un approccio deferente nei confronti del lodo arbitrale, limitandosi a verificare che il diritto europeo della concorrenza fosse stato applicato e senza entrare nel merito della correttezza della sua applicazione[6]. Invece, secondo la *tesi massimalista*, il giudice nazionale doveva adottare un approccio rigoroso nei confronti del lodo arbitrale, entrando nel

3. Corte giust., 23 marzo 1982, c. 102/81, *Nordsee*.

4. Corte giust., 1° giugno 1999, c. 126/97, *Eco Swiss*. Vedine il commento di A. Komninos in *Comm. Market L. Rev.*, 2000, p. 459.

5. Corte giust., *Eco Swiss*, pt. 32.

6. Cfr. App. di Firenze, 21 marzo 2006 (*Nuovo Pignone c. Schlumberger*), in *Riv. arb.*, 2006, p. 741.

merito della correttezza dell'applicazione del diritto europeo della concorrenza da parte dell'arbitro[7].

Da ultimo, con la decisione *ISU* (*International Skating Union*), la Corte ha affermato che il principio di effettività del diritto della concorrenza UE impone che il controllo effettuato in sede di impugnazione del lodo sia effettivo[8]. Pertanto, si deve ritenere che il giudice ordinario non può limitarsi a verificare l'applicazione del diritto europeo della concorrenza da parte dell'arbitro, ma deve valutare la correttezza della sua applicazione[9]. Infatti, quando è contestata una violazione del diritto della concorrenza, non è possibile tenere conto esclusivamente dell'interesse delle parti, che hanno scelto di comune accordo tra loro di compromettere una controversia in arbitrato, di mantenere al minimo il controllo giudiziale sul lodo arbitrale. Piuttosto, occorre tenere conto anche dell'interesse pubblico a consentire un controllo effettivo sulla corretta applicazione da parte dell'arbitro del diritto europeo della concorrenza. Inoltre, il giudice nazionale è tenuto a valutare il modo in cui l'arbitro ha applicato il diritto europeo della concorrenza, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Infatti, come detto, in fase di impugnazione del lodo o di *exequatur*, la Corte d'appello ha la facoltà di rimettere d'ufficio una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Invece, la Corte di cassazione, in qualità di giudice di ultima istanza, ha l'obbligo di rimettere la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, salvo che il diritto

7. Per un approfondimento delle due tesi contrapposte v. S. Bastianon, *L'arbitrato commerciale internazionale*, *cit.* p. 544 ss.; L.G. Radicati di Brozolo, *Arbitration and competition law: the position of the courts and of arbitrators*, in *Arb. Intern.*, 2011, p. 1; Id., *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 629.

8. Corte giust., 21 dicembre 2023, c. 124/21 P, *ISU*, par. 199.

9. Nella giurisprudenza italiana, v. App. Milano 15 luglio 2006, n. 1897, in *Riv. arb.* 2006, p. 744, la quale ripercorre in modo positivamente critico tutti i passaggi argomentativi svolti dal tribunale arbitrale. Nello stesso senso, v. anche le conclusioni dell'AG Wathelet nella causa c. 567/14, *Genentech*. Questo approccio è stato da ultimo adottato anche dalla Corte suprema federal tedesca (BGH): v. H.L. Stamer, *Should German Courts Review Competition Law Awards on the Merits? Significance of the German Federal Supreme Court's Decision of 27 September 2022*, in *J. Int. Arb.*, 2023, p. 765. Vedi inoltre, D. Geradin, *Public policy and breach of competition law in international arbitration: a competition law practitioner's viewpoin*t, in *Spain Arbitration Review*, 2016, p. 133. In senso contrario, v. A. Komninos – M. Kamvysi, *Arbitration & EU competition law: latest developments*, in *Concurrence et Europe*, *Liber Amicorum Laurence Idot*, Vol. I, 2022, pp. 421 ss.; L. Radicati di Brozolo, *Arbitration and competition law*, *cit.*, pp. 13 ss.

europeo della concorrenza non sia chiaro o non sia già stato chiarito dalla Corte di giustizia stessa. Al fine di potere adempiere correttamente al proprio potere/dovere di rimessione di una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, il giudice ordinario è tenuto a verificare la corretta applicazione del diritto della concorrenza da parte dell'arbitro. A questo proposito, si può anche rilevare che, non essendo l'arbitro un organo giurisdizionale, non si applica il principio della reciproca fiducia tra gli organi giurisdizionali degli Stati membri. Pertanto, il giudice ordinario non può semplicemente fare affidamento sul fatto che l'arbitro abbia applicato correttamente il diritto europeo della concorrenza, ma è tenuto a verificarlo.

4. Rilevabilità d'ufficio della nullità delle intese restrittive della concorrenza

Le intese restrittive della concorrenza sono nulle di pieno diritto (art. 101, par. 2, TFUE). È pacifico che il giudice nazionale ha il potere/dovere di rilevare d'ufficio la nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza. Infatti, come abbiamo detto, il giudice nazionale, essendo un organo dello Stato, è soggetto al diritto dell'Ue. Non è chiaro invece se anche l'arbitro possa rilevare d'ufficio la nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza, ovvero se possa accertarla solamente in presenza di una espressa domanda di parte.

A mio avviso, si deve ritenere che anche l'arbitro ha il potere/dovere di rilevare d'ufficio la nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza[10]. Infatti, è vero che, come regola generale, l'arbitro non può pronunciarsi su questioni che non sono state deferite dalle parti al suo giudizio, dal momento che esso deriva il proprio potere di decidere la controversia non dalla legge, ma dalla convenzione arbitrale, e quindi dalla libera volontà delle parti. È vero anche che, come detto, l'arbitro, diversamente dal giudice nazionale, non è sogget-

10. In questo senso, v. L. Ilie e A. Seow, *International arbitration and EU competition law complement rather than contradict one another*, in *J. Int. Arb.*, 2017, pp. 1018 ss.; D. Geradin, *The power of arbitral tribunals to raise public policy rules ex officio: the case of EU competition law*, TILEC Discussion Paper, 2016 (disponibile su www.ssrn.com). In senso contrario, v. H. van Houtte, *The application by arbitrators of articles 81 & 82 and their relationship with the European commission*, in *Eur. Business L. Rev.*, 2008, p. 63.

to al diritto dell'Ue, dal momento che non è un organo dello Stato. Tuttavia, l'arbitro è obbligato, nei confronti delle stesse parti che gli hanno attribuito il potere di risolvere la controversia insorta tra loro, a pronunciare un lodo valido e al quale possa essere data esecuzione. Come detto, la mancata applicazione del diritto europeo della concorrenza determina la nullità del lodo arbitrale per contrarietà all'ordine pubblico. Inoltre, la nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza non solo può essere fatta valere per la prima volta da ciascuna parte in sede di impugnazione del lodo o di *exequatur*, ma può essere rilevata d'ufficio dal giudice ordinario anche se essa non è stata sottoposta dalle parti al giudizio dell'arbitro. Peraltro, nei casi più gravi, la mancata rilevazione d'ufficio della nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza può esporre l'arbitro al rischio di essere tenuto personalmente responsabile per avere agevolato l'esecuzione di un cartello. Infatti, l'arbitrato può essere utilizzato dalle imprese che partecipano a un cartello per risolvere le controversie che dovessero insorgere tra loro, al fine di mantenere segreta l'esistenza del cartello e in questo modo consentirne la continuazione.

Posto che si deve ritenere che l'arbitro ha il potere/dovere di rilevare d'ufficio la nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza, qualora decida di sollevare d'ufficio una tale questione, in ossequio al principio del contradditorio, esso ha l'obbligo di fissare un'udienza o di concedere a entrambe le parti del giudizio arbitrale un termine per il deposito di una memoria scritta, al fine di consentire loro di prendere posizione sulla questione[11].

5. *Accertamento arbitrale di un'eccezione al divieto generale di intese restrittive della concorrenza*

Il diritto europeo della concorrenza distingue tra intese restrittive della concorrenza che sono vietate per l'oggetto e intese restrittive della concorrenza che sono vietate per l'effetto. Le prime sono le violazioni più gravi del diritto della concorrenza (c.d. violazioni *hardcore*). Nei rapporti orizzontali, sono vie-

11. D. Geradin, *The power of arbitral tribunals*, *cit.*, pp. 24 ss.

tati per l'oggetto gli accordi e le pratiche concordate consistenti nella fissazione del prezzo, la spartizione del territorio o la riduzione delle quantità prodotta (c.d. cartelli). Invece, nei rapporti verticali è vietata per l'oggetto la fissazione dei prezzi minimi di rivendita. Le intese vietate per l'oggetto sono sempre nulle. Invece, le intese vietate per l'effetto sono nulle solamente quando gli effetti anticompetitivi sono prevalenti rispetto a quelli procompetitivi. Infatti, può accadere che un'intesa restrittiva della concorrenza possa aumentare il grado di concorrenza sul mercato, ad esempio quando consente a imprese di piccole dimensioni di coalizzarsi tra loro per esercitare una concorrenza più vigorosa nei confronti delle imprese più grandi (ad esempio, mediante accordi orizzontali di collaborazione), oppure quando, pur riducendo la concorrenza tra i distributori di uno stesso prodotto, ad esempio mediante esclusive territoriali (concorrenza c.d. *intrabrand*), aumenta la concorrenza tra prodotti diversi (concorrenza c.d. *interbrand*).

In origine, era compito delle autorità garanti della concorrenza (Commissione e autorità garanti nazionali della concorrenza) effettuare il bilanciamento tra effetti procompetitivi ed effetti anticompetitivi di un'intesa vietata per l'effetto e, se del caso, accertare la sussistenza di un'eccezione rispetto al divieto generale delle intese restrittive della concorrenza (art. 101, par. 3, TFUE). Successivamente, con la modernizzazione del diritto europeo della concorrenza, al fine di consentire alle autorità garanti della concorrenza di concentrare le loro risorse nella lotta alle violazioni più gravi della concorrenza (cartelli e abusi di posizione dominante), questo compito è stato attribuito al giudice nazionale.

Si discute oggi se anche un arbitro abbia il potere/dovere di accertare, non solo la sussistenza di una violazione rispetto al divieto generale di intese restrittive (art. 101, par. 1, TFUE), ma anche la sussistenza di un'eccezione rispetto a questo divieto (art. 101, par. 3, TFUE). A mio avviso, la soluzione non può che essere affermativa[12]. Infatti, l'arbitro non è soggetto al diritto dell'Ue.

12. In questo senso, v. S. Bastianon, *L'arbitrato commerciale internazionale*, *cit.*, p. 540; L. Ilie - A. Seow, *International arbitration and EU competition law*, *cit.*, pp. 1016 ss.; D. Geradin - E. Villano, *Arbitrability of EU competition law-based claims: where do we stand afert the CDC Hydrogen Peroxide case?*, in *World Competition*, 2017, p. 75 ss.; R. Nazzini, *Arbitrability of competition claims in tort and the principle of effectiveness of EU law*, in *Eur. Business L. Rev.*, 2017, pp. 800 ss.; A. Komninos, *Arbitration and the*

Il suo solo obbligo è quello di pronunciare un lodo arbitrale valido e al quale possa essere data esecuzione. Pertanto, l'arbitro che ritenga che gli effetti procompetitivi di un'intesa vietata per l'effetto siano prevalenti rispetto a quelli anticompetitivi può limitarsi a escludere del tutto l'applicazione dell'art. 101 TFUE. Inoltre, e soprattutto, nel caso in cui l'arbitro dichiarasse nulla un'intesa restrittiva della concorrenza vietata per l'effetto, rifiutandosi di valutare anche gli effetti procompetitivi della stessa intesa, ritendo di non avere il potere di accertare la sussistenza di una eccezione rispetto al divieto generale di intese restrittive della concorrenza, il relativo lodo arbitrale sarebbe nullo per contrasto con l'ordine pubblico. Di conseguenza, la valutazione comparativa degli effetti competitivi dell'intesa dovrebbe essere effettuata dal giudice dell'impugnazione in sede rescissoria.

6. *Arbitrato e azioni risarcitorie per violazioni del diritto antitrust*

L'applicazione pratica del diritto della concorrenza è fondata su due pilastri: il pilastro pubblicistico, dove il diritto della concorrenza viene applicato da un'autorità garante della concorrenza al fine di applicare alle imprese responsabili una sanzione amministrativa (c.d. *public enforcement*); e il pilastro privatistico, dove il diritto della concorrenza viene applicato da un giudice nazionale su iniziativa della vittima della violazione al fine di ottenere il risarcimento del danno subito (c.d. *private enforcement*). In passato, l'applicazione pratica del diritto europeo della concorrenza era rimessa quasi esclusivamente al ruolo delle autorità garanti della concorrenza. Le azioni di risarcimento del danno erano in una condizione di "sottosviluppo totale"[13]. Oggi, anche per effetto dell'attuazione nei diversi Stati membri della Direttiva Danni (dir. 2014/104/Ue), le azioni di risarcimento del danno causato dalle violazioni del diritto della concorrenza hanno conosciuto un notevole sviluppo in tutti gli Stati membri dell'Ue, Italia compresa. Lo sviluppo di queste azioni risarcitorie

modernisation of European competition law enforcement, in *World Competition*, 2001, pp. 219 ss.

13. Commissione europea, *Libro verde sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, Bruxelles, 19 dicembre 2005.

ha attirato l'attenzione della comunità scientifica e professionale che si occupa di arbitrato in Europa[14]. Tuttavia, non è ancora chiaro quale ruolo potrà se del caso essere svolto dall'arbitrato nel *private enforcement* del diritto europeo della concorrenza.

A mio avviso, è necessario distinguere chiaramente tra compromesso e clausola compromissoria[15]. Mediante il *compromesso*, le parti decidono di compromettere in arbitri una controversia già insorta tra loro. Invece, mediante la *clausola compromissoria*, le parti decidono di compromettere in arbitri le eventuali future controversie che dovessero insorgere tra loro nell'ambito di un determinato rapporto. La clausola arbitrale può avere per oggetto sia le controversie di natura contrattuale, che le controversie di natura extracontrattuale, a condizione che si riferiscano a uno o più rapporti determinati (art. 808-*bis* c.p.c.).

7. *Il compromesso arbitrale*

La decisione di compromettere in arbitri una controversia antitrust già insorta tra le parti può avere vantaggi sia per la vittima che per il responsabile della violazione. Per la vittima della violazione l'arbitrato presenta il vantaggio della rapidità del giudizio. Invece, per il responsabile della violazione l'arbitrato presenta il vantaggio della riservatezza del giudizio e del suo esito. Infatti, il responsabile della violazione ha tipicamente interesse che l'esistenza del giudizio sia tenuta segreta, al fine di evitare che sia incentivata la promozione di nuovi giudizi da parte di altre vittime della stessa violazione del diritto della concorrenza. Inoltre, l'arbitrato presenta il vantaggio di consentire alle parti di nominare un arbitro o un collegio arbitrale composto di esperti della materia oggetto della controversia. Di contro, nel caso in cui la violazione del diritto della concorrenza sia imputabile a più imprese (ad

14. Vedi ad esempio D. Geradin - E. Villano, *Arbitrability of EU competition law-based claims*, *cit.*, pp. 85 ss.; A. Komninos - M. Kamvysi, *Arbitration & EU competition law*, *cit.*, p. 426 ss.; R. Nazzini, *Arbitrability of competition claims in tort*, *cit.*, p. 795; J. Segan, *Arbitration clauses and competition law*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2018, p. 423; H. Brokelmann, *The Rail Track judgement of the LG Dortmund: are cartel damages claim arbitrable?*, in *Spain Arb. Rev.*, 2018, p. 9.

15. In questo senso v. anche le conclusioni dell'AG Jääskinen nella causa C-352/13, *CDC*, par. 113.

esempio, un cartello), l'arbitrato presenta lo svantaggio di non consentire all'impresa corresponsabile convenuta nel giudizio arbitrale di chiamare in causa le altre imprese corresponsabili, al fine di rendere il lodo arbitrale efficace anche nei loro confronti, ovvero al fine di esercitare l'azione di regresso. Ad ogni modo, la decisione delle parti di compromettere in arbitrato una controversia per danno antitrust già insorta tra loro deve essere valutata con favore. Infatti, in questo caso, non ci sono dubbi che le parti abbiano effettivamente inteso sottoporre al giudizio dell'arbitro la controversia antitrust, dal momento che essa è già insorta tra loro. Inoltre, in questo caso, non ci sono dubbi che la possibilità di compromettere in arbitri una controversia già insorta tra le parti sia conforme al principio di effettività del diritto dell'Ue. Infatti, come detto, l'arbitrato consente alla vittima della violazione di ottenere un risarcimento in tempi più rapidi.

La compromissione in arbitri di una controversia per danno antitrust già insorta tra le parti potrebbe essere desiderabile soprattutto quando l'impresa che si intende convenire in giudizio è la c.d. impresa immune, ovvero l'impresa che ha ottenuto l'immunità dalla sanzione amministrativa, per avere denunciato per prima l'esistenza del cartello all'autorità garante della concorrenza. Infatti, l'impresa immune è responsabile solo per i danni causati ai propri acquirenti diretti e indiretti (art. 11, par. 4, dir. 2014/104/Ue). Pertanto, essa potrebbe non avere interesse a chiamare in causa le altre imprese che hanno partecipato alla stessa violazione. Inoltre, l'impresa immune non impugna la decisione dell'autorità garante della concorrenza che ha accertato la violazione. Pertanto, essa potrebbe beneficiare prima delle altre imprese corresponsabili degli effetti della prescrizione del diritto al risarcimento del danno causato dalla violazione. Infatti, nei confronti dell'impresa immune, il termine di prescrizione non rimane sospeso per tutta la durata dei giudizi di impugnazione (ad esempio, davanti al TAR Lazio e al Consiglio di Stato), ma comincia a correre con la pubblicazione della decisione dell'autorità garante della concorrenza. Ne consegue che l'impresa immune tipicamente si trova prima delle altre imprese corresponsabili nella posizione di poter accettare un compromesso arbitrale con le vittime che hanno già interrotto il termine di prescrizione, senza avere timore di incentivare la promozione di nuove azioni risarcitorie da parte

delle altre vittime che, non avendo interrotto il termine di prescrizione, hanno perso il diritto di agire.

8. *La clausola compromissoria*

Più complessa è invece la valutazione della clausola compromissoria, sia dal punto di vista della sussistenza di un'effettiva volontà delle parti di compromettere in arbitri la controversia per il danno antitrust, sia dal punto di vista della compatibilità della clausola con il principio di effettività del diritto dell'Ue[16]. Come detto, con la clausola arbitrale le parti convengono di compromettere in arbitri ogni eventuale controversia dovesse insorgere tra loro nell'ambito di un determinato rapporto. La definizione della competenza attribuita all'arbitro è rimessa alla legge nazionale di ciascuno Stato membro e dipende dalla comune intenzione delle parti.

Possono darsi tre casi. Nel *primo caso*, la clausola arbitrale non prevede espressamente l'attribuzione alla competenza dell'arbitro delle controversie che hanno natura extracontrattuale. In questo caso, secondo la prevalente giurisprudenza italiana, non si presume che le parti abbiano inteso attribuire alla competenza dell'arbitro anche le controversie di questo tipo. Infatti, secondo questa giurisprudenza, ai sensi dell'art. 808-*quater* c.p.c. si deve presumere che la competenza dell'arbitro si estenda a tutte le controversie che hanno la propria *causa petendi* nel contratto, ma non anche alle controversie che hanno nel contratto un mero presupposto storico[17]. Pertanto, in questo caso, l'arbitro non è competente a decidere un'azione di danno antitrust.

Nel *secondo caso*, la clausola arbitrale prevede espressamente l'attribuzione alla competenza dell'arbitro anche delle controversie che hanno natura extracontrattuale. Questo caso è particolarmente rilevante perché i modelli

16. Vedi J. Nowag - L. Tarkkila, *How much effectiveness for the EU damages directive? Contractual clauses and antitrust damages actions*, in *Comm. Market L. Rev.*, 2020, p. 433.

17. Cass., ord. 13 ottobre 2016, n. 20673 (Pres. Ragonesi; Est. De Chiara), in *Riv. arb.*, 2017, p. 733, con commento di P. Licci, *L'interpretazione della convenzione arbitrale in materia non contrattuale*; Cass. 3 febbraio 2012, n. 1674 (Pres. Rovelli; Rel. Giusti), in *Riv. arb.*, 2014, p. 589, con commento di P. Cascelli, *Clausola compromissoria e liti extracontrattuali: questioni interpretative*.

di clausola compromissoria suggeriti dalle maggiori camere arbitrali italiane estendono espressamente la competenza arbitrale anche a questo tipo di controversie[18]. In questo caso, è necessario stabilire se, mediante questa clausola, le parti hanno inteso compromettere in arbitri anche le controversie per il risarcimento del danno nascenti dalla violazione del diritto della concorrenza. La questione è per certi versi analoga a quella che si pone quando è necessario interpretare la clausola di proroga della giurisdizione, ovvero la clausola contrattuale mediante la quale le parti attribuiscono la competenza giurisdizionale a decidere le eventuali future controversie dovessero insorgere tra le parti a un giudice nazionale diverso da quello individuabile in base ai criteri stabiliti dal regolamento 1215/2012/Ue sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale[19]. Con riferimento a questo tipo di clausole, la Corte di giustizia ha ritenuto che esse attribuiscano alla competenza del giudice prescelto dalle parti le sole controversie che fossero ragionevolmente prevedibili nel momento in cui è stato raggiunto l'accordo sulla clausola attributiva della competenza. Ciò al fine di evitare che una delle due parti possa vedersi costretta a sottoporre a un giudice diverso da quello individuabile in base al reg. 1215/2012/Ue una controversia che ella non poteva prevedere nel momento in cui ha accettato la deroga alle regole comuni. In applicazione di questo principio, la Corte di giustizia ha quindi distinto, da una parte, le azioni per il risarcimento del danno causato da una violazione segreta del diritto della concorrenza, quale un cartello, e, dall'altra parte, le azioni per il risarcimento del danno causato da una violazione palese del diritto della concorrenza, quale un abuso di posizione dominante. Relativamente al primo caso, nella decisione *CDC*, la Corte di giustizia ha ritenuto che non rientrano nell'ambito di applicazione della clausola derogativa della competenza le azioni di risarcimento del danno

18. Vedi ad esempio il modello di clausola arbitrale proposta dalla Camera Arbitrale di Milano: «*Tutte le controversie, anche di natura non contrattuale, derivanti dal presente atto, relative o connesse allo stesso, saranno risolte mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, da un arbitro unico/tre arbitri, nominato/i in conformità a tale Regolamento*».

19. Cfr. S. Bastianon, *L'arbitrato commerciale internazionale*, *cit.*, pp. 540 ss.

causato da un cartello[20]. Relativamente al secondo caso, nella decisione *Apple*, la Corte di giustizia, distinguendo rispetto alla precedente decisione *CDC*, ha ritenuto che rientrano nell'ambito di applicazione della clausola derogativa della competenza le azioni di risarcimento del danno causato da un abuso di posizione dominante[21].

A mio giudizio, la distinzione operata dalla Corte di giustizia, tra violazioni segrete e violazioni apparenti, non è di per sé sufficiente a distinguere tra violazioni che si deve presumere le parti abbiano inteso attribuire alla competenza dell'arbitro e violazioni che invece si deve presumere le parti abbiano inteso lasciare alla competenza del giudice ordinario. Infatti, alcune violazione del diritto della concorrenza causano danni di entità limitata a un numero molto elevato di imprese. Questo vale sia per i cartelli, che per gli abusi di posizione dominante, indipendentemente dal fatto che la vittima potesse prevedere al momento della convenzione arbitrale l'esistenza di una violazione del diritto della concorrenza. Di contro, la promozione di un'azione di risarcimento del danno antitrust può essere molto costosa, a causa della necessità di avvalersi di una assistenza legale ed economica altamente specializzata, e rischiosa, a causa del rischio di soccombenza. Pertanto, questo tipo di azioni risarcitorie possono essere promosse in modo efficace solamente mediante l'aggregazione di un numero sufficientemente elevato di pretese risarcitorie. Nei vari Stati membri, a seconda dei casi, l'aggregazione delle pretese risarcitorie può avvenire mediante: (i) un'azione rappresentativa risarcitoria, dove un ente rappresentativo degli interessi delle vittime di una violazione antitrust agisce in giudizio per loro conto; (ii) un'azione collettiva risarcitoria o di classe, dove una vittima della violazione agisce in giudizio anche per conto di tutte le altre vittime della stessa violazione, che non sono parte del giudizio; (iii) un'azione litisconsortile, dove più vittime della stessa violazione fanno valere in un unico giudizio le rispettive pretese risarcitorie in forza della reciproca connessione; oppure (iv) mediante l'acquisto del credito risarcitorio,

20. Corte giust., 21 maggio 2015, c. 352/13, *CDC*.
21. Corte giust., 24 ottobre 2018, c. 595/17, *Apple*.

dove un unico soggetto acquista i crediti risarcitori di più vittime della stessa violazione al fine di agire in giudizio in nome e per conto proprio[22]. In questi casi, l'attribuzione della competenza a un tribunale arbitrale può avere l'effetto di impedire o di ostacolare l'aggregazione delle varie pretese risarcitorie, le quali sono maturate nell'ambito di rapporti distinti. Pertanto, ciascuna vittima della violazione avrebbe l'onere di promuovere un'azione individuale davanti a un tribunale arbitrale, il ché potrebbe rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento del danno causato dalla violazione antitrust. In definitiva quindi si deve ritenere che il principio di effettività del diritto della concorrenza dell'Ue impedisce di presumere che, anche quando l'esistenza della violazione era prevedibile al momento della convenzione arbitrale, la vittima della violazione abbia inteso attribuire alla competenza dell'arbitro una controversia per il risarcimento del danno causato dalla violazione, quando non sarebbe stato ragionevole promuovere l'azione risarcitoria in forma individuale, tenuto conto, da una parte, dell'entità del danno subito e, dall'altra parte, dei costi e dei rischi del giudizio arbitrale[23]. Depone in questo senso anche la regola di diritto italiano secondo la quale il contratto e le singole clausole contrattuali (e quindi anche la clausola compromissoria) devono essere interpretate secondo buona fede (art. 1366 cod. civ.).

Infine, nel *terzo caso*, la clausola arbitrale prevede espressamente l'attribuzione alla competenza dell'arbitro anche delle controversie antitrust. In questo caso, non si pone un problema di interpretazione della comune volontà delle parti. È chiaro infatti che le parti hanno inteso attribuire alla competenza arbitrale anche le controversie antitrust. Tuttavia, in questo caso, si pone un problema di validità di questa clausola. Infatti, in funzione delle circostanze del caso concreto, questa clausola potrebbe essere nulla per contrarietà all'ordine pubblico, nella misura in cui favorisce la realizzazione o la

22. Cfr. G. Afferni, *La nuova azione di classe antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2022, p. 437; Id., *La cessione del credito risarcitorio per violazione del diritto antitrust*, in *Dir. comm. int.*, 2017, p. 909.

23. Sostanzialmente in questo senso anche le conclusioni dell'AG Jääskinen nella causa c. 352/13, *CDC*, par. 126. In senso contrario, vedi A. Komninos - M. Kamvysi, *Arbitration & EU competition law*, p. 427 ss.; R. Nazzini, *Arbitrability of competition claims in tort*, *cit.*, pp. 802 ss.

prosecuzione di una violazione del diritto della concorrenza. In particolare, l'impresa che intende violare il diritto della concorrenza potrebbe imporre ai propri clienti o fornitori una clausola arbitrale che contempli le violazioni antitrust, proprio al fine di rendere più oneroso l'esercizio del diritto al risarcimento del danno causato dalla violazione, impedendo loro di aderire a iniziative giudiziarie collettive. Una strategia di questo tipo è possibile sia nel caso delle violazioni segrete (cartelli), che nel caso delle violazioni prevedibili al momento della convenzione arbitrale (abusi di posizione dominante). Anzi, a ben vedere, essa è particolarmente attraente per l'impresa che detenga una posizione dominante, dal momento che essa può sfruttare la propria posizione sul mercato di riferimento proprio al fine di imporre ai propri clienti o fornitori una clausola arbitrale che rende impossibile o eccessivamente difficile aggregare molteplici pretese risarcitorie. Si pensi ad esempio al caso dell'impresa che gestisce una piattaforma digitale essenziale, la quale è al tempo stesso gestore della piattaforma (*gatekeeper*) e concorrente delle imprese che vendono i propri prodotti o servizi sulla piattaforma. Sarebbe troppo facile per questa impresa imporre ai rivenditori indipendenti una clausola arbitrale che imponga loro di promuovere arbitrati individuali, impedendo di aderire ad azioni rappresentative o collettive o di cedere il proprio credito risarcitorio[24]. In definitiva, quindi, si deve ritenere che una clausola arbitrale che estenda espressamente la competenza dell'arbitro anche alle controversie antitrust potrebbe essere nulla quando essa ha l'effetto di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento del danno, in particolare impedendo l'aggregazione in un unico giudizio di molteplici pretese risarcitorie riferibili alla stessa violazione del diritto della concorrenza[25].

24. Sull'arbitrato di classe, che non è discusso nel presente contributo, v. G. Salvi, *Arbitrato e azione di classe*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, Vol. VII, ESI, Napoli, 2023, p. 303.

25. In senso contrario v. Corte Suprema USA, *Am. Express Co. v. Italian Colors Rest.*, 570 U.S. 228 (2013). Vale qui la pena riportare l'*incipit* dell'opinione dissenziente di Elena Kagan: "*Here is the nutshell version of this case, unfortunately obscured in the Court's decision. The owner of a small restaurant (Italian Colors) thinks that American Express (Amex) has used its monopoly power to force merchants to accept a form contract violating the antitrust laws. The restaurateur wants to challenge the allegedly unlawful provision (imposing a tying arrangement), but the same contract's arbitration clause*

Regole particolari valgono per la validità delle clausole arbitrali nei rapporti con i consumatori. In questo caso, oltre alle considerazioni fatte sopra, occorre tenere conto anche della possibile nullità della clausola arbitrale per vessatorietà[26].

9. *Effetti della decisione delle autorità garanti della concorrenza*

Dopo l'attuazione della Direttiva Danni, non solo le decisioni definitive della Commissione, ma anche le decisioni definitive dell'autorità nazionale della concorrenza (in Italia, l'Agcm) sono vincolanti per il giudice ordinario (art. 9, dir. 2014/104/Ue)[27]. Si discute però se queste decisioni siano vincolanti anche per l'arbitro[28]. Da una parte, occorre considerare che l'arbitro non è un organo giurisdizionale e quindi che, in quanto tale, non è soggetto a una decisione della Commissione o dell'Agcm. Dall'altra parte, occorre considerare anche che l'arbitro è obbligato a pronunciare un lodo valido e suscettibile di esecuzione. Nel caso in cui l'arbitro dovesse adottare una decisione in contrasto con una decisione definitiva della Commissione o dell'Agcm, il lodo sarebbe nullo e la relativa nullità potrebbe essere rilevata anche d'ufficio dalla Corte d'appello in sede di impugnazione del lodo o di *exequatur*. Pertanto, si deve ritenere che anche l'arbitro, come il giudice ordinario, seppure per vie diverse, sia obbligato ad assumere una decisione conforme con una precedente decisione definitiva della Commissione o dell'Agcm[29].

---

prevents him from doing so. That term imposes a variety of procedural bars that would make pursuit of the antitrust claim a fool's errand. So if the arbitration clause is enforceable, Amex has insulated itself from antitrust liability – even if it has in fact violated the law. The monopolist gets to use its monopoly power to insist on a contract effectively depriving its victims of all legal recourse. And here is the nutshell version of today's opinion, admirably flaunted rather than camouflaged: Too darn bad".

26. G. Salvi, *Il giudizio di vessatorietà della clausola compromissoria*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, vol. VII, ESI, Napoli, 2023, p. 111.

27. M. Negri, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 476.

28. Cfr. L. Ilie e A. Seow, *International arbitration and EU competition law*, *cit.*, p. 1025 s.; M. Driessen-Reilly, *Private damages in EU competition law and arbitration: a changing landscape*, in *Arb. Int.*, 2015, pp. 582 ss.

29. In questo senso, v. G. Blanke, *EU Competition arbitration: a reliable forum for private enforcement*, in *Antitrust Chronicle*, 2019, pp. 11 ss.

In pendenza di un procedimento davanti alla Commissione o all'Agcm sulla stessa violazione oggetto del giudizio ordinario, oppure in pendenza di un giudizio amministrativo per l'annullamento o la riforma di una decisione di queste autorità garanti della concorrenza, il giudice ordinario ha l'obbligo di sospendere il giudizio[30]. Infatti, il giudice ordinario non può correre il rischio di adottare una decisione che si riveli *a posteriori* contraria rispetto a una decisione definitiva della Commissione o dell'Agcm. Invece, non è chiaro se, in questa stessa situazione, anche l'arbitro abbia l'obbligo ovvero anche solo la facoltà di sospendere il giudizio pendente di fronte a sé. Come abbiamo detto, anche l'arbitro è obbligato a non pronunciare un lodo che sia in contrasto con una decisione definitiva della Commissione o dell'Agcm. Tuttavia, egli è anche obbligato a pronunciare il lodo entro un certo termine, pena la propria responsabilità per i danni. Inoltre, le cause di sospensione previste dall'art. 819-*bis* c.p.c. sono tipiche, e tra queste non ricorre il caso in cui sulla stessa questione sia pendente un procedimento davanti alla Commissione o all'Agcm. Pertanto, si deve ritenere che, salvo il caso in cui entrambe le parti prestino il loro consenso alla sospensione, l'arbitro non possa sospendere il giudizio, ma sia obbligato a pronunciare il lodo entro il termine. Il giudizio verrà eventualmente sospeso dalla Corte d'appello, nel caso in cui il lodo sia impugnato ovvero, trattandosi di arbitrato internazionale, ne sia chiesto l'*exequatur*.

10. *Istruzione della causa*

La risoluzione di una controversia antitrust tipicamente richiede l'accertamento e la valutazione di complicati elementi di fatto. Infatti, il soggetto che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di dimostrare: (i) la violazione; (ii) il nesso di causalità, ovvero che la violazione ha causato un danno; e (iii) il danno risarcibile. Nel caso in cui la violazione sia già stata accertata da una autorità garante della concorrenza, la vittima della violazione ha solamente l'onere di dimostrare il nesso di causalità e il danno risarcibile (c.d. azioni *fol-*

30. Nel senso di una facoltà del giudice di sospensione del giudizio, piuttosto che di un suo obbligo, v. M. Negri, *L'efficacia delle decisioni amministrative*, *cit.*, pp. 512 ss.

low on). Inoltre, nel caso in cui la violazione accertata sia un cartello, il nesso di causalità si presume, salvo prova contraria. Pertanto, la vittima ha solamente l'onere di dimostrare il danno risarcibile. Di contro, una volta accertata la violazione, il convenuto può liberarsi o ridurre la propria responsabilità, dimostrando che il soggetto che chiede il risarcimento del danno ha trasferito a vale il sovrapprezzo, aumentando i prezzi che egli applica ai propri clienti (c.d. *passing on*). Inoltre, nel caso in cui la violazione accertata sia un cartello, il convenuto può dimostrare che il soggetto che agisce per il risarcimento non ha subito un danno, ad esempio perché egli beneficiava di un prezzo fisso. Molte delle informazioni necessarie per assolvere ai rispettivi oneri della prova sono nel possesso della controparte. Ad esempio, al fine di dimostrare l'entità del sovrapprezzo la vittima del cartello può avere necessità di conoscere i prezzi che l'impresa responsabile praticava prima, durante o dopo il periodo interessato dal cartello o su mercati geografici differenti rispetto a quello oggetto dalla violazione. Oppure, al fine di dimostrare l'entità del trasferimento del danno, l'impresa responsabile della violazione può avere necessità di conoscere i prezzi che la vittima della violazione applicava ai propri clienti prima, durante o dopo il cartello. Per questo motivo, la risoluzione di una controversia antitrust tipicamente richiede un ricorso intensivo a mezzi di prova che consentano alle parti di assolvere ai rispettivi oneri probatori.

Nell'arbitrato con sede in Italia, le parti hanno la possibilità di stabilire d'accordo tra loro, prima dell'inizio del giudizio arbitrale, i mezzi di prova di cui esse si potranno avvalere di fronte all'arbitro. In mancanza di accordo delle parti, spetta all'arbitro nominato stabilire quali mezzi di prova siano ammissibili, fermo restando il rispetto del principio del contraddittorio e della parità delle armi (art. 816-*bis* c.p.c.). Inoltre, quando applica il diritto europeo della concorrenza, l'arbitro è anche tenuto - pena la nullità del lodo - al rispetto del principio di effettività del diritto al risarcimento del danno e del principio di proporzionalità.

Nel determinare i mezzi istruttori ai quali le parti possono fare ricorso, l'arbitro può fare riferimento ai mezzi istruttori riconosciuti dalla Direttiva Danni[31].

31. S. Bastianon, *L'arbitrato commerciale internazionale*, *cit.*, p. 543; M. Driessen-Reilly, *Private damages in EU competition law and arbitration*, *cit.*, pp. 583 ss.

Infatti, questa direttiva introduce una armonizzazione minima dei mezzi istruttori disponibili per le parti, proprio al fine di garantire il rispetto del principio di effettività e del principio di proporzionalità (art. 5, par. 8, dir. 2014/104/Ue)[32].

In estrema sintesi, affinché sia rispettato il principio di effettività, l'arbitro deve concedere alle parti la possibilità di chiedere a controparte la divulgazione, non solo di specifici elementi di prova, ma anche di rilevanti categorie di prove, a condizione che queste categorie siano state descritte in modo sufficientemente preciso e circoscritto (art. 5, par. 2). Inoltre, come affermato dalla Corte di giustizia nella decisione *Paccar*, le parti devono avere la possibilità di chiedere la divulgazione anche di elementi di prova che la parte destinataria della richiesta dovrebbe creare *ex novo*, mediante l'aggregazione o la classificazione di informazioni, conoscenze o dati in suo possesso[33]. Affinché sia rispettato il principio di proporzionalità, l'arbitro deve ammettere la richiesta di divulgazione solamente quando essa sia pertinente, proporzionata e necessaria, tenuto conto degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali della parte destinataria della richiesta di divulgazione. Ovviamente, l'interesse delle imprese a evitare azioni per il risarcimento del danno in seguito a una violazione del diritto della concorrenza non costituisce un interesse meritevole di tutela (art. 5, par. 5). Nel valutare se una richiesta di divulgazione di prove sia proporzionata, l'arbitro deve tenere conto anche dei costi della divulgazione per la parte destinataria della richiesta e deve rifiutarsi di ammettere richieste meramente esplorative (c.d. *fishing expedition*) (art. 5, par. 3, lett. b). La parte destinataria della richiesta di divulgazione non può opporsi alla richiesta allegando la natura riservata delle informazioni richieste. Tuttavia, in questo caso, l'arbitro deve adottare delle misure efficaci per tutelarle, ad esempio rendendole conoscibili solamente ai consulenti tecnici nominati dalle parti o d'ufficio (art. 5, par. 4). Affinché sia rispettato il principio del contraddittorio, la parte destinataria di una richiesta di divulgazione deve essere sentita prima che l'arbitro possa ammettere la richiesta ordinando la divulgazione (art. 5, par. 7). Infine, affinché sia rispettato

32. Vedi G. Finocchiaro, *La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme antitrust in attuazione della dir. 2014/104/Ue*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 415.

33. Corte giust., 10 novembre 2022, c. 163/21, *Paccar*.

il principio di parità delle armi, le stesse regole sulla divulgazione delle prove devono valere per entrambe le parti del giudizio, indipendentemente dal fatto che siano autore o vittima della violazione antitrust (art. 5, par. 1).

Nel caso in cui sulla stessa violazione sia stata avviata un'indagine da parte di un'autorità garante della concorrenza, occorre stabilire se ed entro quali limiti l'arbitro possa chiedere la divulgazione di prove contenute nel fascicolo istruttorio dell'autorità. In questo caso, l'arbitro deve garantire che il giudizio pendente di fronte a sé non interferisca in modo inappropriato con un'indagine in corso, ovvero non ostacoli in altro modo o comprometta l'attività dell'autorità garante della concorrenza. Anche in questo caso, l'arbitro può fare riferimento a quanto stabilito dalla Direttiva Danni al fine coordinare il *public* e il *private enforcement* del diritto della concorrenza dell'Ue[34].

In primo luogo, l'arbitro può chiedere all'autorità garante della concorrenza la divulgazione di prove in suo possesso, solamente quando nessuna delle parti del giudizio arbitrale sia ragionevolmente in grado di fornire tale prova (art. 6, par. 10). In secondo luogo, l'arbitro può ordinare la divulgazione delle seguenti categorie di prove solamente dopo che l'autorità garante della concorrenza ha chiuso il suo procedimento: a) informazioni elaborate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; b) informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento; e c) proposte di transazione che sono state ritirate (art. 6, par. 5) (prove nella c.d. lista grigia). Infine, l'arbitro non può ordinare mai, e quindi neppure dopo la chiusura del procedimento dell'autorità garante, la divulgazione delle seguenti categorie di prova: a) dichiarazioni legate a un programma di clemenza; e b) proposte di transazione (prove nella c.d. lista nera). In questo modo, l'impresa intenzionata a collaborare in vario modo con l'autorità garante della concorrenza può fare affidamento sul fatto che le dichiarazioni rese nell'ambito di questa collaborazione non verranno utilizzate contro di lei nel successivo eventuale giudizio per il risarcimento del danno causato alle vittime della

34. G. Finocchiaro, *La disciplina dell'esibizione delle prove*, *cit.*, pp. 449 ss.

violazione. Tutte le altre prove presenti nel fascicolo istruttorio di un'autorità garante, appartenenti a categorie diverse da quelle indicate sopra (prove nella c.d. lista bianca), possono essere oggetto di un ordine di divulgazione in qualsiasi momento, fermo restando il rispetto del principio di proporzionalità, e quindi a condizione che la richiesta sia pertinente, proporzionata e necessaria.

11. *Conclusioni*

All'esito di questa sintetica panoramica dei principali rapporti tra arbitrato e diritto della concorrenza, si può dire che l'arbitrato può svolgere una funzione utile nel *private enforcement* del diritto della concorrenza, a condizione che esso non diventi uno strumento in mano alle imprese dominanti o ai cartellisti per ridurre il rischio di essere convenuti in giudizio per il risarcimento del danno causato. Pertanto, deve essere visto con favore il ricorso all'arbitrato per effetto di un compromesso concluso tra le parti dopo che la violazione è stata scoperta o è stata accertata dall'autorità garante della concorrenza. Infatti, in questo caso, l'arbitrato consente di risolvere la controversia in modo rapido e confidenziale nel migliore interesse di entrambe le parti. Il ricorso a un compromesso arbitrale potrebbe essere particolarmente desiderabile nelle azioni promosse contro l'impresa immune, che potrebbe non avere interesse a chiamare in causa le altre imprese che hanno partecipato alla stessa violazione. Invece, deve essere visto con sospetto il ricorso alla clausola arbitrale da parte di imprese dominanti o di imprese che hanno partecipato a un cartello. Infatti, in questi casi, la clausola arbitrale può essere utilizzata strumentalmente al fine di scoraggiare la promozione di azioni per il risarcimento del danno, impedendo qualsiasi forma di aggregazione delle pretese risarcitorie delle vittime della stessa violazione. Si deve quindi ritenere che il favore espresso dalla Direttiva Danni sull'arbitrato come strumento di risoluzione alternativa delle controversie per il danno antitrust si riferisca al solo arbitrato promosso di comune accordo tra le parti in esecuzione di un compromesso e non anche all'arbitrato sostanzialmente imposto dall'impresa responsabile della violazione antitrust mediante una clausola arbitrale.

DI QUALCHE ANOMALIA NEL RAPPORTO TRA PUBBLICO E PRIVATO NEL DIRITTO *ANTITRUST*

Andrea Montanari

Sommario: ***1.*** *Il carattere fondamentale della distinzione tra pubblico e privato nel diritto antitrust europeo.* ***2.*** *La tutela privata a seguito dell'intesa illecita sull'EURIBOR nel mercato dei derivati: aspetti critici.* ***2.1.*** *Il disallineamento della tutela privata rispetto all'azione pubblica.* ***2.2.*** *La responsabilità verso chiunque degli autori dell'intesa.* ***2.3.*** *La commistione tra nullità e responsabilità.* ***3.*** *La «prova privilegiata» e l'intesa anticompetitiva sulle fideiussioni omnibus.*

1. *Il carattere fondamentale della distinzione tra pubblico e privato nel diritto antitrust europeo*

Il titolo del presente convegno "Diritto civile e tutela del mercato" evoca la natura complessa della reazione all'offesa contemplata dall'ordinamento[1]. Concentrando l'indagine sul diritto della concorrenza, la violazione del diritto *antitrust* innesca, quindi, l'azione pubblica, volta alla punizione degli autori (c.d. *public enforcement*) e l'azione privata, tesa alla tutela delle vittime (c.d. *private enforcement*)[2].

Quest'impostazione riflette la bipartizione tra diritto pubblico e diritto privato tramandataci dall'esperienza giuridica moderna dell'Europa continentale ed è significativo che, nel sistema di tutela contro le violazioni della concorrenza, l'Unione europea abbia dato seguito a una tale visione regolativa dei

1. Al riguardo cfr. sin d'ora C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 1 ss.; nonché, con stretta aderenza ai temi analizzati nel presente convegno, F. Denozza, *Il mercato, e la sua tutela, tra diritto privato "relazionale" e diritto privato "regolatorio"*, in *Accademia*, 2024, pp. 127 ss.

2. Sul punto la letteratura è vastissima, ci si limita pertanto a segnalare i contributi raccolti in Aa.Vv., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri e A. Zoppini, Il Mulino, Bologna, 2010; nonché quelli di M. Ricolfi, *Antitrust*, in *Diritto industriale*, II, in *Tratt. Cottino*, II, Cedam, Padova, 2001, pp. 766 ss., pp. 785 ss.; M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffré, Milano, 2014, pp. 57 ss., pp. 455 ss.; R. Whish - D. Bailey, *Competition Law*[10], Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 258 ss.

problemi posti dalla c.d. «complessità sociale»[3], rispettando così la diversità giuridico-culturale con il diritto *antitrust* statunitense, il quale privilegia la logica punitiva[4]. In quest'orizzonte concettuale, il c.d. «modello organizzativo»[5] del diritto *antitrust* europeo disciplina il rapporto tra il *private enforcement* e il *public enforcement* secondo il canone della complementarità (reg. n. 1/2003), seguendo un metodo che trova riscontro anche in altri ambiti giuridici: si pensi, limitandoci a un esempio del diritto italiano, alla tutela contro il reato che affida al diritto penale la punizione dell'autore e al diritto privato la protezione della vittima contro il danno scaturito dal reato stesso (artt. 185 c.p. e 2059 c.c.).

Si è voluta ribadire, in estrema sintesi, l'articolazione tra pubblico e privato della tutela contro la violazione della concorrenza, per richiamare l'attenzione sul suo legame originario con la cultura giuridica europea ed esaltare, pertanto, il suo carattere "fondamentale".

Quell'articolazione rappresenta, dunque, il parametro per valutare l'integrabilità nel sistema di ogni soluzione data ai problemi posti dalla concorrenza[6]. In questo senso, risulta significativo che quando si è trattato di coniugare il programma di clemenza (c.d. *leniency programme*) con l'azione risarcitoria in modo da non sacrificare l'effettività di entrambi, il diritto dell'Unione europea ha escluso la soluzione dei *punitive damages*, i quali avrebbero determinato la commistione tra l'azione privata e l'azione pubblica, mediante la torsione del risarcimento verso la punizione dell'autore dell'illecito[7]. D'altro canto, va det-

3. Si tratta della nota espressione di M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Utet, Torino, 2011, *passim*, e v. anche già Id., *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria giuridica sistemica*, Giappichelli, Torino, 1996, *passim*.

4. Per tale impostazione del sistema statunitense cfr. per tutti M. Libertini, *Diritto della concorrenza*, *cit.*, pp. 13 ss.

5. Così M. Libertini, *Diritto della concorrenza*, *cit.*, pp. 62 ss., il quale ha ribadito tale configurazione del diritto *antitrust* europeo nella relazione introduttiva al presente convegno, per la quale v. Id., *Diritto civile e tutela del mercato. Il rapporto tra pubblico e privato: la complementarità fra* public *e* private enforcement *nel diritto* antitrust, in *Accademia*, 2024, pp. 45 ss.; nonché in questo *Volume*.

6. In questo senso, l'autorevole giustificazione della necessaria complementarità della tutela privata rispetto a quella pubblica con l'esigenza di garantire l'effettiva deterrenza del diritto *antitrust* europeo (cfr. M. Libertini, *Diritto civile e tutela del mercato*, *cit.*, p. 46) sembra prediligere oltremodo il piano dell'effetto di politica economica che sottende a quella scelta, rischiando di offuscare il collegamento detto nel testo.

7. Sul punto, v. il passaggio dal *Libro Verde. Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme*

to che, com'è stato meglio precisato in altra sede[8], anche la scelta legislativa dell'esclusione della responsabilità solidale in favore del beneficiario dell'immunità (art. 11, § 4, dir. 2014/101/UE e art. 9, co. 3, d.lgs. 3/2017) comporta un'evidente forzatura del sistema della responsabilità civile, poiché avviene senza il consenso del danneggiato-creditore, favorendo, peraltro, l'azione pubblica a decremento di quella privata e, quindi, in contrasto con l'obiettivo della dir. 2014/101/UE, la quale ha rappresentato il compimento del lavoro politico-legislativo in materia di concorrenza, volto a incentivare il *private enforcement*.

Tale *fondamentale* sostrato giuridico-culturale del nesso di complementarità tra la tutela privata e l'azione pubblica indica la prospettiva dalla quale viene svolta la presente indagine. Essa riguarda alcune questioni che hanno riacceso la riflessione su quel legame: mi riferisco, nello specifico, alla vicenda relativa alla manipolazione del Euro Interbank Offered Rate (EURIBOR) nel mercato dei derivati[9] e alla portata del provv. 55/2005 della Banca d'Italia, inteso come «prova privilegiata» dell'uniformazione anticompetitiva pianificata dalle banche nelle fideiussioni *omnibus* mediante lo schema ABI del 2003[10].

---

antitrust comunitarie, 19 dicembre 2005, COM(2005) 672 def., 7, Opzione 16, e 10, Opzioni 29 e 30, la cui soluzione prevedeva l'attribuzione della funzione punitiva al risarcimento, al *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, 2.4.2008, COM(2008) 165 def., 3, 7–8, che ha ribadito l'esclusiva funzione compensativa del risarcimento e in questo senso è stata anche la dir. 2014/104/UE (artt. 1, co. 2, e 14).

8. Cfr. A. Montanari, *Il danno* antitrust, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019, pp. 42 ss.

9. Cfr. N. Brutti, *La manipolazione degli indici finanziari: un illecito in cerca di identità*, in *NGCC*, 2013, II, pp. 302 ss.; M. Colangelo - M. Maggiolino, *La manipolazione dell'informazione come illecito antitrust*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, pp. 159 ss.; V. Pisapia, *Note in tema di contratti di mutuo e parametro Euribor*, *ivi*, dicembre 2020; A.A. Dolmetta, *Euribor manipolato e contratti «a valle». Questioni*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, pp. 1 ss.; A. Gentili, *Sulla tutela del cliente nel 'contratto a valle' (il caso Euribor)*, *ivi*, pp. 19 ss.; F. Accettella, *I contratti «a valle» dell'intesa vietata nella vicenda relativa alla manipolazione dell'Euribor*, *ivi*, pp. 53 ss.; G. Guizzi, *Manipolazione dell'Euribor e nullità contratti di finanziamento a tasso variabile: "ci risiamo"!*, *ivi*, pp. 29 ss.; M. Lembo, *La "manipolazione" dell'Euribor: brevi note sulle conseguenze per i contratti di finanziamento ed i derivati di copertura*, in *Contr.*, 2024, pp. 302 ss.; E. Girino, *Manipolazione Euribor fra intese illecite, contratti "a valle" e ripercussioni sui sistemi bancari e finanziari*, in *BeBankers*, 23 aprile 2024; F. Chaves, *Manipolazione del tasso Euribor: contenzioso nazionale e rilievi comparatistici*, in *dirittobancario.it*, luglio 2024; N.M.F. Faraone - A. Parziale, *Affinità/divergenze tra le fideiussioni "omnibus" e le "clausole Euribor": del conseguimento della nullità antitrust*, in *Dial. dir. econ.*, maggio 2024, pp. 1 ss.; A. Montanari, *Manipolazione dell'EURIBOR nei derivati: brevi note a partire dalla Corte d'Appello di Roma n. 6582/2023*, in *Accademia*, 2024, pp. 577 ss.

10. Su cui cfr., con specifico riferimento alla questione della prova privilegiata, S. Bastianon, *La fideiussione* omnibus *e la responsabilità della banca tra illeciti* antitrust *«a monte» e contratti a*

2. *La tutela privata a seguito dell'intesa illecita sull'EURIBOR nel mercato dei derivati: aspetti critici*

La vicenda giudiziale, legata alla manipolazione dell'EURIBOR, muove dall'intesa illecita accertata dalla Commissione europea tramite il procedimento «AT.39914 – Derivati sui tassi di interesse in euro»[11]. L'EURIBOR rappresenta il parametro o l'indice di riferimento (c.d. *benchmark*) per la determinazione del tasso d'interesse nei singoli rapporti obbligatori. Esso viene elaborato muovendo dal tasso medio cui un gruppo di istituti bancari (c.d. *panel banks*) di primaria rilevanza (attualmente 19, al tempo dell'intesa 44) fornirebbe credito privo di garanzie ad altre banche di pari livello, calcolato giornalmente alle ore 11 del mattino a diverse scadenze (1, 2 settimane, 1, 2, 3, 6, 9, 12 mesi). Il tasso in parola viene trasmesso e gestito, poi, dalla European Money Market Institution (EMMI) (https://www.emmi-benchmarks.eu/) e, al tempo dell'intesa sopra menzionata, dalla European Banking Federation (EBF). Di qui, l'indice di riferimento viene comunicato al mercato: la gestione dell'EURIBOR da parte dell'EBF era governata da un codice di condotta, approvato dalla European banking industry il 15 dicembre del 1997[12]. L'attività dell'EMMI trova disciplina, invece, nel reg. (UE) 2016/1011 (c.d. regolamento *Benchmark* o BMR), in quanto «amministratore» dell'indice di riferimento: ossia la «persona fisica o giuridica che ha il controllo della fornitura di un indice di riferimento» [(art. 3, § 1, n. 6)]. In forza di quel regolamento, l'amministratore è munito di poteri di controllo tesi alla salvaguardia dell'integrità e l'affidabilità degli indici di

«valle», in *Resp. civ. prev.*, 2020, pp. 702 ss.; A. Montanari, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21*, in *Foro it.*, 2022, pp. 532 ss.; E. Camilleri, *La prova privilegiata «sbiadita» e le ambizioni frustrate delcontraente a valle. Spunti per una presunzione legale* iuris tantum, in *Foroplus*, 2023; M. Libertini, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *ODC*, 2022, pp. 31 ss.; E. Panzarini, *Ancora sulla nullità parziale delle fideiussioni* omnibus *redatte in conformità allo schema ABI 2003: questioni rimaste irrisolte*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, pp. 67 ss.

11. La documentazione e l'*iter* storico del procedimento in parola sono reperibili su Internet all'indirizzo della Direzione Generale Concorrenza della Commissione europea: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm.

12. *EBF Euribor Code of Conduct*, disponibile su Internet all'indirizzo https://www.sorgentone.com› app › download.

riferimento (artt. 4 ss.) che vengono trasmessi al mercato creditizio[13].

L'intesa illecita accertata dalla Commissione europea riguarda la condotta collusiva di alcune banche espletata nel mercato dei «Derivati sui tassi di interesse in euro» (EIRD), la quale ha generato la manipolazione dell'indice EURIBOR, per alterare, in favore del proprio portafoglio clienti, i tassi d'interesse dei derivati[14], di cui l'EURIBOR costituiva una componente insieme all'Euro OverNight Index Average (EONIA, le cui pubblicazioni sono cessate in tempi recenti)[15]. Più nello specifico, quella condotta ha preso corpo nello scambio d'informazioni «with the objective of coordinating and/or fixing pricing components of EIRDs.»[16], per assecondare le strategie di mercato delle singole banche. Tutto l'inverso, quindi, di quanto avviene nel mercato competitivo, secondo il quale ciascun operatore economico esercita la propria attività sulla scorta di decisioni effettuate in maniera indipendente[17]. L'intero apparato argomentativo della decisione in esame, nonché il suo esito sanzionatorio, risulta focalizzato sul mercato dei derivati, il quale segna, pertanto, il perimetro dell'illecito: quel che viene considerato dalla Commissione europea non è, sia chiaro, la manipolazione dell'EURIBOR di per sé, bensì è la sua propedeuticità alla distorsione della concorrenza nello specifico mercato dei derivati.

Le decisioni della Commissione europea hanno ingenerato così l'azione privata dei soggetti danneggiati, ma la giurisprudenza che si è formata sul punto solleva più di un dubbio in relazione al confine tra la dimensione privatistica e quella pubblicistica della reazione contro la violazione del diritto *antitrust*.

2.1. Il disallineamento della tutela privata rispetto all'azione pubblica

Il rapporto tra il *private enforcement* e il *public enforcement* è stato posto in crisi dai giudici che hanno considerato alcuni contratti di finanziamento come

13. Per una chiara analisi del procedimento di formazione dell'EURIBOR v. A. Parziale in N.M.F. Faraone - A. Parziale, *Affinità/divergenze*, *cit.*, pp. 1 ss.

14. Cfr. emblematicamente Comm. UE, dec. 7 dicembre 2016, AT.39914, § 395.

15. Cfr. Comm. UE, dec. 7 dicembre 2016, *cit.*, § 388.

16. Comm. UE, dec. 7 dicembre 2016, *cit.*, § 357.

17. Comm. UE, dec. 7 dicembre 2016, *cit.*, §§ 378 ss.

attuativi dell'intesa anticompetitiva accertata dalla Commissione europea: nonostante la rilevanza giuridica dell'illecito *antitrust* fosse stata identificata nell'alterazione degli indici di riferimento impiegati nei contratti derivati[18], la Cassazione n. 34889/2023 e altre pronunce di merito[19] hanno qualificato come illecito il tasso d'interesse contemplato dal *leasing*, la prima, e dal mutuo, le seconde. Questa soluzione è risultata, d'altra parte, in contrasto con un nutrito orientamento giurisprudenziale[20], motivando la rimessione della questione alle Sezioni unite della Corte di Cassazione[21].

Il disallineamento della tutela privata rispetto all'azione pubblica risulta di tutta evidenza dal passaggio nel quale la Cassazione n. 34889/2023 stigmatizza la mancata considerazione da parte di giudici di merito della decisione della Commissione europea sui tassi d'interesse nei derivati come «prova privilegiata», a supporto dell'azione per la nullità e per la rideterminazione del tasso d'interesse previsto dal contratto di *leasing* oggetto della controversia. Secondo i giudici di legittimità, la nullità di tale contratto andava dichiarata, infatti, in forza del divieto di cui all'art. 2 l. n. 287/1990, il quale riguarda «qualunque contratto o negozio a valle che costituisca applicazione delle intese illecite concluse a monte»[22]. D'altronde, gli stessi giudici, sebbene utilizzino

18. Al settore del mercato dei derivati è rivolto, infatti, anche il raffronto, mirato a corroborare la dimostrazione dell'illecito, tra la condotta tenuta dalle banche partecipanti e quella ipotetica che le stesse avrebbero esercitato, là dove la concorrenza non fosse stata alterata: cfr. Comm. UE, dec. 7 dicembre 2016, *cit.*, § 446.

19. Cfr. Cass., 13 dicembre 2023, n. 34889, in *Foroplus*, 2024, con nota di S. Pagliantini - D. Santarpia, *Un'*aberratio ictus *bella e buona: Euribor manipolato e nullità parziale dei contratti indicizzati*; App. Catanzaro, 18 gennaio 2024, n. 67; App. Cagliari, Sez. dist. Sassari, 18 gennaio 2024, n. 41; App. Cagliari, Sez. dist. Sassari, 8 settembre 2022, n. 260.

20. Cfr. Trib. Milano, 21 febbraio 2024, n. 2221; Trib. Torino, 29 gennaio 2024; Trib. Livorno, 29 gennaio 2024, n. 160; App. Roma, 13 ottobre 2023, n. 6582, con nota di A. Montanari, *Manipolazione*, *cit.*, pp. 577 ss.; App. Roma, 10 ottobre 2023, n. 6472; App. Lecce, sez. Taranto, 6 settembre 2023, n. 350, in *Foroplus*, 2024.

21. Cfr. Cass., ord., 19 luglio 2024, n. 19900, la quale, prendendo le distanze dalla soluzione di Cass., 13 dicembre 2023, n. 34889, *cit.*, ha interrogato le Sezioni unite: *i)* sulla possibilità di considerare i contratti di mutuo come attuativi dell'intesa accertata dalla Commissione relativa ai derivati; *ii)* sul se l'alterazione dell'EURIBOR sia idonea a provocare la nullità della clausola sugli interessi del mutuo, per indeterminabilità dell'oggetto, oppure se quell'alterazione abbia rilevanza quale vizio del consenso «ovvero quale fatto produttivo di danni».

22. Cass., 13 dicembre 2023, n. 34889, *cit.*

correttamente il congiuntivo, facendo implicitamente dipendere la nullità del contratto a valle dall'accertamento della sua natura attuativa rispetto all'intesa illecita a monte, giungono alla scorretta conclusione in senso affermativo di quell'ipotesi rispetto al contratto di *leasing*. L'assunto in parola avrebbe dovuto postulare, infatti, l'accertamento della diversa portata della violazione *antitrust*, accertata dalla Commissione con esclusivo riferimento ai tassi d'interesse nei derivati. Diversamente, i giudici illegittimità hanno esteso *sic et simpliciter* il perimetro di quell'illecito, includendo tra i contratti attuativi dello stesso il contratto di *leasing* oggetto della controversia, senza neppure ipotizzare un tale accertamento o menzionarne l'esigenza nel rinvio per la decisione alla corte del merito[23].

Tutto ciò fa emergere il trattamento giuridico di un contratto come attuativo dell'illecito *antitrust*, rispetto al quale difetta, però, l'illecito *antitrust*. Sul fronte del *private enforcement*, il corollario è un'azione per la tutela giurisdizionale dei diritti priva dell'accertamento dell'offesa cui quella tutela dovrebbe reagire. La Commissione europea ha accertato, infatti, l'intesa anticoncorrenziale di un gruppo di banche, le quali hanno scambiato informazioni, manipolando l'EURIBOR al fine di alterare il normale dispiegamento dei tassi d'interesse nel settore specifico dei derivati. Far derivare da questa decisione l'illiceità del tasso d'interesse del *leasing* esibisce di tutta evidenza un passaggio ulteriore, cui avrebbe dovuto sottendere l'istaurazione, si ripete, di un nuovo accertamento sulla portata dell'illecito *antitrust* di cui si discute.

Viene prospettato, in definitiva, un rapporto tra l'azione pubblica e l'azione privata *follow-on* completamente alieno rispetto a quella contemplato dal diritto della concorrenza dell'Unione europea, con l'effetto di rendere la seconda azione del tutto arbitraria: il legame tra i due procedimenti risulta creato giudizialmente per giustificare la soluzione del caso concreto, *i.e.* la nullità, ma quel legame a livello giuridico non esiste, giacché quella nullità risulta priva del suo presupposto, ossia l'illecito. In punto di metodo, l'analisi svolta dalla Cassazione esibisce un ragionamento che pretende di regolare gli effetti senza

23. Sul punto cfr. anche le critiche di F. Accettella, *I contratti*, *cit.*, pp. 59 ss.; G. Guizzi, *Manipolazione*, *cit.*, pp. 37 ss.

considerare la fattispecie che li produce: si percepisce, in altri termini, l'eco del «metodo c.d. funzionale, laddove la funzione di qualcosa di cui non si sappia precisamente che cosa sia semplicemente non ha senso»[24].

2.2. La responsabilità verso chiunque degli autori dell'intesa

Nell'ambito della vicenda sulla manipolazione dell'EURIBOR, la commistione tra la dimensione privatistica e quella pubblicistica della tutela contro la violazione *antitrust* emerge anche dalla soluzione che abilita la parte del contratto di finanziamento all'azione di responsabilità contro gli autori dell'intesa anticompetitiva[25]. In questo modo, l'azione privata viene resa, infatti, funzionale al soddisfacimento dell'obiettivo dell'azione pubblica: *i.e.* la punizione dell'autore dell'illecito.

La soluzione in discorso rappresenta – va detto – un *déjà-vu* nell'*antitrust private enforcement*: essa muove dalla traduzione del noto adagio, secondo il quale occorre *riconoscere a chiunque il risarcimento* contro la violazione *antitrust*, nella *responsabilità verso chiunque degli autori* dell'illecito, producendo così lo spostamento dell'obiettivo della tutela privata dalla protezione della vittima dell'offesa verso la punizione del suo autore[26]. Nel caso di cui si sta parlando un esempio emblematico della torsione in discorso si trae dalla pronuncia del Tribunale di Torino del 29 gennaio 2024. Quest'ultima riconosce la possibilità dell'azione risarcitoria da parte del contraente che abbia subìto l'alterazione degli interessi in un contratto di mutuo, a seguito della manipolazione dell'EURIBOR, in base all'assunto per cui nella tutela privata *antitrust* il d.lgs. 3/2017 «attribuisce la legittimazione passiva per il "danno causato da una violazione del diritto della concorrenza" (art. 1 d.lgs. 3/2017) *esclusivamente all'autore della violazione* [cors. agg.]». Assunto che collide, però, con il tenore letterale della stessa disposizione richiamata, il quale conferma, invece, la

24. C. Castronovo, *Conclusioni.* Look what they've done to my Song, in *I mobili confini del diritto privato. Atti del Seminario in onore di Salvatore Mazzamuto, Palermo, 9 giugno 2017*, a cura di L. Nivarra e A. Plaia, Giappichelli, Torino, 2017, p. 77.

25. Cfr. rispettivamente G. Guizzi, *Manipolazione*, *cit.*, pp. 29 ss.; Trib. Torino, 29 gennaio 2024.

26. Al riguardo cfr. A. Montanari, *Il danno* antitrust, *passim*.

propedeuticità della tutela privata alla protezione della vittima dell'offesa: «Il presente decreto disciplina [...] *il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno* a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese [cors. agg.]».

Si è al cospetto, dunque, di un'interpretazione della legge che ne tradisce il dato letterale, per procedere alla caratterizzazione in chiave pubblicistica della responsabilità civile e alla correlata evaporazione della sua lettura «secolarizzata»[27]. Quella che corrisponde, peraltro, all'esperienza giuridica moderna e, quindi, ai principi generali comuni degli Stati membri, cui fa riferimento l'art. 340 TFUE, in relazione alla responsabilità aquiliana dell'Unione, e dai quali trae origine il c.d. «diritto privato europeo»[28].

L'epilogo in parola trova un'ulteriore conferma, poi, nel richiamo, sempre del Tribunale di Torino del 2024, alla sentenza della Corte di giustizia europea sulla questione pregiudiziale relativa alla tutela privata conseguente al c.d. cartello degli ascensori (c.d. caso *Kone e a.*[29]). Quest'ultima ha incluso tra i legittimati ad agire per il risarcimento gli acquirenti delle imprese estranee all'intesa, ma le cui operazioni economiche risultavano da quella influenzate in maniera negativa. In quella vicenda la ÖBB Infrastruktur aveva agito contro gli autori dell'intesa anticoncorrenziale, tesa alla ripartizione del mercato degli ascensori e delle scale mobili, per il risarcimento del sovrapprezzo che aveva dovuto pagare per l'acquisto degli ascensori e delle scale mobili presso un rivenditore estraneo all'intesa. Ciò in base all'effetto di «prezzo di protezione» (c.d. *umbrella effect*) generato dall'intesa, la quale aveva prodotto una sorta d'indirizzamento coattivo nella determinazione del prezzo praticato dagli altri concorrenti, sicché gli stessi avevano seguito quello anticoncorrenziale. Sul punto, mentre per i giudici austriaci rimettenti, l'azione difettava della

27. Cfr. C. Castronovo, *Responsabilità civile*, *cit.*, *passim*.

28. Cfr. C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 260 ss. Identifica il «diritto privato europeo» nel grado di uniformazione del diritto privato degli Stati membri, individuandone la legittimazione formale negli artt. 6, § 3, TUE e 340 TFUE, S. Mazzamuto, voce *Diritto privato europeo*, in *Diritto civile*, a cura di S. Martuccelli e V. Pescatore, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. Irti, Giuffrè, Milano, 2011; Id., *Il contratto di diritto europeo*[4], Giappichelli, Torino, 2020, pp. 17 ss.

29. Cfr. Corte di giustizia UE, 5 giugno 2014, C- 557/12, *Kone e a.*, in *Racc. dig.*, 2014.

causalità tra l'intesa e il pregiudizio lamentato, giacché interrotto dalla decisione autonoma dell'impresa terza di praticare il medesimo prezzo delle altre imprese presenti sul mercato, la Corte di giustizia ha affermato, invece, l'incompatibilità dell'art. 101 TFUE con il diritto nazionale di uno Stato membro o con la sua interpretazione che escluda, «in termini categorici, per motivi giuridici, che imprese partecipanti ad un'intesa rispondano civilmente dei danni risultanti dai prezzi che un'impresa terza abbia fissato, in considerazione dell'operato dell'intesa, ad un livello più elevato rispetto a quello che sarebbe stato applicato in assenza dell'intesa medesima»[30]. Un'affermazione preceduta, si badi, da quella secondo la quale deve sempre sussistere la causalità tra la violazione e il danno. Causalità che tuttavia, come emerge dalle Conclusioni dell'avvocato generale, è stata assimilata alla *condicio sine qua non*[31], la quale offre, in realtà, la mera ossatura generale del nesso eziologico, la cui validità va verificata alla luce dei fattori interruttivi emergenti dal caso concreto[32]. In definitiva, La Corte di giustizia ha indicato agli Stati membri la via per configurare una responsabilità civile aliena rispetto alle loro tradizioni giuridiche e funzionale ad appagare l'esigenza di tutela di qualunque consociato contro l'ammanco patrimoniale *naturalisticamente* riconducibile alla condotta anticoncorrenziale.

Il riferimento a tale pronuncia, quindi, per attribuire l'azione risarcitoria a coloro che hanno concluso dei contratti di finanziamento, il cui tasso d'interesse è stato falsato dalla manipolazione dell'EURIBOR, risulta, in primo luogo, non pertinente e pone, in secondo luogo, l'interrogativo se le esigenze dell'*antitrust private enforcement* richiedano di accantonare la responsabilità civile tramandata dall'esperienza giuridica moderna, assecondandone le forzature imposte dal diritto della concorrenza[33]. Sotto il primo profilo, la non

30. Corte di giustizia UE, 5 giugno 2014, C- 557/12, *cit.*

31. Cfr. Avvocato Generale J. Kokott, 30 gennaio 2014, C-557/12, *Kone e a.*, § 33.

32. Cfr. per tutti F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1975, *passim*; Id., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, pp. 1 ss., pp. 141 ss., pp. 201 ss.; C. Castronovo, *Responsabilità*, *cit.*, pp. 358 ss.; F. Piraino, *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 430 ss.

33. Su tale interrogativo v. R. Pardolesi, *Danno antitrust (ancora e sempre) in cerca d'identità*, in *Merc.*

pertinenza è evidente: il caso *Kone e a.* afferiva a un'ipotesi correlata al trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale, mentre la vicenda EURIBOR riguarda una condotta manipolativa che ha alzato ed abbassato l'indice EURIBOR, a seconda della convenienza rispetto ai portafogli clienti dei membri del cartello. Sotto il secondo profilo, a quel quesito ha risposto già il legislatore mediante il richiamo, con riferimento al *private enforcement*, alle regole generali sulla responsabilità civile (art. 14 d.lgs. 3/2017). L'indicazione di ampliamento della legittimazione ad agire deve necessariamente fare i conti, allora, con la configurazione della posizione sostanziale ad essa relativa: i giudici del Lussemburgo enunciano l'obiettivo e lasciano agli Stati membri il compito d'integrarlo nel sistema.

Da questo punto di vista, non è soddisfacente, però, la proposta di un noto autore che nella vicenda legata all'alterazione dell'EURIBOR ha tentato di seguire l'obiettivo di tutela prospettato dalla Corte di giustizia nel caso *Kone e a.* ricorrendo alla responsabilità aquiliana[34]: questa risulterebbe integrata dall'«atto illecito», consistente nella manipolazione dell'EURIBOR, e dal danno ingiusto identificato nella pura perdita patrimoniale correlata al tasso d'interesse illecitamente edulcorato. La soluzione in parola appare poco percorribile per una serie di ragioni: perché, a voler individuare la fattispecie illecita evocata, essa è contemplata dagli artt. 185 e 187-*bis* TUF, introdotti in forza del reg. (UE) n. 596/2014, ed è successiva, dunque, alle condotte accertate dalle decisioni della Commissione, le quali risalgono al periodo tra il 2005 e il 2008; poiché nei confronti di coloro che hanno concluso i contratti di finanziamento è giuridicamente assente la causalità che imputa il pregiudizio agli autori dell'illecito e ciò per il medesimo motivo per cui difetta *mutatis mutandis* nel caso *Kone e a.* Nella vicenda EURIBOR il nesso causale è interrotto, infatti, dal contratto tra il finanziatore e il cliente, dov'è stato inserito il tasso d'interesse parametrato all'indice di riferimento[35]. E, ancora, perché non risulta soddisfatto il requisito dell'«ingiustizia» del danno, il quale va identificato, secon-

conc. reg., 2021, pp. 255 ss.

34. Cfr. G. Guizzi, *op. cit.*, pp. 44 ss.

35. L'assenza della causalità è stata rilevata anche da App. Roma, 13 ottobre 2023, n. 6582, *cit.*

do la lettura più rispettosa del rapporto tra legge e giurisdizione contemplato dall'ordinamento italiano, nella lesione di una situazione giuridica soggettiva; tale non è il mero interesse alla competitività del mercato o, se si preferisce, il c.d. interesse all'integrità del patrimonio[36].

A voler tracciare, allora, le linee per una diversa soluzione, più corrispondente al rapporto tra diritto privato e diritto pubblico, occorre prestare attenzione agli studi che hanno collocato la tutela contro il danno meramente patrimoniale provocato dagli «abusi di mercato» [reg. (UE) n. 596/2014] nell'unico ambito in cui la stessa risulta integrabile nel sistema: l'area della responsabilità contrattuale[37]. Quest'ultima, sulla scorta della moderna rilettura del rapporto obbligatorio come rapporto complesso, è idonea a reagire, infatti, non solo al pregiudizio scaturente dalla violazione dell'obbligo di prestazione, ma anche o solamente a quello provocato dal mancato rispetto dei c.d. obblighi di protezione gravanti sulle parti del rapporto in forza della buona fede (art. 1175 c.c.)[38].

La prospettiva da ultimo richiamata induce a guardare, pertanto, all'elaborazione dell'indice EURIBOR e alla sua comunicazione al mercato. La de-

36. Cfr. C. Castronovo, *Responsabilità*, *cit.*, pp. 111 ss., pp. 299 ss.; e, con specifico riferimento al diritto *antitrust*, A. Montanari, *Il danno* antitrust, *cit.*, pp. 158 ss.

37. Cfr. C. Castronovo, *Responsabilità*, *cit.*, 598 ss., pp. 609 ss.

38. La rilettura di cui si parla nel testo si diparte dagli studi di R. von Jhering, Culpa in contrahendo *oder Schadensersatz bei nichtingen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, Jahrbücher f.d. Dogmatik, 1861, e di H. Stoll, *Abschied von der Lehre von der positiven Vetragsverletzung*, in *Arch. civ. Pr.*, 1932, p. 136, pp. 288 ss., e sulla stessa la letteratura in Italia è smisurata: cfr. tra gli altri E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I. *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, pp. 68 ss.; L. Mengoni, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»* (*Studio critico*), in *Scritti*, II. *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo - A. Albanese - A. Nicolussi, Milano, 2011, pp. 226 ss.; F.sco Benatti, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pp. 1342 s.; Id., *La* culpa in contrahendo *da Rudolf Jhering ai giorni nostri (impressioni e sensazioni)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, pp. 493 ss.; A. di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 408 ss.; C. Castronovo, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma 1990, pp. 1 ss.; Id., *Diritto italiano delle obbligazioni dal codice civile del 1942 a oggi. Profili di una evoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, pp. 601 ss.; S. Mazzamuto, *Una rilettura del* mobbing*: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, *ivi,* 2003, pp. 646 ss.; F. Venosta, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 839 ss.; L. Nivarra, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 45 ss.; F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, pp. 181 ss.; A. Nicolussi, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir. Annali*, VIII, Milano, 2015, 659 ss.; Id., *Responsabilità da contatto sociale qualificato*, in *Enc. dir. I tematici*, VII. *Responsabilità civile*, dir. da C. Scognamiglio, Giuffrè, Milano, 2024, pp. 1076 ss.; A. Iuliani, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, Milano, 2018, pp. 187 ss., pp. 271 ss.; A. Albanese, *Buona fede contratto legge*, in *Eur. dir. priv*., 2021, pp. 31 ss.

terminazione degli indici di riferimento dei tassi d'interesse è stata lasciata per lungo tempo all'autoregolazione delle banche, dando luogo a una delle tante espressioni delle due tendenze di segno opposto che hanno caratterizzato il settore bancario: l'una, legata alla risalente idea dirigistica, che individuava nelle banche le protettrici dell'ordine pubblico economico[39]; l'altra, d'ispirazione marcatamente liberista, che cavalcava l'utopia del mercato che si autoregola[40]. Le vicende inerenti alla manipolazione dell'EURIBOR e, più in generale, quelle relative alla c.d. «crisi del 2008» hanno indotto al recupero dell'idea *lato sensu* dello Stato regolatore, calibrandola sulla realtà del mercato competitivo[41]. Sulla linea di tendenza ora riferita si è posto il regolamento BMR richiamato in precedenza, il quale mira ad assicurare «l'accuratezza e l'integrità degli indici usati come indici di riferimento negli strumenti finanziari e nei contratti finanziari o per misurare la performance di fondi di investimento nell'Unione», favorendo così il corretto funzionamento del mercato e la tutela dei consumatori e degli investitori (art. 1).

Riprendendo il discorso sulla manipolazione allo stato puro, per così dire, dell'indice EURIBOR, il regolamento BMR conduce a evidenziare il ruolo svolto dall'EBF, prima, e dall'EMMI, dopo. Su questo fronte, quel regolamento ha positivizzato l'idoneità della figura dell'amministratore del *benchmark* a suscitare l'affidamento legittimo degli operatori del mercato sull'integrità dell'indice che viene dallo stesso comunicato, ciò perché a quell'amministratore è attribuito il controllo sulle informazioni a lui trasmesse dalle banche del *panel*, i c.d. «fornitori dell'indice di riferimento» [art. 3, § 2, n. 2), reg. BMR]. In forza dell'art. 14, § 1, l'amministratore degli indici di riferimento prevede, infatti, «sistemi adeguati e controlli efficaci volti a garantire l'integrità dei dati allo scopo di essere in grado di individuare e segnalare all'autorità competente le condotte che pos-

39. Per un efficace ricostruzione sul punto cfr. S. Mazzamuto, *I contratti bancari: un'introduzione*, in *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino - S. Cherti, Giappichelli, Torino, 2016, XIII ss.

40. Cfr. F.A. von Hayek, *La confusione nel linguaggio e nel pensiero politico* (1967-1968), in *Nuovi studi di filosofia, politica, economia, storia delle idee*, trad. it. di G. Minotti, a cura di E. Coccia, Roma, 1988, pp. 90 ss.

41. Sull'esigenza di un tale recupero v. S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, pp. 601 ss.

sono comportare la manipolazione o il tentativo di manipolazione di un indice di riferimento, conformemente al regolamento (UE) n. 596/2014».

D'altro canto, la legittimità dell'affidamento nell'operato del gestore dell'EURIBOR appare configurabile anche all'epoca delle condotte manipolative accertate dalla Commissione europea, e quindi antecedentemente sia al reg. (UE) n. 596/2014 sugli abusi di mercato sia al regolamento BMR. Di là dalla rilevanza di illecito attribuita dal primo regolamento alla condotta manipolativa dell'indice (artt. 12 e 15), punita con la pena di cui all'art. 185 TUF e con la sanzione amministrativa di cui all'art. 187-*ter* TUF, la comunicazione di un dato difforme dal reale andamento medio dei tassi d'interesse risultava, sul piano civilistico, già atta di per sé a integrare il difetto dell'informazione trasmessa dall'EBF. Il codice di condotta di quest'ultima, infatti, per un verso, contemplava i requisiti relativi alla comunicazione cui erano tenute le banche componenti il *panel* (art. 6) e, per altro verso, riconosceva allo Steering Committee dell'EBF il controllo della conformità della comunicazione delle banche a quanto stabilito dal codice di condotta stesso (art. 8, co. 4) e il potere sanzionatorio, in caso di mancato rispetto di tali requisiti (art. 9). Sebbene la cogenza di tale codice fosse quella di una c.d. *soft law*, e quindi meramente convenzionale, ciò non può minare, di certo, l'evidente influenza dello stesso nel settore bancario. Anche in assenza del regolamento BMR, l'EBF risultava in grado d'ingenerare, dunque, l'affidabilità delle comunicazioni effettuate dallo stesso al mercato creditizio. Ne segue che i finanziatori danneggiati dalla comunicazione dell'EURIBOR alterato potrebbero invocare la responsabilità del gestore dell'indice di riferimento per violazione degli obblighi di protezione cui lo stesso è tenuto nei confronti dei soggetti cui le informazioni sono rivolte, in forza del ruolo dallo stesso ricoperto all'interno del mercato e a prescindere, quindi, dall'esistenza di un contratto tra i primi e il secondo. Detto altrimenti, si è al cospetto di una forma di responsabilità legata all'inadempimento dell'obbligazione senza prestazione[42] nei confronti di quei soggetti, *i.e.* i finanziatori,

42. Cfr. C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 147 ss.; Id., *Responsabilità civile*, *cit.*, pp. 521 ss. Per una lettura in questo senso della c.d. «speciale responsabilità» dell'impresa

i quali hanno fatto dipendere dall'informazione ricevuta le proprie strategie economiche, sicché il pregiudizio potrebbe consistere, volendo fare un mero esempio, nella perdita della clientela correlata all'aver proposto dei contratti di finanziamento con un tasso in parte non corrispondente al reale andamento dei tassi medi praticati a monte.

Lo scenario muta dopo l'entrata in vigore dei due regolamenti sopra riferiti, ma si tratta di un periodo successivo alle condotte cui si riferiscono le decisioni della Commissione. Il regolamento BMR puntualizza la portata obbligatoria della condotta in cui prende corpo l'obbligazione senza prestazione dell'amministratore dell'indice di riferimento, volta alla salvaguardia dell'integrità dell'indice comunicato agli operatori del mercato creditizio. Diversamente, il reg. (UE) 596/2014 riguarda la reazione pubblicistica contro gli autori dell'edulcorazione dei dati relativi ai tassi d'interesse, alla quale viene attribuita la qualifica di attività di manipolazione del mercato [art. 12, lett. d)], vietata in forza dell'art. 15. La violazione di tale divieto comporta, pertanto, fatte salve le sanzioni penali nel caso in cui il fatto costituisca reato (art. 185 TUF), l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila euro a cinque milioni di euro (art. 187-*ter* TUF). Sul piano delle conseguenze di diritto privato, risulta rafforzato e reso più puntuale il riferimento della responsabilità dell'amministratore nei confronti dei finanziatori: essa si diparte dalla mancata attuazione dei controlli previsti dagli artt. 4 ss. reg. BMR sull'informazione falsa o fuorviante relativa all'indice di riferimento in precedenza comunicatagli e dalla correlata comunicazione di essa al mercato.

2.3. La commistione tra nullità e responsabilità

Il discorso sul pubblico e privato nel diritto della concorrenza stimola un'ulteriore riflessione che trae spunto sempre dalla vicenda EURIBOR e attiene alla distinzione tra nullità e responsabilità nel diritto privato. Quest'ultima non sembra tenuta in considerazione sul fronte delle conseguenze prodotte dall'intesa accertata dalla Commissione europea.

---

dominante, cfr. A. Montanari, *Il danno* antitrust, *cit.*, pp. 313 ss.

Nello specifico, il riferimento è ad alcune pronunce che escludono la nullità dei contratti di finanziamento, sottolineando l'aspetto della mancata partecipazione o della non conoscenza da parte della banca contraente dell'intesa sui derivati accertata dalla Commissione[43]. In questo senso, la Cassazione n. 12007/2024 ha formulato il principio secondo il quale un mutuo, che faccia riferimento all'EURIBOR per la determinazione del tasso d'interesse, può essere qualificato come attuativo dell'intesa accertata dalla Commissione qualora esso venga concluso, sì, «da parti estranee ad eventuali intese o pratiche illecite restrittive della concorrenza dirette alla manipolazione dei tassi», ma venga dimostrata la «conoscenza di tali intese e/o pratiche da parte di almeno uno dei contraenti (anche a prescindere dalla consapevolezza della loro illiceità) e dell'intento di conformare oggettivamente il regolamento contrattuale al risultato delle medesime intese o pratiche»[44].

Il principio ora richiamato investe la prospettiva d'indagine eletta in queste pagine sotto due profili, i quali ne spiegano la non condivisibilità. Anzitutto, viene considerato il mutuo come attuativo dell'intesa accertata dalla Commissione europea, il che espone quella pronuncia alla medesima critica effettuata nei confronti della Cassazione n. 34889/2023. Anche la sentenza del 2024 estende, infatti, la portata dell'accertamento effettuato dalla Commissione europea di là dal mercato dei derivati cui la stessa si riferisce. Tale esito viene raggiunto attraverso il riferimento generico alle intese «dirette alla manipolazione dei tassi». E, tuttavia, come si è già rilevato, non è l'alterazione dell'EURIBOR in sé ad essere stata dichiarata in contrasto con l'art. 101 TFUE, bensì è la sua attitudine a falsare la competizione nel mercato dei derivati. I giudici di legittimità indicano, pertanto, le coordinate per qualificare il mutuo come attuativo di un illecito che non corrisponde a quello accertato dalla Commissione europea.

Passando al secondo profilo, i giudici di legittimità fanno dipendere l'illiceità del contratto, *i.e.* la sua natura attuativa dell'intesa illecita, dalla conoscenza da parte del contraente della pratica anticompetitiva o dall'inten-

43. Cfr. Trib. Livorno 29 gennaio 2024, n. 160; Cass. 3 maggio 2024, n. 12007. *Contra* Cass., 13 dicembre 2023, n. 34889, *cit.*

44. Cass. 3 maggio 2024, n. 12007, *cit.*

to di conformarvisi. L'affermazione risulta, però, inconciliabile con le tutele contrattuali e trasforma, quindi, la tutela privata *antitrust* in altro rispetto al sistema nel quale dovrebbe integrarsi. Emerge la confusione tra la dimensione pubblicistica e privatistica di quelle tutele e, quindi, tra i diversi piani sui quali operano la nullità e la responsabilità. La prima trascende lo stato soggettivo dei contraenti e rappresenta una *sanzione*[45] posta a salvaguardia del c.d. «interesse generale»: essa attiene all'ordinamento, la cui reazione è data dall'eliminazione dell'atto negoziale che concreta l'illecito[46]; nel caso che ci occupa il contratto o la parte di esso che dà attuazione alla violazione *antitrust*. La seconda riguarda la protezione del singolo, vittima del contratto invalido, e, in questo senso, la parte che, conoscendo o dovendo conoscere la causa d'invalidità, ha omesso di comunicarla alla controparte è responsabile del danno che quest'ultima ha subìto[47]. Ciò è quanto prevede l'art. 1338 c.c., il quale, nel delineare il

45. Sul piano etimologico il termine di «sanzione» evoca tecniche di tutela d'interessi che trascendono l'interesse del singolo e che appaiono ispirate piuttosto dall'intento pubblicistico del controllo sociale o, meglio, di tutela della collettività: per un *excursus* storico-comparatistico dei significati assunti da quel termine cfr. R. Marra, voce *Sanzione*, in *Digesto. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1998, nn. 1-4. Sul significato di «sanzione» cfr. anche T. Padovani, Lectio brevis *sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Giuffré, Milano, 1985, pp. 55 ss. La prospettiva pubblicistica sottesa alla sanzione appare implicita anche nell'ampia nozione offerta da N. Bobbio, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Utet, Torino, 1969, p. 530, il quale la individua nelle «misure predisposte dall'ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente per porre rimedio agli effetti dell'inosservanza».

46. La nullità sanziona l'inidoneità dell'atto a produrre effetti nell'ordinamento, di qui la nota *querelle* sulla distinzione tra inesistenza e nullità: cfr. T. Ascarelli, *Inesistenza e nullità* (1956), in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, pp. 225 ss.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*[2], Utet, Torino, 1960, rist. corretta, a cura di G. Crifò, ESI, Napoli, 1994, pp. 456 ss.; F. Santoro-Passarelli *Dottrine generali del diritto civile*[7], Jovene, Napoli, 1962, pp. 236 ss.; V. Scalisi, *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffré, Milano, 1971, pp. 322 ss.; Ad. di Majo, *La nullità*, in *Il contratto in generale*, VII, in *Tratt. Bessone*, XIII, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 49 ss.; M. Mantovani *e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo*, IV. *Rimedi*[2], 1, a cura di Gentili, Milano, 2023, pp. 18 ss.; A. Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, I[3], a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, in corso di pubblicazione e che si è potuto leggere per gentile concessione dell'Autore, n. 13. Critico: F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, in *Foro italiano*, Roma, 1940, pp. 408 ss., pp. 413 ss., secondo il quale la nullità equivale all'inesistenza giuridica dell'atto.

47. La regola richiamata nel testo rappresenta uno dei pochi tratti di emersione sul piano legislativo dell'«invalidità», cui la dottrina prevalente attribuisce valenza sistematica, rappresentando la categoria dogmatica cui vanno ricondotte le *species*, queste sì positivamente disciplinate, della nullità e dell'annullabilità: cfr. per tutti G.B. Ferri, *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, in *Il contratto in generale*, VII, in *Tratt. Bessone*, XIII, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 3 ss., pp. 16 ss.; V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*,

rapporto tra invalidità e responsabilità, rivela che può esistere la prima senza la seconda, contemplando, implicitamente, l'ipotesi in cui il contratto sia invalido e le parti ignorino la causa dell'invalidità, e non ricorra, quindi, la loro responsabilità[48]. Stando dunque alla sobrietà di un diritto privato che distingue, la tutela contrattuale pone, da un lato, la questione dell'illiceità da cui dipende la nullità e, dall'altro lato, la conoscenza o la conoscibilità di essa che genera la responsabilità per la sua omessa comunicazione. In quest'orizzonte concettuale, la Cassazione n. 12007/2024 riscrive, pertanto, il rapporto invali-

Giuffré, Milano, 2011, pp. 126 ss.; M. Mantovani, *Le nullità*, *cit.*, pp. 24 ss.; A. Gentili, *Le invalidità*, *cit.* *Contra* N. Irti, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, pp. 1053 ss.

48. Così C. Castronovo, *Patologie contrattuali invalidità e risarcimento*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, p. 36. Di tutto ciò è consapevole M. Libertini, *I contratti*, *cit.*, pp. 22-23; Id., *Diritto civile e tutela del mercato*, *cit.*, p. 61, il quale nega di conseguenza la nullità dei contratti a valle dell'illecito *antitrust*, poiché si tratta di «atti illeciti *ex uno latere*» e nel nostro ordinamento la consapevolezza unilaterale dell'illecito non riveste efficacia invalidante del contratto oppure vi incide, ma con effetti diversi dalla nullità. E la conferma di ciò si rinviene nella disciplina del motivo illecito, il quale produce la nullità solo se comune a tutti i contraenti (artt. 1418, co. 2, e 1345). Quest'opinione risulta comunque non condivisibile, però, giacché pone la nullità dei contratti attuativi dell'intesa su un piano che non gli compete: tale nullità non attiene agli aspetti soggettivi dei contraenti, ma esprime piuttosto, come si dice nel testo, la forma di tutela superindividuale posta a presidio dell'ordine pubblico economico, la quale reagisce al carattere illecito di quei contratti, sancendone l'irricevibilità totale o parziale da parte dell'ordinamento. E quest'assunto non mi pare possa essere superato tramite la considerazione secondo la quale per parlare, ad esempio, della nullità delle fideiussioni *omnibus*, nella parte in cui risultano attuative dello schema ABI dichiarato anticompetitivo, occorrerebbe che fra le prestazioni contemplate dal contratto di fideiussione, vi sia «quella dell'obbligo a rispettare gli accordi di cartello "a monte")» (M. Libertini, *I contratti*, *cit.*, p. 18, nt. 4). Una tale previsione non risulta, infatti, necessaria, poiché l'illiceità della prestazione – *i.e.* dell'oggetto del contratto – deriva dalla sua propedeuticità a raggiungere lo scopo vietato dalla norma imperativa: la fideiussione *omnibus*, contemplando le clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI 2003, concretizza l'uniformazione contrattuale dichiarata in contrasto con l'art. 2 l. 287/1990 (cfr., in relazione ai contratti attuativi dell'intesa illecita, C. Castronovo, Antitrust *e abuso di responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2004, p. 473; A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 258 ss.; A. Viglianisi Ferraro, *Diritto* antitrust *e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. "contratti a valle". Un problema ancóra aperto*, pp. 301-302; A. Montanari, *Il danno* antitrust, *cit.*, pp. 245 ss.). In quest'ottica, va condivisa la lettura che chiarifica la portata normativa dell'art. 1418 c.c. nel senso che: il riferimento alla contrarietà alle norme imperative (comma 1°) sanziona la violazione del divieto di elaborazione di contratti pattuiti dalle parti proprio in considerazione dei loro effetti; la nullità per illiceità della causa o dell'oggetto (comma 2°) sostanzia una norma c.d. ordinativa, la quale non vieta gli effetti del contratto, ma individua i requisiti che consentono a quest'ultimo di produrli: così A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 203 ss., pp. 279 ss.; Id., *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 530, che muove dallo studio di A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it. di A. Levi, Cedam, Padova, 1951, pp. 20 ss.

dità-responsabilità sia perché fa dipendere la prima dal presupposto della seconda, sia perché fa compiere alla responsabilità da contratto invalido un balzo indietro nel tempo, assimilandola all'*actio de dolo* del diritto romano. E, infatti, l'art. 1338 c.c. pone la responsabilità per violazione dell'obbligo di informazione circa l'invalidità del contratto in capo alla parte che era tenuta a conoscerla e non solo alla parte che ne era consapevole, con ciò superando la prospettiva romanistica che la attribuiva, invece, soltanto alla seconda[49].

A voler portare su dei binari percorribili il discorso della Cassazione n. 12007/2024 sulla nullità dei contratti di finanziamento, in ragione della mera manipolazione dell'indice di riferimento del tasso d'interesse, si potrebbe tentare il richiamo dell'art. 15 reg. (UE) 596/2014. Quest'ultimo stabilisce il divieto di manipolazione del mercato, che consiste nella «trasmissione di informazioni false o fuorvianti o la comunicazione di dati falsi o fuorvianti in relazione a un indice di riferimento (benchmark)» [(art. 12, lett. d)]. E, tuttavia, l'alterazione dell'EURIBOR che ha dato vita all'intesa sui derivati risale al 2005-2008, sicché risulta preclusa la strada della nullità per contrasto con la norma ora riferita. Ciò non già in ragione, sia chiaro, della sua incompatibilità con la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento[50], bensì perché si tratterebbe di un'ipotesi di nullità sopravvenuta non integrabile nel sistema: posta la configurabilità di quest'ultima, in relazione agli atti negoziali successivi alla legge dalla quale dipende, risulterebbe impossibile, viceversa, attribuirle carattere retroattivo, là dove ciò non venga previsto dalla legge stessa. La nullità sopravvenuta rende, sì, attuale la situazione giuridica corrispondente a quella che vi sarebbe stata in caso d'invalidità originaria, ma il suo effetto

49. Per quel che rileva in questa sede, l'*actio de dolo* si riferiva alla «condotta volutamente orientata ad arrecare danno mediante il contratto, di cui sia nota a una parte l'invalidità, nel momento in cui l'altro contraente è indotto da tale condotta a una stipulazione che altrimenti non farebbe»: C. Castronovo, *Patologie contrattuali*, *cit.*, p. 35.

50. L'art. 15 Reg. (UE) 596/2014 rappresenta sia una norma imperativa di comportamento, là dove vieta l'attività contemplata dall'art. 12, lett. *d)*, sia una norma imperativa di validità, in relazione alla previsione contrattuale del tasso d'interesse manipolato: per un'argomentazione simile, svolta in relazione all'art. 3 l. 287/1990, v. A. Albanese, *Contratto mercato*, *cit.*, 88 ss., 263; nonché, in relazione al divieto di abuso di dipendenza economica, G. D'Amico, voce *Nullità non testuale*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Giuffré, Milano, 2011, p. 809).

ex tunc, se privo di un supporto normativo, determinerebbe una compressione dell'autonomia privata inaccettabile[51].

3. *La «prova privilegiata» e l'intesa anticompetitiva sulle fideiussioni omnibus*

Il rapporto tra l'azione pubblica e la tutela privata contro la violazione *antitrust* risulta coinvolto anche dalla vicenda inerente all'intesa sulle fideiussioni *omnibus*, il cui carattere illecito è stato dichiarato con il provv. 55/2005 della Banca d'Italia, la quale ha rivestito il ruolo di Autorità garante del mercato creditizio fino al gennaio 2006. Sul fronte della tutela privata *antitrust*, le Sezioni unite n. 41994/2021 hanno dichiarato la nullità delle fideiussioni *omnibus* nella misura in cui risultino attuative dell'intesa: ossia dell'accordo di uniformazione contrattuale - lo schema ABI 2003 - con specifico riferimento alle clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8[52].

Nell'ambito della tutela giurisdizionale, la questione ha riguardato, allora,

51. Con riferimento alla vicenda legata all'intesa sui derivati, l'unica nullità prospettabile è quella dei contratti derivati attuativi di tale intesa, in forza dell'art. 2 l. 287/1990: cfr. A. Montanari, *Manipolazione dell'EURIBOR*, *cit.*, pp. 588 ss.

52. Cfr. Cass. S.U., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, 2022, I, pp. 499 ss., con nota di A. Palmieri-R. Pardolesi, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*; S. Pagliantini, *Fideiussioni « omnibus » attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale e il « filo » di musil*; A. Montanari, *Nullità dei contratti*, *cit.*; C. Romano, *Quale destino per le fideiussioni « omnibus » a valle di intese anticoncorrenziali?*; *ivi*, pp. 1309 ss., G. D'Amico, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*; *ivi*, pp. 1318 ss., S. Bastianon, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21: "the dark side of the moon"*; in *Giur. it.*, 2022, pp. 1832 ss., con nota di M. Santucci, *Fideiussioni bancarie anticoncorrenziali: lo statuto della nullità antitrust tracciato dalle Sezioni unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, pp. 309 ss., con nota di M.S. Maisano, *La sofferta dialettica tra contratto e diritto* antitrust *nella prospettiva del c.d.* private enforcement. Su tale pronuncia v. anche D. Russo, *Fideiussioni* omnibus *a valle di illecito anticoncorrenziale e rimedi civilistici*, ESI, Napoli, 2022; Aa.Vv., *Fideiussioni* omnibus *e intesa* antitrust*: interferenze e rimedi*, in *Ianus. Diritto e finanza*, 26, 2022; A. Barba, *Organizzazione dell'attività di impresa e nullità parziale del contratto a valle di intese vietate*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, pp. 654 ss.; E. del Prato, *Illecito e rifiuto di esecuzione di clausole contrattuali: un altro rimedio in forma specifica contro l'abuso di autonomia?*, *ivi*, pp. 665 ss.; A. Montanari, *Sulla tutela privata* antitrust *dopo le Sezioni unite n. 41994/2021*, *ivi*, pp. 682 ss.; C. Scognamiglio, *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina* antitrust*: il problema dei rimedi*, *ivi*, pp. 694 ss.; M. Libertini, *I contratti*, *cit.*, pp. 13 ss.; A.A. Dolmetta, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'« urgenza della tutela reale; la « qualità » della tutela reale*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, pp. 1 ss.; E. Minervini, *fideiussione* omnibus *ed intesa antitrust: la sentenza delle sezioni unite n. 41994 del 2021*, in *Pers. merc.*, 2023, pp. 65 ss.; E. Panzarini, *Ancora sulla nullità*, *cit.*, pp. 53 ss.

la portata probatoria da riconoscere al provv. 55/2005: se esso possa costituire c.d. «prova privilegiata» dell'intesa in relazione, non solo alle fideiussioni *omnibus* concluse durante il periodo oggetto dell'istruttoria della Banca d'Italia (2002-2005), ma anche in relazione a quelle precedenti e successive. Sul punto, le Sezioni unite del 2021 hanno accolto in *obiter dictum* l'orientamento che qualifica il provv. 55/2005 della Banca d'Italia come «prova privilegiata», ingenerando il quesito se in tal modo i giudici di legittimità abbiano implicitamente risolto l'interrogativo appena riferito. In senso affermativo potrebbe indurre sia il riferimento della pronuncia a delle fideiussioni del 2004 e del 2006, sia il silenzio delle stesse sulla possibilità di una valenza temporale limitata della peculiare attitudine probatoria rivestita dal provv. 55/2005.

Il problema si è posto con particolare riferimento alle fideiussioni *omnibus* concluse dopo il provv. 55/2005[53], relativamente alle quali alcune decisioni hanno richiesto la prova del perdurare dell'uniformazione contrattuale. In questa direzione è, ad esempio, la Cassazione n. 30818/2018 secondo la quale, siccome quel provvedimento collega l'illiceità delle clausole ABI alla loro uniforme applicazione, la prova di quest'ultima ricade sull'attore, quale elemento costitutivo della sua pretesa[54]. Nello stesso senso è anche il Tribunale di Milano n. 7407/2020, il quale appare peraltro contraddittorio, poiché, da un lato, riconosce la qualifica di prova privilegiata al provv. 55/2005 e, dall'altro lato, afferma che la mera ricorrenza delle clausole analoghe a quelle stigmatizzate dal provvedimento non è sufficiente a dimostrare il loro legame con l'intesa accertata 7 o 8 anni prima, sicché risulta necessaria la dimostrazione della loro adozione da parte delle altre banche[55]. Al cospetto di quest'ultima pronuncia

53. In relazione alle fideiussioni antecedenti sembra fugare ogni dubbio, invece, Cass., ord., 12 dicembre 2017, n. 29810, *cit.*, § 12, nonché il provv. 55/2005, che parla di prassi bancaria preesistente rispetto allo schema ABI (§ 49) (in questo senso è anche ABF coll. coord. 29 dicembre 2022, n. 16511). Di contro, non sono mancate pronunce di merito secondo le quali la necessità per la parte che contesti la validità della fideiussione di dimostrare l'esistenza dell'intesa "a monte": il punto viene riportato da L. Mariconda, *Sulla rilevanza del provvedimento della Banca d'Italia in tema di fideiussioni* omnibus *su schema ABI: da prova privilegiata a* probatio diabolica?, in *DPCIeC*, 2023, pp. 966-967.

54. Cass. 28 novembre 2018, n. 30818, § 1.1., cui aderisce S. Bastianon, *La fideiussione* omnibus, *cit.*, p. 703.

55. Trib. Milano 19 novembre 2020, § 12. E v. anche Trib. Milano 14-20 luglio 2022; Trib. Milano 19

verrebbe da chiedersi, allora, il provvedimento di cosa costituisca *prova privilegiata*. La limitazione temporale della portata probatoria del provvedimento in discorso è stata affermata, inoltre, anche dal Collegio di coordinamento dell'ABF del 2022[56], secondo il quale per acclarare la nullità delle fideiussioni in parola non basta «la mera produzione del contratto di fideiussione contenente clausole analoghe a quelle dello schema ABI censurato». Essa non permette, infatti, «di ritenere provato né che l'intesa anticoncorrenziale accertata da Banca d'Italia nel 2005 fosse perdurante al momento della stipulazione della fideiussione contestata (e ciò tanto più la stipulazione della fideiussione si allontani nel tempo rispetto all'anno 2005, potendosi viceversa presumere che in prossimità di quell'anno i modelli contrattuali fossero ancora frutto della intesa sanzionata, ma successivamente sempre in misura minore o nulla), né che l'utilizzo di tali clausole sia l'effetto di quella specifica intesa accertata da Banca d'Italia all'epoca piuttosto che espressione della convenienza dell'utilizzo di clausole di analogo tenore – di per sé non contrario a norme imperative – per la parte predisponente le condizioni generali di contratto»[57].

L'orientamento ora richiamato non è soddisfacente, però, poiché risulta poco conciliabile con il percorso dell'Unione europea, recepito dagli Stati membri, volto ad aumentare l'effettività e la deterrenza del diritto *antitrust*, agevolando il *private enforcement*, nell'ambito del quale le azioni *follow-on* rivestono un ruolo determinante[58]. In questo contesto, la marcata attitudine probatoria - attribuita alle decisioni dell'Autorità garante o a quelle dei giudici amministrativi che definitivamente le confermano o riformano - muove dalla necessità di coniugare quell'esigenza con il necessario rispetto dei principî che reggono la tutela giurisdizionale dei diritti e, in particolare, l'indipendenza del

gennaio 2022; Trib. Forlì 16 maggio 2022, n. 486; Trib. Pescara 6 marzo 2023.

56. Cfr. ABF coll. coord. 29 dicembre 2022, n. 16511. Per gli orientamenti sul tema dell'ABF v. M. Renna, *Fideiussioni* omnibus *e intesa* antitrust*: nessi, rimedi e prove*, in *Riv. dir. impr.*, 2023, pp. 365 ss.

57. ABF coll. coord. 29 dicembre 2022, n. 16511.

58. In questo senso v. le considerazioni di E. Camilleri, *La prova privilegiata*, *cit.*; M. Negri, *Gli effetti delle decisioni della AGCM nei giudizi civili: analisi di una anomalia necessaria*, in *Accademia*, 2024, pp. 81 ss. e v. anche da Corte di giustizia UE, 20 aprile 2023, C-25/21, *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos*, in *Racc. dig.*, spec. §§ 48 ss.

giudizio civile rispetto alla decisione dell'organo amministrativo. La qualifica di «prova privilegiata» esibisce l'estrema significatività di quelle decisioni nell'accertamento dell'illecito concorrenziale e, quindi, la loro elevata capacità di dimostrare la «sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso», ma anche il loro mero aggiungersi alle altre prove fornite nell'ambito del giudizio civile sia a sostegno di tale accertamento sia in contrasto con lo stesso[59]. Questa soluzione è stata, tuttavia, nientificata dall'art. 7 d.lgs. 3/2017, che stabilisce, privilegiando la necessità di agevolare il *private enforcement* rispetto alla salvaguardia dei principî più sopra richiamati, che la violazione del diritto della concorrenza, constatata da una decisione dell'Autorità garante non soggetta più ad impugnazione o dalla pronuncia passata in giudicato dei giudici del ricorso, va ritenuta come «definitivamente accertata nei confronti dell'autore»[60]. D'altro canto, il dato normativo non ha dissuaso i giudici dal continuare a riconoscere alle decisioni dell'Autorità garante non più che un'elevata attitudine probatoria della violazione accertata e ciò anche con riferimento al provv. 55/2005 della Banca d'Italia[61].

La soluzione della prova privilegiata è risultata, dunque, storicamente più cauta rispetto a quanto auspicato dal legislatore dell'Unione europea a partire dall'art. 16 reg. CE n. 1/2003[62] sino all'art. 9 dir. 2014/104/UE, cui l'art. 7 d.lgs. 3/2017 più sopra richiamato ha dato attuazione. Una maggiore cautela imposta dalla necessità di procedere all'interpretazione del dato legislativo in modo da

59. Così Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, § 1.3, alla quale risale l'attribuzione della qualifica di «prova privilegiata» alle decisioni di cui si sta parlando nel testo.

60. La disposizione ora riferita, sebbene si riferisca testualmente alle decisioni sul risarcimento, va intesa in senso ampio inclusivo di qualsivoglia decisione dell'Autorità garante che accerta la violazione della concorrenza. L'interpretazione restrittiva originerebbe, infatti, corollari insostenibili e, soprattutto, gravemente contraddittori, nonché un uso puramente opportunistico delle domande risarcitorie: cfr. così M. Negri, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 486; nonché Cass. 22 maggio 2019, n. 13846.

61. Cfr. Cass. s.u., 30 dicembre 2021, n. 41994, § 2.19 ss.; Cass. 22 maggio 2019, n. 13846; Trib. Milano 28 aprile 2020 n. 2637; Trib. Ascoli Piceno 18 gennaio 2024 n. 47.

62. L'art. 16 reg. CE n. 1/2003 impone al giudice civile di non adottare decisioni in contrasto con quelle che la Commissione UE, che è Autorità garante della concorrenza per le violazioni *antitrust* con rilevanza europea, abbia già assunte ovvero sia in procinto di assumere, all'esito di procedimento avviato ma non ancora concluso.

renderlo integrabile nel sistema. Da quest'angolo visuale, però, ed è questo il punto fondamentale del discorso che si sta facendo, la prova privilegiata ha rappresentato, sì, un'attenuazione dell'efficacia normativamente attribuita alle decisioni dell'Autorità garante, ma non ha messo in dubbio, di certo, le esigenze che avevano animato il riconoscimento della forza probatoria in questione: aumentare l'effettività e la deterrenza della tutela privata *antitrust*, incentivando le azioni *follow-on*. Ciò in quanto l'accertamento e la dimostrazione della violazione *antitrust* è oltremodo gravosa per i privati, mentre, a tal fine, l'Autorità garante gode di poteri di gran lunga più invasivi di quelli a disposizione dei privati[63], oltre a disporre di risorse economiche maggiori: da questa prospettiva, addossare ai privati, nell'azione *follow-on*, l'onere di dimostrare la violazione già accertata dall'Autorità, minerebbe in maniera determinante l'effettività e la deterrenza della normativa sul *private enforcement*.

Si è indugiato su questo breve quanto noto *excursus* storico, poiché esso dev'essere tenuto in considerazione nella soluzione del quesito emerso con riferimento al caso delle fideiussioni *omnibus*. In questo senso, l'orientamento che nega la qualifica di prova privilegiata al provv. 55/2005, rispetto alle fideiussioni *omnibus* successive allo stesso, rivela un fondo di verità, ma rischia di sacrificare oltremodo la tendenza legislativa volta a favorire le azioni private nel diritto *antitrust*, incanalata dalla giurisprudenza nell'ossatura costituzionale del processo civile[64] attraverso l'*escamotage* della prova privilegiata. Il fondo di verità risiede nel fatto che le azioni basate sulle fideiussioni *omnibus* concluse di là dal perimetro dell'indagine che sottende al provv. 55/2005 potrebbero, formalmente, non essere qualificate come «azioni *follow-on*», esulando dal periodo temporale dell'analisi di mercato effettuata dalla Banca d'Italia. E, in questo senso, è evidente lo sfasamento tra *public* e *private enforcement* prodotto nella vicenda EURIBOR dalla Cassazione n. 34889/2023, la quale ha qualificato le decisioni della Commissione sui derivati come prova privilegiata rispetto al

63. Per la disamina dei poteri istruttori dell'Agcm, cfr. P. Fattori - M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*[3], Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 381 ss.

64. Al riguardo cfr. G. Parodi, *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust nella nuova disciplina del* private enforcement*. Su alcune questioni di rilievo costituzionale*, in *Contr. e impr.*, 2021, pp. 1140 ss.

tasso contemplato da un contratto di *leasing*[65]. Il caso delle fideiussioni *omnibus* è diverso, però, e questa diversità è messa in risalto da talune specificità inerenti al contenuto del provv. 55/2005 e alle azioni basate sulle fideiussioni *omnibus*, concluse al di fuori dell'arco temporale interessato dall'indagine della Banca d'Italia.

L'esatta individuazione della portata del dispositivo del provv. 55/2005, in forza del quale sono nulle le clausole ABI di cui agli artt. 2, 6 e 8, «nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme»[66], postula la necessaria considerazione del contenuto e soprattutto delle "Conclusioni" del provvedimento stesso. Da quest'angolo visuale, quel dispositivo presuppone, anzitutto, l'accertata idoneità dell'adozione di quelle clausole a ledere la concorrenza, la quale è provocata dall'elevato numero delle banche associate all'ABI che determina una situazione di uniformità contrattuale preclusiva della diversificazione del prodotto offerto nel periodo 2002-2005[67]. Il tenore letterale di quel dispositivo spinge, inoltre, l'accertamento di quell'idoneità al di là del periodo temporale cui si riferisce, ciò per almeno due ragioni: in primo luogo, perché il provvedimento collega l'adozione di quello schema contrattuale a una consolidata prassi bancaria ad esso preesistente, la quale potrebbe essere perpetuata[68], il che ha motivato la nullità di alcune fideiussioni concluse prima del 2002; in secondo luogo, per il modo congiuntivo mediante cui il dispositivo si esprime, il quale consente l'annessione alla violazione della concorrenza dell'ipotetica riproduzione dell'uniformità contrattuale. In questo senso, le fideiussioni *omnibus*, là dove vengano redatte attraverso l'adozione del medesimo schema ABI, cui si riferisce il provvedimento della Banca d'Italia, realizzano presumibilmente la stessa situazione uniformità contrattuale lesiva della concorrenza accertata dal provvedimento stesso nel periodo 2002-2005[69]. Presunzione che

65. Cfr. Cass., 13 dicembre 2023, n. 34889, *cit.* E v. già, con riferimento a un contratto di mutuo, Trib. Roma, ord., 29 settembre 2017, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 316 ss., con nota di G. Calabrese, *Effetti della manipolazione dell'Euribor sul mutuo bancario a tasso variabile.*

66. Banca d'Italia, provv. 55/2005, *cit.*

67. Banca d'Italia, provv. 55/2005, *cit.*, §§ 92-94.

68. Così Banca d'Italia, provv. 55/2005, *cit.*, § 93.

69. Sul punto, M. Libertini, *I contratti*, *cit.*, p. 31, ritiene plausibile l'estensione della portata probatoria

ben potrebbe risultare rafforzata dall'allegazione, accanto alla fideiussione *omnibus* in concreto pattuita e dallo schema ABI del 2003, di ulteriori esempi di fideiussioni *omnibus* concluse nel periodo successivo al provv. 55/2005[70]. Questi esempi possono essere inferiti anche dalla mera analisi della giurisprudenza che si è sviluppata sul tema, la quale rivela, a prescindere dall'esito di ogni singola vicenda, la perdurante adozione da parte delle banche di quello schema, riproducendo, per giunta, numericamente e contenutisticamente le clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8. In quest'ottica, grava, dunque, sulla controparte l'onere di dimostrare il contrario[71], contestando finanche la situazione di uniformità contrattuale, supportata dall'allegazione della progressiva diffusione di modelli contrattuali diversi da quello promosso dall'ABI e, quindi, del mancato riprodursi della medesima portata anticompetitiva rilevata dalla Banca d'Italia nel periodo 2002-2005[72].

Quanto sostenuto avvalora la soluzione della prova privilegiata offerta dalla nostra giurisprudenza sotto un duplice profilo: essa preserva l'autonomia della tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive lese dalla pratica anticoncorrenziale, rispetto alla decisione dell'organo amministrativo, e si concilia con la qualifica di «definitivamente accertata» attribuita a quella decisio-

---

del provv. 55/2005 alle fideiussioni successive allo stesso. «Può ritenersi infatti che, per un effetto inerziale, le condotte uniformi delle imprese continuino anche dopo la cessazione di efficacia della deliberazione associativa che vi aveva dato origine. In una prospettiva sostanzialistica, qual è quella propria del diritto antitrust, non è determinante l'efficacia giuridica della deliberazione associativa, bensì la sua pratica idoneità ad orientare i comportamenti delle imprese associate. Da questo punto di vista, anche una delibera revocata può continuare ad avere, di fatto, una pratica efficacia di orientamento». D'altra parte, il medesimo a. precisa che lo stesso ragionamento non è replicabile per le fideiussioni *omnibus* concluse quindici anni dopo la revoca della delibera ABI. In quest'ultima ipotesi occorrerebbe la prova, pertanto, che si è al cospetto di una concertazione consapevole, sicché l'Autore ritiene probabile che si giunga al risultato secondo il quale «le condizioni di fideiussione siano viste come frutto di una pratica commerciale "spontanea", non mediata da una concertazione consapevole, e come tali non diano luogo ad un illecito antitrust» (*Ibidem*, 33).

70. Cfr. La raccolta, *L'applicazione dello Schema-ABI nelle fideiussioni omnibus dal 2005 al 2019*, in *http://fideiussioninulle.it/sentenze/*.

71. In questo senso v. anche E. Camilleri, *La prova privilegiata*, *cit.*, spec. n. 3; E. Panzarini, *Ancora sulla nullità*, *cit.*, pp. 68 ss.; e già il mio, *Nullità dei contratti*, *cit.*, pp. 528 ss. Sul punto richiama il c.d. principio di vicinanza della prova Trib. Sondrio 12 aprile 2021.

72. Di tale differenziazione parla S. Bastianon, *La fideiussione* omnibus, *cit.*, p. 703, il quale critica perciò il perdurare della situazione accertata dal provv. 55/2005, mentre ammette la presunzione detta nel testo solo per le fideiussioni antecedenti a quel provvedimento (*ibidem*, 702).

ne dall'art. 7 d.lgs. 3/2017, poiché presume la realizzazione in concreto della situazione oggetto della stessa. La prova privilegiata riflette infatti, sì, l'esigenza di rendere maggiormente appetibile il *private enforcement*, ma ciò salvaguardando l'indipendenza del giudizio civile e il diritto di difesa del convenuto. Essa sostanzia, com'è stato chiarito in dottrina, una «presunzione relativa c.d. impropria di formazione giurisprudenziale, il cui effetto è quello di una mera *relevatio ad onere probandi*, idonea ad agevolare la *probatio diabolica* altrimenti incombente sull'attore»[73].

Non appaiono affatto lontane da quanto si sta affermando alcune decisioni, le quali risultano, peraltro, anche più conformi, rispetto all'orientamento opposto, a quanto affermato dalle Sezioni unite del 2021. Il riferimento è, tra le altre, al Tribunale di Milano n. 2637/2020 che, in relazione a una fideiussione del 2008, ha respinto l'argomento secondo il quale «non vi era prova circa la sussistenza di una perdurante intesa anticoncorrenziale, allegando che era inverosimile operare una estensione automatica della nullità alle situazioni negoziali successive all'accertamento del 2005», e ha precisato la necessità di dare rilevanza non tanto all'antecedenza o alla posteriorità delle fideiussioni rispetto al provv. 55/2005, quanto piuttosto alla «coincidenza delle convenute condizioni contrattuali, di cui qui si dibatte, col testo di uno schema contrattuale che potesse ritenersi espressive della vietata intesa restrittiva»[74]. In altre parole: ciò che conta è l'allineamento della fideiussione *omnibus* allo schema ABI 2003. Allineamento che concretizza l'uniformazione contrattuale anticompetitiva pianificata da quello schema.

Il quadro così offerto del contesto nel quale si pone la questione che si sta analizzando trova conforto parziale nella pronuncia della Corte di giustizia europea nel caso *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos*. Nell'ambito di una controversia civile nella quale era stata domandata, da un gestore di una stazione di servizio di carburante nei confronti del fornitore, la nullità dei contratti di fornitura e il risarcimento, a seguito della decisione dell'Autori-

73. M. Negri, *L'efficacia, cit.*, p. 480.

74. Trib. Milano 28 aprile 2020 n. 2637, che segue sul punto Cass. 22 maggio 2019, n. 13846. Nello stesso senso v., più di recente, anche Trib. Ascoli Piceno 18 gennaio 2024 n. 47.

tà garante che aveva sanzionato il secondo per violazione dell'art. 101 TFUE, i giudici di Lussemburgo sono stati interrogati sulla riferibilità dell'effetto vincolante delle decisioni dell'Autorità garante alle azioni civili, non solo risarcitorie, ma anche di nullità. Secondo quei giudici, sebbene la lettera dell'art. 9 dir. 2014/104/UE associ tale effetto solamente al primo di tipo di azioni, la necessità d'incentivare la tutela privata induce a far ritenere presumibile fino a prova contraria l'esistenza della violazione accertata dall'Autorità garante anche nelle azioni di nullità, «a condizione che la natura e la portata materiale, personale, temporale e territoriale delle asserite violazioni oggetto delle azioni intentate dal ricorrente corrispondano a quelle della violazione constatata in detta decisione»[75]. E, ancora, «quando l'autore, la natura, la qualificazione giuridica, la durata e l'estensione territoriale della violazione accertata in questo tipo di decisione e quelli della violazione oggetto dell'azione di cui trattasi coincidono solo parzialmente, gli accertamenti contenuti in una siffatta decisione non sono necessariamente privi di qualsiasi rilevanza, ma costituiscono un indizio dell'esistenza dei fatti cui si riferiscono tali accertamenti»[76].

75. Corte di giustizia UE, 20 aprile 2023, C-25/21, *cit.*, § 63.

76. Corte di giustizia UE, 20 aprile 2023, C-25/21, *cit.*, § 64., ma v. già, con riferimento alla vicenda delle fideiussioni *omnibus*, Cass. 22 maggio 2019, n. 13846: «il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia prima della modifica di cui all'art. 19, comma 11, l. n. 262 del 2005, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante per la Concorrenza, una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano pronunciate». Sul punto, occorre rilevare che il risultato detto nel testo pare obbligato dalla duplice necessità sia di procedere a un'interpretazione della regola che non si arresti al mero dato letterale (cfr. per tutti T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale* (1955), pp. 1179 ss., in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, pp. 69 ss.) sia di non approdare a un risultato interpretativo irragionevole (v. sul punto L. Paladin, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, pp. 899 ss.). L'interpretazione meramente letterale e restrittiva dell'art. 9 dir. 2014/101/UE produrrebbe, infatti, dei corollari evidentemente contraddittori, nonché un uso puramente opportunistico delle domande risarcitorie (così anche M. Negri, *L'efficacia*, *cit.*, p. 486). Il contesto nel quale quella regola risulta inserita impone di considerare, non solo l'esigenza di incentivare il *private enforcement*, ma anche che il riferimento della direttiva al mero risarcimento è l'inevitabile conseguenza dallo scarso rigore dogmatico della legislazione europea, la quale segue un metodo che privilegia gli effetti, sacrificando l'analisi della fattispecie (cfr. il mio, *Il danno* antitrust, *cit.*, 16 ss., pp. 171 ss.). In questo senso, con riferimento ai contratti attuativi delle intese illecite, in un ambito nel quale la decisione dell'Autorità riguarda l'illecito e non già il danno e il nesso di causalità, il quesito che ha investito la Corte di giustizia risulta dogmaticamente comprensibile soltanto nel caso delle azioni civili puramente tese alla nullità, che, in caso d'interpretazione restrittiva dell'effetto vincolante della decisione dell'Autorità, risulterebbero irragionevolmente escluse in favore delle azioni risarcitorie, le quali anche presuppongono, in realtà, la dichiarazione di nullità: quest'ultima deriva dalla prova dell'illecito, data dalla decisione

La pronuncia in discorso sembra far emergere pertanto, da un lato, la sicura influenza della decisione emanata in sede di *public enforcement* sul giudizio civile e, per altro verso, la gradazione dell'effetto vincolante di tale decisione a seconda del livello di coincidenza tra la fattispecie illecita definitivamente accertata dall'organo amministrativo e quella oggetto della tutela giurisdizionale[77]. Alla luce di quanto affermato dalla Corte di giustizia, sembra, dunque, a stretto rigore, che nella vicenda delle fideiussioni *omnibus* si debba attribuire all'accertamento di cui al provv. 55/2005 il valore di mero indizio. E, tuttavia, quest'esito non è condivisibile: l'attribuzione della qualifica di prova privilegiata al provv. 55/2005, rispetto alle fideiussioni *omnibus* concluse prima e dopo lo stesso, rappresenta una soluzione che dà piena rilevanza al tenore di quel provvedimento e che trova riscontro nel fine di privilegiare l'obiettivo legislativo di aumentare l'effettività e la deterrenza del diritto *antitrust*, valorizzando la complementarità tra *public* e *private enforcement*[78]. Da questa prospettiva e alla luce di quanto si è evidenziato più sopra, è davvero poco, infatti, qualificare il contenuto del provv. 55/2005 come meramente indiziario rispetto a fideiussioni *omnibus* concluse, sì, al di là del periodo temporale di quell'accertamento, ma contenutisticamente identiche allo schema contrattuale oggetto dell'accertamento stesso.

Il medesimo obiettivo non appare raggiunto, infine, tramite il riconoscimento in capo alla parte che chiede la nullità parziale della fideiussione *omnibus* della possibilità di proporre l'istanza di esibizione documentale di cui all'art. 210 c.p.c.[79]. Ciò, in primo luogo, perché tale potere assume una funzione

---

dell'Autorità, e il risarcimento viene posto eventualmente in capo alla controparte che conosceva o avrebbe dovuto conoscere la causa della nullità. E, infatti, nella vicenda giudiziale cha aveva dato origine alla questione pregiudiziale erano state proposte l'azione per la nullità dei contratti stipulati con la *Repsol*, sulla scorta dell'accertata violazione dell'art. 101, § 1, TFUE, e l'azione per «il risarcimento del danno asseritamente causato da tali contratti» (Corte di giustizia UE, 20 aprile 2023, C-25/21, *cit.*, § 19).

77. Nello stesso senso v. M. Negri, *Gli effetti*, *cit.*, p. 100.

78. Complementarità che in tal caso si svolge anche sul fronte probatorio: cfr. per tutti M. Tavassi, *Il risarcimento del danno a seguito della direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, a cura di E. Raffaelli, Bruylant-Giuffré, Bruxelles-Milano, 2017, pp. 141 ss.

79. ABF coll. coord. 29 dicembre 2022, n. 16511, che richiama, sul punto, il provvedimento del Trib.

complementare (e non sostitutiva) del corretto adempimento dell'onere probatorio[80] e, in secondo luogo, perché lo stesso potrebbe rivelarsi un'arma assai spuntata, giacché, in forza dell'art. 94 disp. att. c.p.c., l'istanza di esibizione «deve contenere la specifica indicazione del documento o della cosa e, quando è necessario, l'offerta della prova che la parte o il terzo possiede». In altri termini: «chi chiede deve sapere già cosa chiedere»[81].

Milano, 25 gennaio 2022.

80. Il punto viene rilevato dallo stesso ABF coll. coord. 29 dicembre 2022, n. 16511.

81. E. Camilleri, *La prova privilegiata*, *cit.*

SEZIONE II
POTERE DI MERCATO E POTERE CONTRATTUALE: QUALI NESSI, QUALI TECNICHE DI CONTROLLO

LA DIPENDENZA ECONOMICA TRA DINAMICHE CONTRATTUALI E ASSETTI DI MERCATO

Marisaria Maugeri - Giulia Puleio

Sommario: ***1.*** *Cenni introduttivi.* ***2.*** *Le modifiche dell'art. 9.* ***3.*** *Ambito di applicazione dell'art. 9.* ***4.*** *La dipendenza economica.* ***5.*** *Abusi e rimedi.*

1. Cenni introduttivi

L'art. 9 della legge 192 del 1998 vieta l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice[1].

La vicenda che ha condotto all'introduzione di tale espresso divieto nel nostro ordinamento è stata particolarmente articolata e complessa. Essa, infatti, ha preso le mosse da un disegno di legge della XII legislatura che, nel disciplinare la subfornitura, qualificava come abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, alcuni comportamenti posti in essere dai committenti dotati di una posizione di maggiore forza contrattuale rispetto ai subfornitori e pregiudizievoli per questi ultimi[2]. L'Agcm, chiamata

1. Articolo 9, Legge 18 giugno 1998, n. 192, Disciplina della subfornitura nelle attività produttive, in GU del 22 giugno 1998.

2. Articolo 10, testo unificato dei disegni di legge nn. 932 e 1143, disponibile online, https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/45893.pdf: Art. 10, Abuso di dipendenza economica - *1. Alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, sono apportate le seguenti modifiche: a) dopo l'articolo 3 è inserito il seguente: «Art. 3-bis. - (Abuso di dipendenza economica). - 1. È vietato l'abuso, da parte di un'impresa, della posizione di dipendenza economica in cui si trova, nei suoi riguardi, una impresa fornitrice. Si ha dipendenza economica quando il fornitore, nell'ambito di un mercato determinato in relazione alle caratteristiche del prodotto e alle dimensioni dell'impresa, non sia in grado di rivolgersi ad altre imprese. L'abuso può consistere: a) nella sistematica imposizione di clausole contrattuali o di prezzi negli ordinativi tali da assicurare all'impresa più forte ingiustificati vantaggi e, con particolare riferimento ai contratti di subfornitura, tali da addossare al fornitore ogni ordinario onere di stoccaggio ovvero tali da determinare a suo danno gravi e non prevedibili difficoltà organizzative; b) nella vendita a condizioni discriminatorie o nella arbitraria interruzione delle relazioni commerciali in atto»; b) all'articolo 14, comma 1, le parole «articoli 2 o 3» sono sostituite dalle seguenti: «articoli 2, 3 o 3-bis»; c) all'articolo 15, comma 1, le parole «articoli 2 o 3» sono sostituite dalle seguenti: «articoli 2, 3 o 3-bis» e dopo le parole:*

a esprimere pareri sul punto, si era dichiarata più volte contraria all'estensione dell'art. 3 della legge *antitrust*[3]. Il legislatore del 1998 ha accolto l'obiezione dell'Agcm ed ha collocato la norma sull'abuso di dipendenza economica all'interno della disciplina della subfornitura.

L'art. 9 è stato più volte modificato.

In questa sede, seppur in modo sommario, faremo, in primo luogo qualche cenno a tali modifiche. Di seguito proveremo a comprendere come sia stata finora interpretato tale articolo, quali siano le letture che si possono considerare acquisite e quali, invece, i profili maggiormente controversi.

«posizione dominante» sono inserite le seguenti: «o di dipendenza economica». Successivamente, venne proposto il disegno di legge n. 637-B con cui si tentò nuovamente l'introduzione della figura dell'abuso di dipendenza economica. Per una descrizione più approfondita dell'iter evolutivo dell'istituto e un'analisi del testo originariamente proposto, si rinvia a M.R. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1 ss., e specificamente p. 2 - 7; C. Osti, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, 2, pp. 9 ss., e specificamente p. 10 e 11; F. Bortolotti, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni e internazionali*, Cedam, Padova, 1999, pp. 142 ss.

3. *Bollettino* 23/1995, p. 39 ss, disponibile online, https://www.agcm.it/dotcmsDOC/bollettini/23-95.pdf: *La prevista estensione della portata dell'articolo 3 della legge n. 287/1990, contemplata dall'articolo 10 del disegno di legge, desta invece alcune perplessità nell'ottica della tutela del funzionamento del mercato, che inducono ad auspicarne un attento riesame. La necessità di prevedere dei rapporti contrattuali di subfornitura improntati a correttezza ed efficienza, che produce certamente effetti positivi per la concorrenzialità dei mercati, non può essere risolta dilatando in modo innaturale la nozione di abuso di posizione dominante [...]. E' evidente dunque che rapporti di subfornitura non equi, laddove imposti a soggetti che non godono di possibilità economiche di scelta alternativa, possono ricadere, attraverso un'appropriata e contestualizzata definizione del mercato rilevante, nella fattispecie dell'abuso di posizione dominante. Diverso è il caso in cui la non equità si verifichi nell'ambito di rapporti contrattuali di scambio bilaterale nei quali, pur in presenza di uno squilibrio tra le parti, che definisca ad esempio delle posizioni di dominanza relativa, non sia possibile identificare nella parte abusante una posizione dominante secondo il canone sopra descritto. Quindi, ove si ritenga che una normativa che garantisca in senso più ampio una maggiore equità nei rapporti contrattuali di subfornitura - stabilendo principi generali di correttezza, senza con ciò ledere l'autonomia contrattuale delle parti - rappresenti un ulteriore elemento costitutivo di un efficiente funzionamento del mercato, occorrerà identificare, come peraltro avvenuto in altri paesi comunitari, una specifica e distinta fattispecie che corrisponda a propri canoni ermeneutici.* Successivamente, l'AGCM esprime un parere negativo anche rispetto alla possibilità di introdurre l'abuso di dipendenza economica come una figura diversa da quella dell'abuso di dipendenza economica, ma collocandola comunque all'interno della legge n. 287/1990: si veda *Bollettino* 5/1998, p. 15 ss., disponibile online, https://www.agcm.it/dotcmsDOC/bollettini/5-98.PDF. Sul contrasto tra i pareri, si rinvia a: M.R. Maugeri, *Le recenti modifiche sull'abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica*, in *Europa e diritto privato*, 2002, pp. 455 ss., in particolare p. 458; R. Caso, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di potere contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 16, pp. 243 ss., in particolare p. 287 ss; C. Osti, *L'abuso di dipendenza*, *cit.*, p. 18. Una parte della dottrina ha sottolineato la convergenza dei due pareri Agcm espressi rispetto all'esito finale: F. Parmiggiani, *Controllo e dominio nella disciplina antitrust e nella subfornitura*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, 2, p. 209, e specificamente pp. 223 ss.

Non sono trattati *funditus* i temi che saranno affrontati dagli altri Autori. Ci consentiremo solo veloci incursioni al fine di mettere in evidenza i tipi di problemi che si possono porre.

I temi che in questa sede potremo sfiorare (non trattare, dato il doveroso rispetto dei tempi assegnati) sono solo i seguenti:

1. L'ambito di applicazione dell'art. 9;
2. La concretizzazione del requisito di dipendenza economica da parte della giurisprudenza;
3. I differenti tipi di abuso e i rimedi.

2. Le modifiche dell'art. 9

Partiamo dalle modifiche dell'art. 9.

A circa un anno e mezzo dall'emanazione della legge 192, la Commissione Industria, Commercio e Turismo del Senato si è riunita per verificare lo stato di attuazione e di efficacia della stessa, così come era stato previsto in fase di approvazione . In quella sede è emerso che uno dei problemi interpretativi e operativi più controversi riguardava proprio l'abuso di dipendenza economica. In particolare, è stato sottolineato che «*nella impostazione originaria della legge sulla subfornitura, tale fattispecie era destinata ad essere inserita, non a caso, nell'ambito delle disposizioni regolatrici della concorrenza. E ciò sia perché già presente in altri ordinamenti in ambito comunitario (Repubblica federale tedesca e Francia), sia perché appariva evidente come essa si prestasse ad essere attivata, in quanto strumento di tutela, soprattutto d'ufficio da una istituzione terza rispetto ai rapporti di forza delle parti. La configurazione nell'ambito del diritto civile, a cui si è invece pervenuti a seguito dell'indicazione dell'Antitrust, ne comporta l'azionabilità esclusivamente nell'ambito del giudizio civile, ad iniziativa di parte*»[4].

Sembra evidente che il problema delle organizzazioni di rappresentanza delle piccole imprese fosse proprio quello dell'attribuzione della competenza ad un organo che potesse intervenire a prescindere dall'impulso di parte, pena

4. Commissione Industria, Commercio e Turismo (10°) del Senato, seduta di giovedì 20 gennaio 2000.

l'inefficacia dei rimedi.

La volontà di dare risposta alla suddetta istanza è stata perseguita attraverso l'approvazione di un emendamento ad un disegno di legge che disciplinava l'apertura e la regolamentazione dei mercati, e in particolare attraverso l'approvazione del comma 2 dell'art. 11 della legge 5 marzo 2001, n. 57, che ha modificato l'art. 9 della legge introducendo il comma 3-*bis* secondo il quale: «*Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso*»[5].

Subito dopo l'emanazione della legge, in Italia c'era, in vero, stato un vivace dibattito in merito alla possibilità stessa che un abuso di dipendenza economica potesse dar luogo a una lesione della concorrenza e del mercato[6].

È chiaro che alla base del dibattito ci fosse l'adesione a tesi diverse in punto di finalità dell'antitrust.

Non è chiaro se per adesione alla tesi che escludeva l'eventualità che un

5. Articolo 11, comma 2, Legge 5 marzo 2001, n. 57, in GU n. 66 del 20/03/2001.

6. Più precisamente, una parte della dottrina propende per attribuire all'istituto una natura civilistica, leggendo l'istituto in chiave di equilibrio contrattuale: G. Oppo, *I principi*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da G. Buonocore, sez. I, tomo, I, Torino, 2001, pp. 72 ss.; F. Prosperi, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639; G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 21 ss.; E. Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 525. Altri Autori, escludendo il rilievo concorrenziale di ogni abuso di dipendenza economica, individuano la funzione dell'istituto nella tutela di investimenti specifici, che, essendo ormai stati affrontati, privano l'impresa di possibili sbocchi alternativi di mercato l'impresa che li realizza rendendola pertanto dipendente: cfr. R. Pardolesi – R. Caso, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 712; C. Osti, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, I, p. 9; R. Natoli, voce *Abuso di dipendenza economica*, in *Digesto Comm.*, Agg. I, Torino, 2003, p. 2. In una prospettiva diversa, una parte della dottrina attribuisce all'istituto le stesse finalità del diritto della concorrenza M. Libertini, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, pp. 548 ss, e Ead., *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie, in Contratto e impresa*, 2013, 1, pp. 1 ss.

abuso di dipendenza economica potesse dar luogo a una lesione della concorrenza e del mercato o se per ragioni diverse, per molti anni l'Agcm non è intervenuta. Ultimamente, invece, l'autorità ha comminato sanzioni e ha aperto alcune istruttorie[7].

È interessante notare come la lesione alla concorrenza venga dall'Agcm individuata proprio nella diminuzione di concorrenzialità sul mercato dell'impresa abusata. L'autorità ha, infatti, ritenuto che «*l'abuso di dipendenza economica di Poste Italiane nei confronti di S. riveste un carattere pubblicistico in quanto incide sulla concorrenza nel mercato di riferimento… Tale abuso ha infatti portato alla sottrazione e all'esclusione dal mercato di un operatore che avrebbe potuto rifornire gli operatori postali alternativi a Poste Italiane e con riferimento al quale non si può escludere che esso stesso avrebbe potuto costituire un vincolo concorrenziale a livello locale*»[8].

Il TAR Lazio, però, ha contestato questo modo di valutare l'incidenza sul mercato rilevante dell'abuso. Con la sentenza 10044 del 2023, ha, infatti, affermato che l'autorità era incorsa in errore avendo «*reputato sussistente il pregiudizio per la concorrenza in ragione unicamente del rischio di uscita dal mercato di S., senza quindi valutare se l'aggiudicazione della successiva gara ad altra impresa (di analoghe dimensioni) costituisca un'evoluzione concorrenziale del mercato con sostituzione dell'operatore meno efficiente da parte di uno maggiormente in grado di generare valore*»[9].

Ciò che sembra emergere è una sostanziale adesione, da parte del giudice amministrativo, alla tesi secondo la quale la lesione si avrebbe solo quando si

7. Agcm, provvedimento del 26 novembre 2016, n. 26251, con commento di C. Medici, *Abuso di dipendenza economica: la prima volta dell'Autorità*, in Mercato concorrenza *regole*, 2016, 3, pp. 549 ss. Si rinvia anche a C. Carli, *La sanzione Agcm a Poste Italiane per abuso di dipendenza economica: primo passo verso un ritorno al futuro?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2022, 2, pp. 335 ss. Cfr., inoltre, il Provvedimento n. 28043 del 20 dicembre 2019. Nel caso in specie la società M-Dis Distribuzione Media S.p.A. e la sua controllata To-Dis S.r.l. sono state condannate per aver posto in essere un abuso di dipendenza economica consistente nella interruzione arbitraria delle forniture di quotidiani e periodici destinati all'impresa individuale. Cfr., altresì, il provvedimento n. 29782 del 20 luglio 2021, che ha condannato Poste Italiane S.p.A. e il provvedimento n. 30472 del 31 gennaio 2023, che ha chiuso con impegni il procedimento aperto contro Benetton per i rapporti con alcuni rivenditori.

8. Provvedimento n. 29782 del 20 luglio 2021 (Poste Italiane S.p.A.).

9. TAR, Roma, Sez, I, 13 giugno 2023, n. 10044.

possa registrare un uso non efficiente delle risorse economiche idoneo a determinare una restrizione dell'output produttivo.

Questione che riapre il dibattito che ha preceduto l'emanazione della disciplina e su cui altri si soffermeranno in questa sede.

Tornando alle modifiche dell'art. 9, ricordo che l'art. 10, comma 2, della legge 11 novembre 2011, n. 180 «Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese» ha aggiunto, al comma 3-*bis* dell'art. 9, il seguente periodo: «*In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica*»[10].

L'art. 10 ha anche attribuito, (sia) in caso di abuso di dipendenza economica (sia in caso di abuso *tout court*, nell'ipotesi di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231) la legittimazione ad agire anche alle associazioni rappresentate in almeno cinque camere di commercio, al CNEL e alle loro articolazioni territoriali e di categoria[11].

L'art. 33 della Legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), da ultimo, ha modificato l'art. 9 con riferimento alle piattaforme digitali[12].

---

10. Legge 11 novembre 2011, n. 180, Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese in GU n. 265 del 14-11-2011.

11. Il comma 3 dell'art. 10 della legge n. 180/2011 dispone: *La legittimazione a proporre azioni in giudizio, di cui all'articolo 4, comma 1, della presente legge, si applica anche ai casi di abuso di dipendenza economica di cui all'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, come modificato, da ultimo, dal comma 2 del presente articolo*. L'art. 4, comma 1, della stessa legge dispone: *Le associazioni di categoria rappresentate in almeno cinque camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, di seguito denominate «camere di commercio», ovvero nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e le loro articolazioni territoriali e di categoria sono legittimate a proporre azioni in giudizio sia a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti.*

12. Art. 33. (Rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica), Legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021):
1. All'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, sono apportate le seguenti modificazioni:
a) al comma 1 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati»;
b) al comma 2 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Le pratiche abusive realizzate dalle piattaforme

3. *Ambito di applicazione dell'art. 9*

Come ho detto, fra i temi su cui diremo qualcosa c'è anche quello relativo all'ambito di applicazione dell'art. 9.

La maggioranza assoluta della dottrina, facendo leva (fra l'altro) sia sul dato letterale (e cioè sull'uso dell'espressione "cliente" anziché committente), sia sui lavori preparatori, sia sul dato comparatistico, sia sul dato sistematico, ritiene a ragione che la disciplina possa essere applicata anche a rapporti diversi[13].

---

digitali di cui al comma 1 possono consistere anche nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato e nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta, ovvero nell'adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere»; c) al comma 3 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Le azioni civili esperibili a norma del presente articolo sono proposte di fronte alle sezioni specializzate in materia di impresa di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168».

2. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano a decorrere dal 31 ottobre 2022.

3. La Presidenza del Consiglio dei ministri, d'intesa con il Ministero della giustizia e sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, può adottare apposite linee guida dirette a facilitare l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 1, in coerenza con i princìpi della normativa europea, anche al fine di prevenire il contenzioso e favorire buone pratiche di mercato in materia di concorrenza e libero esercizio dell'attività economica. Per i primi commenti alla disciplina, si rinvia a V. Falce, *Rapporti asimmetrici tra imprese e soluzioni pro-concorrenziali*, in *Riv. dir. ind.*, 2021, 4, pp. 189 ss.; M. Libertini, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali*, in *ODC*, 1, 2023, pp. 9 ss; V. Bachelet, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, pp. 39 ss.

13. Cfr., fra i tanti, V. Bachelet, *Abusi "contrattuali" tra imprese: per una rilettura dell'art. 9 della legge sulla subfornitura industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, p. 599; G. Remotti, *Abuso di dipendenza economica: "coordinate minime" su* ratio*, natura e portata del divieto*, in *Il Diritto industriale*, 2018, p. 319; M. Libertini, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e impresa*, 2013, pp. 5 ss.; E. Capobianco, *L'abuso di dipendenza economica oltre la subfornitura*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, pp. 619 ss.; P. Fabbio, *Abuso di dipendenza economica*, in Catricalà-Gabrielli (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli, Utet, 2011, pp. 277 ss.; M.R. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, 2003, pp. 131 ss.; D. Maffeis, *Abuso di dipendenza economica*, in AA.VV., *La subfornitura*, *cit.*, p. 78; A. Palmieri, *Abuso di dipendenza economica: dal «caso limite» alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*, in *Foro it.*, 2002, I, p. 3213; G. Nicolini, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla L. 18 giugno 1998, n. 192*, Giuffrè, 1999, p. 123; R. Caso, *Modello di contratto di subfornitura industriale*, CNA, 1998, p. 25; L. Prati - A. Cardini, *I rapporti di subfornitura*, Ipsoa, 1999, p. 153. *Contra* R. Rinaldi - F.R. Turitto, *L'abuso di dipendenza economica*, in Sposato-Coccia (a cura di), *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, Giappichelli, 1999, pp. 125 ss.; A. Scarso, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust (I parte)*, in *Resp. civ. prev.* 2008, pp. 261 ss. Una parte della dottrina ritiene che la norma possa essere in ogni caso estesa in via analogica in quanto attuativa di principi generali (cfr., M. Libertini, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica*, *op. cit.*, secondo il quale questa tesi «*può dirsi rafforzata dagli interventi recenti del legislatore, che ha disposto l'applicazione diretta della*

La giurisprudenza, seppur con qualche eccezione[14] , in un primo tempo sembrava essere orientata nel senso di escludere l'estensione della tutela a contratti diversi rispetto a quello di subfornitura[15]. Le Sezioni Unite della Cassazione hanno, però, scelto nel 2011 l'interpretazione estensiva, affermando che «*L'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale*»[16].

La giurisprudenza di legittimità sembra successivamente essersi uniformata a quanto stabilito dalle Sezioni Unite[17], anche se si segnala un'affermazione difforme, isolata (e poco chiara) della Terza sezione della cassazione (Cass. civ., sez. III, 13 novembre 2020) che sembra negare la vocazione allargata della disciplina[18].

---

disciplina di a.d.e. a rapporti fra imprese, caratterizzati tipicamente da squilibrio di potere, senza necessità di prova dei più rigorosi requisiti della fattispecie, sanciti dall'art. 9, l. 192/1998. Ci si riferisce all'art. 17, comma 3°, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con l. 24 marzo 2012, n. 27, relativo ai rapporti fra gestori di impianti di distribuzione carburanti e grandi imprese titolari degli impianti, o fornitrici del prodotto; nonché al caso di 'violazione diffusa e reiterata' delle norme sui ritardi nei pagamenti ... [e] all'estensione sostanziale ... della disciplina dettata per i contratti del settore agroalimentare»).

14. Trib. Roma, 30 novembre 2009 in *Foro it.*, 2011, 1, p. 256; Trib. Roma, sez. III, 5 febbraio 2008, n. 2688, in *Giur. merito*, 2008, 9, p. 2248 (secondo la quale si applica ai contratti fra imprese che si coordinano per la realizzazione di un unico processo economico, dando luogo a un'integrazione "verticale" delle rispettive attività ma non si applica ai contratti bancari che non sono riconducibili alla dinamica di tali rapporti); Trib. Trieste, 21 settembre 2006, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 10, p. 2109 con nota di A. Scarso; Trib. Isernia, 12 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2006, 10, p. 2149, con nota di L. Delli Priscoli.

15. Cfr., fra le altre, Trib. Roma, 19 febbraio 2010 in Foro it., 2011, 1, p. 256; Trib. Roma, 24 settembre 2009, *ivi*, p. 256; Trib. Roma, 5.5.2009, *ivi*, p. 256; Trib. Bari, 13 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, 10, p. 2934; Trib. Roma, 29 luglio 2004, in *AIDA*, 2005, p. 533; Trib. Taranto, 22 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, p. 262; Trib. Bari, 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, p. 3208.

16. Cass., sez. un., ord., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giur. it.*, 2012, 10, 2054 e in *NGCC*, 2012, I, p. 298 ss. con nota di Romano V.C., *La natura della responsabilità da abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e culpa in contrahendo.*

17. Cfr. Cass., sez. III, 23 luglio 2014, n. 16787, in *DeJure*, che afferma quanto segue: Il divieto di abuso di dipendenza economica di cui alla legge sulla subfornitura costituisce peculiare applicazione di un principio generale che si vorrebbe caratterizzasse l'intero sistema dei rapporti di mercato. In altri casi la Corte, con riferimento a fattispecie diverse dalla subfornitura, si sofferma sulla corretta applicazione dei criteri previsti dall'art. 9 della legge ma in alcun modo revoca in dubbio l'applicabilità della disciplina (cfr., fra le altre, da ultimo Cass., sez. III, 19 maggio 2021, n. 13600, in *DeJure*; Cass., sez. III, 15 novembre 2019, n. 29711, in *DeJure*; Cass., sez. I, 12 ottobre 2018, n. 25606, in *DeJure*).

18. Cass. civ., sez. III, 13 novembre 2020, (ud. 8 settembre 2020, dep. 13 novembre 2020), n. 25769, in *DeJure*.

La giurisprudenza amministrativa e l'Agcm hanno espressamente esteso l'ambito di applicazione della disciplina anche al di fuori della subfornitura[19].

A noi sembra, però, che la questione possa dirsi definitivamente chiusa nel senso dell'applicabilità estesa a tutti i contratti fra imprese.

Vorrei qui solo aggiungere due dati che rendono sistematicamente inaccettabile la tesi restrittiva.

Il primo è legato alla circostanza che la legge 22 maggio 2017, n. 81 (Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato), c.d. *Jobs Act* del lavoro autonomo, abbia espressamente esteso ai lavoratori autonomi "in quanto compatibile, l'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di abuso di dipendenza economica" (art. 3, comma 4). Sarebbe una palese irrazionalità di sistema l'estensione della disciplina ai professionisti e non ai rapporti di impresa[20].

Il secondo è legato alla modifica dell'art. 9 del 2022 in tema di piattaforme digitali. I contratti cui si riferisce, infatti, non possono esser considerati di subfornitura[21].

L'art. 9 ha, dunque, una vocazione senz'altro allargata.

4. La dipendenza economica

Qualche cenno adesso sulla "dipendenza economica".

Non ci soffermeremo sulle diverse tesi dottrinali relative al modo di inten-

19. Cfr., ad esempio, il provvedimento n. 28043 del 20 dicembre 2019, disponibile online.

20. Per un approfondimento sulla disciplina del 2017, con specifico riferimento all'abuso di dipendenza economica, cfr. A. Barba, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Cedam, Padova, 2018, pp. 149 ss. Parte della dottrina ritiene che già l'art. 9 adotti una nozione di impresa che non coincida con quella ristretta prevista dall'art. 2082 c.c., bensì sia sovrapponibile a quella elaborata nel diritto della concorrenza con riferimento al soggetto che svolga un'attività economica e dalla disciplina consumeristica con riferimento al "professionista". Secondo tale dottrina, pertanto, lo stesso art. 9 risulterebbe applicabile al libero professionista: V. Bachelet, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese. Norma, sistema, tutele, prospettive*, Giuffrè, 2020, p. 31; R. Natoli, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, 2004, pp. 104 ss.; P. Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, 2006, pp. 99 ss.

21. Cfr. M.R. Maugeri, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 99 ss.

dere tale nozione, essendo le stesse fin troppo note[22].

Prima, però, di analizzare come tale nozione sia stata concretizzata dai giudici di merito, sia consentita una veloce considerazione in relazione alle ipotesi in cui non sia necessario provare la dipendenza economica perché vi sia abuso, cioè le ipotesi *di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231.* Il tema è, infatti, solitamente non trattato mentre riveste, a mio avviso, importanza.

Desideriamo, infatti, mettere in evidenza come la circostanza che il comma 3-*bis* faccia riferimento esclusivamente alla disciplina dei ritardi di pagamenti di cui al d.lgs. n. 231/2002 non possa in alcun modo indurre a ritenere che lo stesso non operi in caso di violazione della disciplina sui ritardi di pagamento prevista dalla stessa legge 192 del 1998. In vero, lo stesso d.lgs. n. 231/2002 (art. 10) prende in considerazione, modificandolo, l'art. 3 della legge e mostra, in tal modo, l'assoluta identità di *ratio* delle due discipline. Un'interpretazione volta ad escludere l'operatività del comma 3-*bis* dell'art. 9 della legge in caso di violazione della disciplina sui ritardi di pagamento prevista dall'art. 3 della legge n. 192 del 1998 risulterebbe incomprensibile e fonte di palese e irragionevole disparità di trattamento[23].

22. Secondo una parte della dottrina, ai fini dell'applicazione dell'istituto rileva la sussistenza di una situazione di dipendenza economica, laddove condizione di rilevanza dell'abuso sarebbe esclusivamente l'impossibilità di trovare alternative soddisfacenti nel mercato: G. Ceridono, *sub art. 9 Legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *NLCC*, 2000, p. 436; V. Pinto, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 405 (l'autore, in vero, ritiene che il legislatore riconosca la possibilità di far uso anche di altri parametri ma che risulterebbe arduo se non impossibile l'individuazione di essi). Altra parte della dottrina, valorizzando il dato letterale, e in particolare l'uso dell'avverbio "anche", ritiene che condizione di rilevanza dell'abuso possa essere non solo l'assenza di alternative soddisfacenti ma anche altro: A. Barba, *L'abuso di dipendenza economica*, *op. cit.*, pp. 329 ss.; R. Caso, *Modello di contratto di subfornitura industriale*, *CNA*, 1998, p. 25; L. Prati - A. Cardini, *I rapporti di subfornitura*, *op. cit.*, pp. 159 ss. Infine, una terza ipotesi interpretativa ritiene che la condizione di rilevanza dell'abuso sia il mero verificarsi di questo: D. Maffeis, *Abuso di dipendenza economica*, in AA.VV., *La subfornitura*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 78 ss.; A. Renda, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta "pie in the sky"?*, in *Riv. dir. impr.*, 2000, p. 300.

23. Giunge alla medesima soluzione Trib. Torino, 6 giugno 2017, punto 18.2.6, in *Giur. comm.*, 2019, p. 836, con nota di B. Calabrese, *Subfornitura tra gruppi di società e abuso di dipendenza economica*. Il Tribunale, però, argomenta come segue: «la subfornitura rappresenta un caso di dipendenza economica presunta, per cui nella violazione diffusa e sistematica delle norme sui pagamenti di un rapporto di subfornitura deve rinvenirsi un'ulteriore presunzione di dipendenza economica del committente» (punto 18.2.7).

Per quanto la soluzione sia più problematica, riteniamo che anche nell'ipotesi in cui risultino violate le norme sui ritardi di pagamento nella filiera agricola e alimentare, previsti dall'art. 4, comma 1, del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 198, possa operare il comma 3-*bis* dell'art. 9 della legge. Anche in questo caso, infatti, esiste un *trait d'union* normativo fra le due discipline[24].

Passiamo adesso ad analizzare il modo in cui le corti hanno concretizzato il requisito della dipendenza economica. Molto interessante appare, a tal proposito, in quanto paradigmatica del modello di ragionamento della giurisprudenza, l'argomentazione adottata dal Tribunale ordinario di Monza nella sentenza del 27 dicembre 2018[25]. Nel caso in specie l'attrice aveva fornito alla convenuta "allestimento e messa a disposizione di spazi pubblicitari".

Le parti avevano in essere fra loro più di cinquanta contratti, alcuni a tempo determinato, altri a tempo indeterminato.

Per ragioni di riorganizzazione commerciale, la convenuta, con un unico atto, aveva esercitato il diritto di recesso, rispettando il termine di preavviso previsto nei diversi contratti, pari a sei mesi.

Con riferimento alla concretizzazione della dipendenza economica, il Tribunale di Monza ha, in primo luogo, aderito alla tesi secondo la quale non risultasse sufficiente l'esistenza di alternative sul mercato ma fosse anche necessario che l'alternativa fosse "equivalente a quella in essere, in termini di fatturato, di investimenti *ex post* inutilizzati, e pure di certezza e stabilità del rapporto commerciale" e, in secondo luogo e di conseguenza, ritenuto che l'attrice non avesse alternative soddisfacenti perché:

i) il fatturato di questa con la convenuta era molto rilevante (raggiungendo anche l'ottanta per cento in alcuni periodi del rapporto);

ii) la stessa, per far fronte all'esecuzione dei contratti, aveva stipulato con i

24. In generale sulla nuova disciplina in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare si veda G. D'Amico, *La giustizia contrattuale nelle filiere agro-alimentare*, *NLCC*, 2, 2022, pp. 415 ss.; G. Salvi, *Principi generali e durata minima nei contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari. Un* private enforcement *inefficace*, *NLCC*, 3, 2023, p. 666; G. Versaci, *Gli abusi "complementari" nei contratti della filiera agroalimentare. Note a margine dell'art. 5, d.lgs. n. 198/2021*, *NLCC*, 3, 2023, p. 707.

25. Trib. Monza, 27 dicembre 2018, in *NGCC*, 2019, I, pp. 968 ss. e in *Foro it.*, 2019, 9, I, p. 2961, con nota di M. Natale.

propri fornitori molti contratti finalizzati alla fornitura della convenuta; e iii) non sarebbe stato facile trovare un partner con sedi diffuse su tutto il territorio nazionale, come la convenuta.

Il giudice ha sostenuto che: «*sebbene non si tratt[asse] di investimenti altamente specifici, la possibilità che gli stessi po[tessero] essere dirottati su un nuovo partner il quale garantis[se] un rapporto "soddisfacente" a quello in essere, [sarebbe stata] molto ridotta*».

Come sembra evidente, si è in presenza di quella situazione che in Germania viene definita come *Unternehmensbedingte Abhängigkeit* (grosso modo dipendenza a causa di relazioni di impresa)[26]. Il criterio della concentrazione del fatturato, utilizzato dal giudice, è uno di quelli adottati (soprattutto in Francia) per valutare tale tipo di dipendenza. Ed invero, tale criterio serve a dare la misura della possibilità e del costo di riconversione[27].

In presenza di una forte concentrazione di fatturato è, infatti, molto complesso trovare un partner che possa sostituire quello con cui si hanno rapporti. Così come è complesso riorganizzare la produzione se la si è pensata in funzione di uno specifico partner, stipulando anche rapporti con terzi.

Da ciò non discende, però, che la monocommittenza determini di per sé dipendenza economica. In ogni caso la monocommittenza determinata scientemente e razionalmente dall'impresa che assume di aver subito l'abuso, potremmo dire voluta e scelta sulla base di un calcolo che l'impresa assume esser razionale, non può comportare una tutela. Questa sembra essere l'idea del Tar Lazio nella sentenza già citata[28].

Avevo sostenuto questa tesi già nel mio primo volume sull'argomento del 2003, valorizzando "l'anche", contenuto nella definizione di dipendenza economica[29].

26. Esplicita in questo senso è Cass. civ., sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1184, in *Studium juris*, 2020, 9, p. 1086, secondo la quale per valutare la dipendenza economica rileverebbe *la dimensione della società dipendente, che non permetta agevolmente di differenziare la propria attività, o l'avere adeguato l'organizzazione e gli investimenti in vista di quel rapporto.*

27. Cfr., fra le altre, anche Trib. Vercelli, 14 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, I, p. 3344.

28. Vedi *supra*, nota 9.

29. M.R. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica*, *cit.*, pp. 138 ss.

Avevo sostenuto, cioè, che la disciplina di protezione non potesse esser applicata, al pari di quanto avveniva in Germania e in Francia, quando l'impresa debole avesse scelto autonomamente di costruire la propria dipendenza senza la partecipazione, neanche in via indiretta e cioè attraverso l'acquisizione di quote di mercato, dell'impresa dominante alla creazione di tale situazione.

Il Tar Lazio sembra aver accolto questa impostazione.

Si assiste, dunque, in generale a un sostanziale allineamento nell'interpretazione degli elementi della fattispecie a quanto avviene in ordinamenti diversi dal nostro.

5. Abusi e rimedi

Passiamo adesso velocemente ai tipi di abuso.

Il comma 1 dell'art. 9 contiene un divieto generale di abuso di dipendenza economica. La seconda parte dello stesso comma introduce una presunzione semplice di dipendenza economica «*nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati*»[30].

Il secondo comma, invece, contiene un elenco esemplificativo[31] di ipotesi di abuso[32].

In particolare, esso, nella prima parte, dispone che l'abuso possa anche consistere (i) nel rifiuto di vendere e nel rifiuto di comprare; (ii) nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie; (iii) nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto e, nella seconda parte, contiene, con riferimento alle sole piattaforme digitali "di cui al comma

30. Così la nuova versione dell'articolo 9 della legge sulla subfornitura, come modificato dalla L. n. 118/2022, per cui vedi *supra*, nota 12.

31. Cfr. a questo proposito Trib. Torino, 12 marzo 2010, in *Foro it.*, 2011, I, p. 271 con nota di A. Palmieri. La modifica del 2011 avvalora la tesi del testo giacché considera abuso la violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (ipotesi non contemplata nell'elenco).

32. La tecnica normativa (divieto generale più esemplificazione delle ipotesi di abuso) non diverge da quella adottata con riferimento all'abuso di posizione dominante.

1", un ampliamento rispetto alle precedenti previsioni dell'art. 9, l. 192/1998[33], stabilendo che «*le pratiche abusive realizzate dalle piattaforme digitali di cui al comma 1 possono consistere anche nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato e nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta, ovvero nell'adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere*»[34].

33. Cfr., per un commento sulla nuova disciplina, V. Bachelet, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali*, in *NLCC*, 2023, 1, pp. 39 ss., e in particolare p. 62.

34. Per il testo completo della disciplina, si rinvia alla nota 12.
Sulla novella legislativa, si sono pronunciati per la prima volta TAR Lazio, sez. I, sentenza 30 ottobre 2023, n. 16069, e Consiglio di Stato, sentenza 2 luglio 2024, n. 5827, nel caso che ha contrapposto SIAE a META.
La controversia ha avuto inizio con il procedimento n. 30606/2023, avviato d'ufficio dall'AGCM, *ex* art. 14 *bis* della L. n. 287/1990, a causa della mancata stipulazione di una nuova licenza, in merito all'utilizzo, sulle piattaforme META, delle opere musicali protette da SIAE.
Più precisamente, tra la fine del 2022 e l'inizio del 2023 erano intercorse tra META e SIAE alcune negoziazioni per la stipulazione di un accordo commerciale, che sarebbe stato il terzo intercorso tra le parti dal 2018. Le piattaforme META, attraverso un servizio di Audio Library, permettevano la creazione di contenuti video arricchiti da elementi musicali. Negli accordi precedentemente intercorsi tra le parti, la remunerazione prima era versata da META a SIAE e poi veniva ripartita. Questa modalità di retribuzione veniva mantenuta tra le parti, che si trovavano in posizioni inconciliabili quanto all'incremento della retribuzione di SIAE da parte di META.
Nella prima bozza della licenza, META proponeva a SIAE una remunerazione in due componenti: una prima parte rappresentata da *revenue sharing* o *post claim*, con pagamento da parte di META di un'aliquota sui ricavi legati alla quota parte dei long-form video contenenti pubblicità e una seconda componente fissa, prevista per gli short videos di durata pari o inferiore ai sessanta secondi. Le difficoltà nella negoziazione si registravano sulla seconda quota. Di fronte alla mancata stipulazione dell'accordo, veniva avanzata una nuova offerta da META a SIAE e, tra il 27 gennaio 2023 e il 2 febbraio 2023, le Parti concordavano di proseguire in buona fede le negoziazioni, durante le quali META aveva continuato ad utilizzare i contenuti musicali di SIAE. A marzo 2023, SIAE chiedeva alcune informazioni sui ricavi di META necessarie a ridurre l'asimmetria informativa tra le imprese e avanzava una ulteriore proposta economica. Di fronte alla mancata accettazione, da parte di SIAE, della ulteriore controproposta di META, le negoziazioni erano definitivamente concluse il 16 marzo 2023 e i contenuti musicali tutelati da SIAE erano rimossi dalle piattaforme META.
L'AGCM ha ritenuto che trovasse applicazione, nel caso di specie, la presunzione di dipendenza economica introdotta dalla Legge n. 118/2022. META avrebbe, infatti, rivestito un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori nel mercato digitale. Secondo l'impianto argomentativo dell'AGCM, negli ultimi anni, è stato introdotto a livello europeo un complesso sistema normativo di revisione normativa volto a creare nuovi strumenti normativi ovvero ad adattare quelli esistenti per garantire, anche nell'economia digitale in cui le piattaforme svolgono un ruolo determinante, corrette dinamiche competitive e l'equità. In questo mutato contesto ordinamentale, le piattaforme di social media hanno generato e generano effetti di rete per tutti i partecipanti, consentendo ad ognuno di creare una community. Per questo motivo, SIAE aveva un

Testualmente le nuove ipotesi sembrerebbero, dunque, riferite solo alle piattaforme che abbiano un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori e non a tutte le piattaforme digitali, cui si applicherebbe la disciplina generale.

---

interesse essenziale alla stipulazione dell'accordo con META, non avendo una effettiva alternativa nel mercato di raggiungere tutto il pubblico che utilizza le piattaforme social.
L'AGCM ha ritenuto che l'abusività della condotta sia stata realizzata attraverso una interruzione indebita, da parte di META, delle negoziazioni e un rifiuto ingiustificato di divulgazione delle informazioni necessarie. Inoltre, secondo l'AGCM, la condotta di META ha avuto un impatto che trascendeva i meri rapporti contrattuali tra META e SIAE, avendo arrecato un forte pregiudizio alle dinamiche competitive, avendo provocato una notevole compromissione della capacità competitiva di SIAE, come *collecting society*, sui mercati relativi alla gestione dei diritti d'autore, avendo impedito agli autori SIAE di raggiungere gli utenti social e avendo limitato la possibilità di scelta dei consumatori finali.
Per questi motivi, l'AGCM ha imposto le misure cautelari del ripristino delle trattative e del ripristino tempestivo dei contenuti musicali SIAE sulle piattaforme META.
Questo impianto argomentativo, sostanzialmente confermato dal TAR Lazio, è risultato rovesciato nella sentenza del Consiglio di Stato.
Il Consiglio di Stato ha accolto i tre motivi di ricorso di META, il primo dei quali, articolato in cinque diverse censure, atteneva alla sussistenza della presunzione di posizione dominante di cui al comma 1 dell'articolo 9. Infatti, la negoziazione tra SIAE e META verteva non sulla concessione della licenza alla diffusione e veicolazione verso gli utenti finali dei contenuti musicali attraverso la piattaforma, ma solo sulla raccolta dei contenuti musicali protetti da SIAE nella *Audio Library*. Si trattava, in particolare, di una mera funzionalità posta da META a disposizione dei fruitori delle piattaforme e dalla quale era possibile attingere per arricchire video o reels creati dagli utenti e la cui indisponibilità non incideva sulla possibilità di questi ultimi di condividere comunque sui social contenuti con sottofondo musicale premontato. Per questi motivi, secondo la sentenza del Consiglio di Stato, non è risultata adeguatamente approfondita l'allegazione difensiva di META per la quale le proprie piattaforme non avrebbero potuto essere qualificate quali fornitrici di servizi di intermediazione come invece richiesto dall'art. 9.
Il Consiglio di Stato ha escluso anche che ci fossero elementi di prova sufficienti circa la pretesa impossibilità da parte degli autori di vedere le proprie opere diffuse in rete. Allo stesso modo, secondo la sentenza del Consiglio di Stato, non ci sarebbe stata alcuna evidenza che, in assenza della conclusione dell'accordo, fosse inibita la condivisione delle stesse sulle piattaforme di META. Inoltre, il Consiglio di Stato ha rilevato che non fosse stata documentata una flessione nella circolazione dei contenuti musicali sulle piattaforme a seguito della contestata rimozione dei contenuti protetti dalla Audio Library successivamente al 16 marzo.
Per questi motivi, la sentenza del Consiglio di Stato ha escluso che l'eventuale impedimento all'accesso alla piattaforma avesse costituito un vulnus gravissimo per gli artisti che, invece, avrebbero disposto di più canali alternativi, compresa la possibilità di promuovere autonomamente la loro musica sulle piattaforme META senza necessità dell'intermediazione di SIAE.
Risultando smentita la contestata impossibilità di raggiungere gli utenti finali, la sentenza del Consiglio di Stato ha escluso che ci fosse stato un pregiudizio alla concorrenzialità del mercato. Inoltre, la sentenza di primo grado sarebbe stata errata anche nella parte in cui non avrebbe considerato il «peso davvero minimo» dei ricavi di Meta rispetto al fatturato complessivo di SIAE che si afferma essere inferiore all'1%.
Quanto al secondo motivo di ricorso, la sentenza del Consiglio di Stato ha smentito, sul piano fattuale, la contestata interruzione arbitraria delle trattative. Infatti, la pretesa interruzione delle trattative era avvenuta solo all'esito di una prolungata negoziazione nell'ambito della quale le offerte delle parti si attestavano su valori inconciliabili. Infatti, mentre META era stata disponibile al rinnovo della licenza incrementando la precedente remunerazione del 40%, SIAE aveva proposto un aumento di circa il 310%.

Riteniamo, però, che la formulazione non felice non debba portare ad escludere che le nuove ipotesi di abuso rilevino anche laddove non risultino coinvolte le piattaforme digitali di cui al comma uno.

Occorre, infatti, ricordare che il divieto di abuso di dipendenza economica è generale e che le ipotesi di abuso originarie, previste dalla prima parte del secondo comma dell'art. 9, non sono tassative, bensì meramente esemplificative.

Anche le nuove ipotesi, riferite alle piattaforme digitali, sono da considerare non tassative giacché testualmente la nuova disciplina dispone che le pratiche abusive possano "consistere anche" (e non, dunque, esclusivamente).

Si può, dunque, ritenere che si tratti di mere esemplificazioni di ipotesi di abuso riscontrate nei rapporti che coinvolgono piattaforme digitali[35].

Una delle nuove ipotesi, fra l'altro, è palesemente superflua, perché già compresa nell'originario testo dell'art. 9, comma 2. Mi riferisco al nuovo abuso che consiste nel "*richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta*". Tale tipo di abuso, infatti, rientra evidentemente all'interno di quello che consiste "nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie", espressamente già previsto nel testo originario dell'art. 9.

Le altre due nuove ipotesi di abuso (e cioè quelle consistenti: 1) nel fornire *informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato*; 2) *nell'adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere*) devono esser lette in modo da risultare coerenti con la *ratio* dell'art. 9.

La novella, infatti, non modifica lo scopo complessivo dell'art. 9, che è quello di impedire l'abuso di dipendenza economica e non quello di vietare qualsiasi tipo di comportamento che possa alterare il funzionamento del mercato.

Ciò significa, ad esempio, ma non è possibile sviluppare qui l'argomentazio-

35. Cfr. M.R. Maugeri, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica*, *op. cit.*, p. 111 e Ead, *DDL Concorrenza e Piattaforme digitali. Brevi considerazioni sulla proposta di modifica della disciplina sull'abuso di dipendenza economica*, in *Persona e Mercato*, 2022, 1, disponibile online: http://www.personaemercato.it/ddl-concorrenza-e-piattaforme-digitali-brevi-considerazioni-sulla-proposta-di-modifica-della-disciplina-sullabuso-di-dipendenza-economica-di-marisaria-maugeri/.

ne, che non tutte le pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio costituiranno abuso rilevante ai sensi dell'art. 9 ma solo quelle che incidano negativamente sulla posizione dell'impresa in stato di dipendenza economica (non rileverà, dunque, ad esempio, la pratica che consiste nel praticare condizioni sotto-costo per eliminare un concorrente).

Lo stesso tipo di discorso si può svolgere con riferimento all'assenza di informazioni. Non rileveranno tutte ma solo quelle che si traducono in un aggravio della posizione dell'impresa in stato di dipendenza (presunta o provata). Rinvio a uno scritto di prossima pubblicazione lo sviluppo della tesi in questa sede solo accennata.

Passiamo ora ai rimedi.

Il piano dei rimedi contro l'abuso è molto articolato (sono espressamente previsti rimedi restitutori, caducatori e inibitori). La giurisprudenza ha utilizzato anche rimedi integrativi (sostituzione di clausole ex art. 1339 c.c. e correzione secondo buona fede).

L'analisi delle diverse decisioni fa emergere un quadro in cui non si registrano reali antinomie quanto piuttosto articolazioni dei rimedi legati ai tipi di abuso.

In conclusione, si può dire che alla pluralità di tipi di abusi corrisponde anche un'articolazione dei rimedi che la giurisprudenza ha saputo ben dosare, seppur non sempre argomentare correttamente[36].

36. Si rinvia, anche per la relativa bibliografia, a M.R. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 36 ss., p. 116, 124, n. 247, pp. 145 ss. e passim; Ead., *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in G. Olivieri - A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 187 ss.; Ead., *Art. 1339 c.c. - Inserzione automatica di clausole*, in E. Navarretta - A. Orestano (a cura di), Commentario del codice civile diretto da Gabrielli. Dei contratti in generale, Utet Giur.-W.K.I., 2011, pp. 513 ss.; Ead., *Abuso di dipendenza economica e recesso: i diversi rimedi*, in *Nuova giurisprudenza civile commerciale*, 2019, I, p. 965, n. 22; Ead., *Subfornitura e abuso di dipendenza economica*, *op. cit.*, pp. 84 ss.

ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA E TUTELA DEL MERCATO. SPUNTI DALLE PRIME PRONUNCE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

Anna Argentati

Sommario: ***1.*** *Le ragioni della riscoperta dell'istituto.* ***2.*** *Due punti fermi dell'intervento dell'Autorità di concorrenza.* ***2.1.*** *La ricostruzione in chiave concorrenziale della fattispecie.* ***2.2.*** *La ratio dell'intervento amministrativo: tutela dell'efficienza dinamica del mercato e non dell'equità contrattuale.* ***3.*** *L'abuso di dipendenza economica nelle prime pronunce del Giudice amministrativo.* ***3.1.*** *Sull'accertamento della dipendenza economica.* ***3.2.*** *Sull'abusività della condotta.* ***3.3.*** *Sulla rilevanza concorrenziale dell'abuso di dipendenza economica.* ***4.*** *Spunti conclusivi.*

1. Le ragioni della riscoperta dell'istituto

In un libro uscito di recente e dedicato alla nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica[1], si è parlato di riscoperta di uno strumento per lungo tempo rimasto chiuso nel cassetto dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a cui avrebbero contribuito due fattori: uno storico, legato al fatto che il progredire dei processi di liberalizzazione ha gradualmente ridotto lo

1. Il riferimento è a G. Colangelo-V. Minervini (a cura di), *La nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica,* Il Mulino, Bologna, 2023. La bibliografia sull'abuso di dipendenza economica è amplissima. Cfr., *ex multis*, C. Attanasio, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, 11, pp. 79 ss.; M. R. Maugeri, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica. Fra diritto civile e diritto della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2022; V. Bachelet, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese. Norma, sistema, tutele, prospettive,* Giuffrè, Milano, 2020; G. Remotti, *Abuso di dipendenza economica: "coordinate minime" su* ratio*, natura e portata del divieto*, in *Il diritto industriale*, 2018, p. 319; M. Libertini, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e impresa*, 2013, pp. 2 ss.; E. Capobianco, *L'abuso di dipendenza economica oltre la subfornitura*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, pp. 619 ss.; P. Fabbio, *Abuso di dipendenza economica*, in Catricalà-Gabrielli (a cura di), I contratti nella concorrenza, Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli, Utet, 2011, pp. 277 ss.; P. Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006; G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004; M.R. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003; G. Nicolini, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla Legge18 giugno 1998, n. 192*, Giuffrè, Milano, 1999; C. Osti, *Riflessioni sull'abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. reg.*, 1999, 1, pp. 44 ss.

spazio d'azione del divieto di abuso di posizione dominante di tipo assoluto; l'altro, strutturale e di contesto, dato dalla presenza di un elevato numero di piccole e medie imprese nel tessuto economico del nostro Paese, che espone maggiormente ai nessi di dipendenza economica.

Se ne potrebbe aggiungere un terzo, richiamando quanto autorevolmente ricordato anni or sono, ovvero che «*il diritto amministrativo è nato come diritto derogatorio, in risposta all'incapacità del diritto comune di assicurare la tutela dell'interesse generale, divenuto, ad un certo punto, comprensivo dell'interesse del più debole*»[2].

Da quest'ultimo spunto si può partire per comprendere la crescente valorizzazione che la disciplina ha conosciutonell'ordinamento e le ragioni della progressiva affermazione di un modello di tutela pubblicistico: anche in questa materia, l'intervento dell'autorità amministrativa è stato previsto per dare una risposta al bisogno di tutela di un interesse di portata generale che la sola applicazione del diritto dei contratti nei tribunali non riesce ad assicurare.

È proprio questa esigenza di tutela che ha indotto il legislatore a scendere ripetutamente in campo, anche dopo la novella del 2001 alla legge sulla subfornitura[3]: si pensi, tra l'altro, alla violazione diffusa e reiterata della disciplina sui ritardi di pagamenti commerciali[4], alla disciplina speciale delle relazioni commerciali lungo la filiera agro-alimentare[5] o, ancora, all'espresso richiamo della disciplina e dei rimedi dell'abuso di dipendenza economica fatto in relazione al settore della distribuzione dei carburanti[6]: interventi dai quali emerge nitida la volontà del legislatore di ampliare le fattispecie applicative dell'abuso di dipendenza economica e, con esse, il ricorso a strumenti di *public enforcement*.

L'ultima, significativa conferma di tale tendenza è costituita dall'art. 33

2. G. Amato, *Relazione conclusiva* al convegno su *Giustizia amministrativa e crisi economica*, svoltosi presso il Consiglio di Stato il 25-26 settembre 2013.

3. Il riferimento è all'avvenuto inserimento, nell'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 (*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*) di un comma 3-*bis* dedicato all'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale ad opera dell'art. 11 della legge 5 marzo 2001, n. 57.

4. Art. 10, legge 11 novembre 2011, n. 180 (*Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese*), che ha modificato, integrandolo, il citato comma 3-*bis* dell'art. 9 della legge 192 del 1998.

5. Articolo 62 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*) convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

6. Art. 17, comma 3, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, *cit.*

della legge n. 118 del 2022[7] che, rubricato "*Rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica*"[8], ha esteso e integrato la disciplina *de qua* con specifico riferimento ai mercati digitali[9].

Se si guarda al succedersi di tali interventi legislativi congiuntamente ai procedimenti istruttori che l'Agcm ha concluso a partire dal 2019 (dopo quasi venti anni di sostanziale inutilizzo della norma)[10], se ne ricava anzitutto l'idea che, più che di nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica, sarebbe più appropriato parlare di intervenuta sintonizzazione dell'Autorità con la *voluntas legis*[11].

Tale mutamento di indirizzo, peraltro, non è emerso *ex abrupto* nell'ordinamento poiché il terreno risultava, in una certa misura, arato da molto tempo.

Già la competenza ad applicare l'art. 62 del decreto - legge n. 1 del 2012, infatti, aveva favorito all'interno dell'Autorità di concorrenza una nuova, più attenta riflessione, che l'aveva indotta a inquadrare e collocare quella disciplina speciale nell'alveo dell'abuso di dipendenza economica[12].

---

7. Legge 5 agosto 2022, n. 118 recante *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*.

8. L'articolo è stato introdotto a seguito di specifica raccomandazione dell'Autorità di concorrenza. V. Agcm, Segnalazione AS1730 "*Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*" 19 marzo 2021, in *Boll.* 13/2021.

9. V., per le prime riflessioni in materia, S. Lopopolo, *L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nei mercati digitali*, in *Merc. conc. reg.*, 2023, 3, pp. 443 ss.; V. Bachelet, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023; S. Scalzini, *Dipendenza economica e regolazione "asimmetrica" dell'attività di impresa. Prime osservazioni sul novellato art. 9, L. n. 192/1998*, in *An. giur. econ.*, 2022, 2, pp. 563 ss.; M. Libertini, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2023, fasc. 1.; V. Falce, *Rapporti asimmetrici tra imprese e soluzioni pro-concorrenziali,* in *Riv. dir. ind.*, 2021, 4, pp. 189 ss,

10. I casi finora conclusi per abuso di dipendenza economica sono stati: A525 - *Mercato distribuzione quotidiani e periodici nell'area di Genova e del Tigullio* (2019); A539 - *Poste Italian/Contratti fornitura servizio recapiti* (2021); A550 - *Catena di Franchising Original Marines* (2022); A546 - *Franchising di MC Donalds* (2022); A547 - *Condotte di Wind Tre a danno dei rivenditori* (2022); A542 - *Benetton Rapporti con i fornitori* (2023); in precedenza, il caso RP1 - *HERA/Affidamenti gruppi misura gas/Termini di pagamento* (2016) aveva riguardato la violazione reiterata e diffusa della disciplina sui termini di pagamento. In dottrina, per un'analisi delle prime decisioni dell'Autorità in materia, v. C. Carli, *La sanzione Agcm a poste Italiane per abuso di dipendenza economica: primo passo verso un "ritorno al futuro"?*, in *Merc. conc. reg.*, 2022, 2, pp. 335 ss.; S. Lopopolo, *L'abuso di dipendenza economica al vaglio dell'Agcm: i casi Poste Italiane, Benetton e McDonald's*, in *Merc. conc. reg.*, 2022, 1, pp. 177 ss.; C. Medici, *Abuso di dipendenza economica, La prima volta dell'Autorità*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, 3, pp. 549 ss.

11. Frutto (forse) anche di una più convinta adesione all'idea che dietro ogni nuovo compito pubblico c'è l'attribuzione di un potere, ma anche la responsabilità di un dovere.

12. V. Agcm, *Indagine conoscitiva sul settore della grande distribuzione organizzata* (IC43), 24 luglio

Per questo, ai casi conclusi *ex* art. 9, co. 3-*bis* della legge n. 192 del 1998 vanno aggiunti i 25 casi di applicazione del citato art. 62 da parte dell'Autorità nell'arco di un decennio (2012/2022), prima che il legislatore nazionale trasferisse al Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste la competenza ad applicare la relativa disciplina[13].

Su questa riscoperta da parte dell'Autorità di concorrenza dell'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale, diversi sono stati i giudizi espressi in dottrina: chi ha parlato di "ritorno al futuro", salutando con favore il nuovo corso; chi di uno strumento utile a colmare i "gap applicativi" del diritto della concorrenza; chi di un istituto "dall'alto potenziale grezzo" e buon compagno nella transizione dall'analogico alle sfide poste dal digitale; chi, ancora, di un istituto che agevolerebbe l'Autorità Antitrust perché consente di "bypassare" il difficile compito di definire mercati rilevanti e stabilire l'esistenza di una posizione dominante: un canale, insomma, per alleggerire l'onere della prova.

E' utile evidenziare sin d'ora che, dal punto di vista del *public enforcement*, la misura può utilmente integrare lo strumentario tradizionale, poiché riesce a cogliere alcune criticità concorrenziali meglio di quanto possa fare il divieto di abuso di posizione dominante; d'altra parte, è anche uno strumento potente il cui utilizzo va dosato con grande attenzione per evitare quelle che sono state efficacemente definite le degenerazioni paternalistiche[14], il rischio, cioè, di inseguire la logica equitativa in sovrapposizione, ed anzi in diretta concorrenza, con il giudice civile.

Scopo del presente contributo è quello di svolgere alcune considerazioni sull'abuso di dipendenza economica riguardato nella prospettiva della tutela

---

2013, in *Boll.* 31/2013. In senso analogo, sia consentito il rinvio a A. Argentati, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agro-alimentare. Riflessioni sull'art. 62 della L. n. 27/2012*, in *Giustizia civile*, 2012, 9, 2012, pp. 441 ss.

13. V. art. 8 del D. lgs. 8 novembre 2021, n. 198 che ha designato il Dipartimento dell'Ispettorato Centrale della tutela della qualità e repressione frodi dei prodotti alimentari (ICQFR) del Ministro delle Politiche agricole quale autorità nazionale (in sostituzione dell'AGCM) deputata all'attività di accertamento delle violazioni previste e all'irrogazione delle relative sanzioni amministrative.

14. A. Pezzoli, *L'abuso di dipendenza economica e la concorrenza. Analisi economica di un ibrido?* in G. Colangelo-V. Minervini (a cura di), *op. cit.*, p. 154.

del mercato, evidenziando alcuni punti di attenzione che l'applicazione dell'istituto sta mostrando alla luce delle prime sentenze del Giudice amministrativo.

2. *Due punti fermi dell'intervento dell'Autorità di concorrenza*

Prima di dare conto degli sviluppi giurisprudenziali intervenuti in materia, meritano di essere richiamati due aspetti che, pur costituendo un approdo pacifico a cui è pervenuta da tempo la dottrina ed anche la prassi applicativa dell'Autorità, non sembrano altrettanto pacifici e condivisi dalla giurisprudenza amministrativa.

Due delle principali sentenze finora intervenute, - Consiglio di Stato, sentenza 5 aprile 2023, n. 3505 nel caso A525-*Mercato distribuzione quotidiani e periodici nell'area di Genova e Tigullio*, e Tar Lazio, sentenza 13 giugno 2023, n. 10044, caso A539-*Poste Italiane/contratti fornitura servizio di recapito* - sembrano andare in una direzione diversa, offrendo diversi spunti di riflessione, mentre la sentenza del Tar Lazio 30 ottobre, n. 16069 resa sul provvedimento cautelare nel caso Meta-SIAE adotta un approccio più coerente con quei due punti cardine.

I due citati aspetti attengono, rispettivamente, alla ricostruzione in chiave pro-concorenziale della fattispecie e alla *ratio* dell'intervento dell'Autorità di concorrenza.

2.1 *La ricostruzione in chiave pro-concorrenziale della fattispecie*

È ben noto che la disciplina dell'abuso di dipendenza economica è stata oggetto nel tempo di due diverse, opposte impostazioni, una contrattualistica, incentrata sulla tutela del contraente debole e sull'equità contrattuale; l'altra pro-concorrenziale che ne sostiene l'inquadramento all'interno della disciplina antitrust, come una sorta di fratello minore dell'abuso di posizione dominante.

Secondo un orientamento che a lungo è prevalso, la disciplina avrebbe matrice civilistica e sarebbe riconducibile ai principi di buona fede e correttezza (da collocarsi idealmente fra le clausole generali che governano la formazione, l'interpretazione e l'esecuzione del contratto) ovvero, secondo una diversa impostazione, alla figura concettuale dell'abuso del diritto, fino a configurare una nuova categoria generale, quella del c.d. terzo contratto, che sarebbe ca-

ratterizzata da una forte asimmetria di natura economica a favore di una delle parti. Secondo un diverso orientamento, sarebbe da privilegiare invece una lettura in chiave pro-concorrenziale dell'istituto, riconducendo l'abuso di dipendenza economica alla disciplina antitrust quale sub-fattispecie dell'abuso di posizione dominante nella forma degli abusi di sfruttamento o di impedimento, relativi e non assoluti.

È lecito ritenere che oggi sia il legislatore stesso a fornire elementi decisivi per ricondurre la disciplina dell'abuso di dipendenza economica alla logica e alla funzione tipica del diritto antitrust.

Dal comma 3-*bis* del citato art. 9 si desume come per legittimare l'intervento repressivo di stampo pubblicistico dell'Autorità di concorrenza sia necessario «*un elemento ulteriore e differenziale, un quid pluris cioè rispetto ai casi di abuso di dipendenza economica che restano affidati alla cura del giudice civile e che la legge individua nell'attitudine dell'abuso a trascendere i confini del singolo rapporto negoziale e a produrre effetti che si propagano al di là delle vicende individuali delle parti, avendo ricadute apprezzabili sul mercato di riferimento, obiettivamente considerato*»[15].

Si tratta, in altri termini, di vagliare le ricadute esterne al rapporto giuridico *inter partes*, gli effetti della condotta sul funzionamento dei mercati interessati.

Riguardato in quest'ottica, l'abuso di dipendenza economica presenta una stretta unità di ispirazione con il diritto antitrust: ci troviamo di fronte, infatti, a una disciplina funzionale all'affermazione di un modello di concorrenza *on the merits*, dove lo sfruttamento abusivo della debolezza altrui è bandito non solo – e potrebbe forse dirsi – non tanto perché è un male in sé, ma perché tradisce la sana capacità competitiva dell'impresa e non giova all'interesse generale[16].

2.2 La ratio dell'intervento amministrativo: tutela dell'efficienza dinamica del mercato e non dell'equità contrattuale

Il secondo aspetto attiene alla *ratio* dell'intervento amministrativo.

15. Così V. Minervini, *L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nelle prime decisioni dell'AGCM. Fattispecie, rapporto con il private enforcement e prospettive applicative,* in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2022, 2, p. 5.

16. P. Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, *op. cit.*,

È generalmente condiviso che l'intervento dell'Autorità costituisce uno strumento a tutela dell'efficienza dinamica del mercato, e non uno strumento di protezione statica di diritti individuali dell'impresa e/o dell'equità.

Ricordiamo che, in un'ottica di efficienza dinamica, la tutela del contraente debole risulta utile quando consente di reprimere le condotte che scoraggiano gli investimenti e l'innovazione o quando mira a proteggere imprese che, per quanto oggi non efficienti, potranno diventarlo domani, se non fosse ostacolata la loro crescita. Detto in altri termini, la tutela del contraente debole non è il fine, ma lo strumento: l'Autorità non protegge il contraente debole in quanto tale (a questo pensa il giudice civile), ma intanto protegge il contraente debole in quanto, attraverso il contraente debole, può proteggere la capacità di innovazione nel mercato.

Di qui la necessità di distinguere quelle situazioni in cui la tutela del contraente debole può effettivamente arricchire la politica di concorrenza da quelle situazioni che invece possono scivolare «*verso una deriva paternalistica, volta a demonizzare la grande impresa, a tutelare le piccole imprese anche quando sono ben lontane dall'efficienza, per mere ragioni di equità*»[17].

Se diversa è la finalità della tutela amministrativa da quella civilistica, ciò significa che le due valutazioni potranno avere dei punti di contatto, ma restano autonome e indipendenti[18].

Una condotta potrà, dunque, ben costituire un abuso per il giudice civile ed essere priva di rilevanza per l'Autorità; non potrà invece accadere il contrario, per la semplice considerazione che senza abuso non vi sarebbe l'alterazione derivante dall'abuso: il problema si sposta semmai sul terreno della prova, nel senso che il giudice civile può trovarsi a respingere una domanda relativa ad una situazione di abuso di dipendenza economica in difetto di adeguati elementi di prova e che invece l'Agcm riesca a dimostrare con i suoi poteri autoritativi.

Dunque, i punti chiave che andrebbero considerati per inquadrare correttamente il ruolo dell'Autorità di concorrenza in questa materia sono: *i*) ricostru-

17. Così A. Pezzoli, *L'abuso di dipendenza economica*, *cit.*

18. In questo senso, V. Minervini, *L'abuso di dipendenza economica rilevante per la concorrenza e il mercato*, in G. Colangelo – V. Minervini (a cura di), *cit.*, p. 79.

zione in chiave pro-concorrenziale della disciplina e *ii*) tutela dell'efficienza dinamica dei mercati quale obiettivo dell'azione amministrativa.

3. L'abuso di dipendenza economica nelle prime pronunce del Giudice amministrativo

La domanda da affrontare a questo punto è: come è stata accolta questa impostazione nella giurisprudenza amministrativa?

Va detto, in premessa, che siamo in una fase iniziale (appunto, in "una nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica") in cui il Giudice amministrativo, alle prese con una materia quasi del tutto sconosciuta, sta muovendo i suoi primi passi, cercando di riempire di contenuto le nozioni indeterminate in cui si sostanzia la fattispecie e di circoscrivere l'ambito di esercizio del potere conferito all'autorità amministrativa. Ne emerge un quadro fatto più di ombre che di luci in cui la *ratio* pro-competitiva dell'istituto e la tutela dell'efficienza dinamica del mercato sembrano scivolare in secondo piano.

Dalle pronunce finora adottate, infatti, emergono soprattutto due dati.

Il primo attiene alla tendenza del Giudice amministrativo a compiere una valutazione atomistica, ovvero parcellizzata dei singoli elementi probatori raccolti dall'Autorità (in termini ad es. di indici rivelatori della dipendenza economica), perdendo di vista il fenomeno economico e il quadro in cui lo stesso si colloca, cioè il mercato.

Il secondo dato attiene a una certa difficoltà a cogliere fino in fondo la *ratio* dell'intervento dell'Autorità (e a trarne tutte le conseguenze), che è valutare non la liceità civilistica delle singole clausole contrattuali, bensì l'impatto della complessiva condotta scrutinata sul corretto funzionamento del mercato.

Questa difficoltà del Giudice a "calare" l'abuso nella dimensione concorrenzialepuò discendere, almeno in parte, dalla sostanziale diversità di prospettive che corre tra il diritto civile e il diritto della concorrenza: mentre il primo è ispirato da un approccio statico e centrato sul rapporto negoziale, il diritto della concorrenza è caratterizzato da un approccio funzionale e dinamico che si proietta al mercato; l'analisi parte, sì, dal rapporto negoziale, ma per andare verso il mercato e, nel valutare l'impatto condizionante sui meccanismi

concorrenziali, ha maggiore bisogno di integrare diritto ed economia, norma e realtà fattuale.

L'impressione che si ricava dalle prime pronunce è che il Giudice amministrativo, alle prese con una materia estranea al suo tradizionale ambito di intervento, vada alla ricerca di solidi ancoraggi e finisca per trovarli nella fisionomia civilistica della fattispecie, così vincolandosi a guardare alla decisione dell'Autorità in un'ottica - quella del diritto dei contratti - dove il mercato come obiettivo ultimo dell'azione amministrativa giocoforza scompare.

3.1 Sull'accertamento della dipendenza economica

Non v'è chi non veda che la dipendenza economica è una situazione di fatto che non può basarsi esclusivamente su connotati di tipo giuridico formale, ma il cui accertamento richiede anche e necessariamente l'apporto dell'analisi economica per valutare l'effettiva soggezione dell'impresa dipendente all'altrui potere unilaterale e l'assenza di alternative concretamente praticabili per l'impresa abusata.

Questo non significa che lo sguardo del civilista non possa offrire importanti elementi di valutazione, a cui l'Autorità di concorrenza ha mostrato in concreto di voler attingere: basti considerare che sentenze civili di merito e di legittimità sono ampiamente richiamate nei primi casi da essa conclusi. E però, come rilevato, la nozione di dipendenza economica, nell'ottica concorrenziale, richiede di essere inquadrata in un contesto più ampio che non può prescindere dalla situazione di mercato.

La distanza tra i due approcci (statico/dinamico) emerge con chiarzza nel caso A539 *Poste Italiane/Contratti fornitura servizio di recapito*.

Nell'ottica concorrenziale, è pacifico che la dipendenza economica di un soggetto nei confronti di un altro vada esaminata alla luce di più elementi che, nel loro complesso, consentono di individuare tale posizione.

Nel provvedimento di chiusura del procedimento istruttorio, l'Autorità aveva dettagliatamente ricostruito e descritto la *posizione di dipendenza economica* in cui Soluzioni si era trovata nei confronti di Poste Italiane, analizzando in profondità plurimi e diversi elementi: i) la durata del rapporto negoziale, in ragione del susseguirsi dei rinnovi con l'operatore postale; ii) l'asimmetria negoziale

esistente tra le Parti; iii) la situazione di sostanziale mono-committenza; iv) l'integrazione del compendio aziendale di Soluzioni con le specifiche richieste da Poste Italiane; iv) l'identificazione dell'immagine commerciale di Soluzioni con quella di Poste Italiane; v) l'assenza di alternative adeguate sul mercato idonee a consentire a Soluzioni di proseguire la propria attività a seguito dell'interruzione del rapporto contrattuale con Poste Italiane; vi) gli investimenti sostenuti da Soluzioni per lo svolgimento dell'attività di recapitista di Poste Italiane.

L'approccio olistico, che punta a cogliere l'impatto congiunto e complessivo di tali indici rivelatori, non viene condiviso dal Giudice di primo grado, che nella sentenza contesta, uno a uno, in modo - va detto - alquanto sbrigativo, tutti gli elementi addotti, a partire dal tema della durata del rapporto che l'Autorità aveva specificamente valorizzato, posto che la relazione tra Soluzioni e Poste Italiane si era protratta per quasi venti anni, e che viene liquidato nella sentenza con una sola battuta, laddove si afferma che, come ricostruito dall'Autorità, trattasi di un elemento "neutro"[19].

Viene negato poi, sorprendentemente, ogni rilievo al dato di contesto - estrinseco alle singole clausole contrattuali, eppure centrale in una prospettiva antitrust - dell'enorme asimmetria esistente tra le parti, di cui una è un modesto operatore locale, l'altra è l'*ex* monopolista legale del servizio postale che, anche a seguito della liberalizzazione, è rimasto l'operatore di riferimento del settore, ancora monopolista su molti mercati.

Pure negletto un altro fattore di rilievo economico e non giuridico formale: l'Autorità aveva svolto una complessa analisi dei costi e dei ricavi imputabili a Soluzioni nel periodo oggetto di valutazione, dimostrando in concreto la situazione di dipendenza economica in cui la società si era venuta a trovare in ragione delle condizioni contrattuali ad essa imposte da Poste Italiane con l'Accordo Quadro 2012-2013.

Su questi aspetti ed anche su altri (es. l'impiego di segni distintivi del com-

19. È fin troppo noto, in dottrina come in giurisprudenza, che la fattispecie classica di abuso di dipendenza economica ricorre proprio nei rapporti commerciali di lunga durata, nei quali generalmente la società dipendente concentra la propria attività su di un unico fornitore, sopportando investimenti specializzati e, quindi, difficilmente utilizzabili per impieghi diversi, sì che non può cambiar *partner* commerciale agevolmente.

mittente, la sostanziale mono-committenza; l'affidamento a seguito di procedura di gara) pende il giudizio di appello e occorrerà, dunque, attendere le valutazioni del Consiglio di Stato.

Pare, tuttavia, che una riflessione già ora possa essere svolta, richiamando quanto già anticipato circa l'importanza, quando si valuta la dipendenza economica in una prospettiva concorrenziale, di non svolgere una valutazione disgiunta, parcellizzata dei singoli elementi rivelatori della posizione, ma di valutarli in modo unitario e in un'ottica di mercato. Diversamente, non si coglie la sostanza del fenomeno economico.

Lo indica bene il passaggio della sentenza in cui il Giudice amministrativo dà rilievo, per negare la dipendenza economica accertata dall'Autorità, alla circostanza che nei primi anni le commesse a favore di Soluzioni avevano dato luogo alla registrazione di profitti per la società. Se questo elemento viene valutato in modo asettico e disgiunto da tutto il resto, senza inquadrarlo nello specifico contesto di mercato, non se ne coglie l'autentico rilievo: non si coglie, cioè, il fatto che gli anni in cui si erano registrati profitti per Soluzioni erano gli stessi anni in cui Poste Italiane fronteggiava sul mercato la concorrenza di Nexive, evitando che potesse trovare conveniente fornire i propri servizi alla concorrenza.

La sensazione è che, nel caso Poste Italiane, non ci sia stata piena comprensione della dipendenza come fenomeno economico e si sia guardato ad essa con un approccio statico, che ha perso di vista la dinamica di mercato.

Diversamente, nella sentenza del TAR Lazio sul provvedimento cautelare adottato dall'Autorità nel caso Meta-SIAE, il Giudice sembra aver colto la dipendenza di mercato pure a fronte di un approccio innovativo dell'Autorità, che ha ritenuto *prima facie* sussistente lo stato di dipendenza economica di SIAE nei confronti di Meta, anche se SIAE è la principale *collecting* attiva in Italia e non sviluppa una parte significativa del proprio fatturato con Meta.

Alla base di tale approccio sta l'idea che l'abuso di dipendenza economica nei mercati digitali non può che connotarsi secondo criteri ermeneutici diversi e innovativi per cogliere pienamente le dinamiche interne agli ecosistemi digitali. In tale ottica, lo stato di dipendenza economica è stato valutato in relazione alla realistica possibilità di SIAE (e degli autori da questa rappresentati) di raggiungere, in assenza della licenza con Meta, tutto il pubblico che utilizza le

piattaforme social. Alla luce delle caratteristiche di Meta, l'Autorità ha concluso che SIAE non ha sul mercato effettive alternative in tal senso. Infatti, poste le caratteristiche delle piattaforme digitali in termini di effetti di rete e di capacità di raggiungere un elevato numero di utenti finali, Instagram e Facebook rappresentano le piattaforme digitali di social network di maggior rilievo negli Stati Uniti e a livello europeo, ivi inclusa l'Italia. Come detto, tale lettura è stata pienamente condivisa dal TAR, secondo il quale «*è evidente come senza un accordo con la parte ricorrente Siae non possa raggiungere gli iscritti ai ridetti social network: in altre parole, determinante è il ruolo di Meta nel consentire il raccordo tra i suoi utenti e le opere tutelate dalla Siae*»[20].

3.2 Sull'abusività della condotta

Una considerazione in parte analoga può essere svolta con riguardo all'abusività della condotta. Sia nel caso A526 - *Mercato della Distribuzione della stampa quotidiana e periodici nell'area di Genova e del Tigullio* che in A539 - *Poste Italiane/Contratti fornitura servizio di recapiti*, il provvedimento dell'Autorità è stato annullato su questo specifico profilo.

Nel primo caso, si è detto, tra l'altro, che l'esercizio della facoltà di recesso da parte di M-DIS era contrattualmente prevista, era avvenuto nei termini e, dunque, nessuno abuso poteva ravvisarsi.

Nel secondo caso, l'istruttoria aveva dimostrato che le diverse clausole contrattuali imposte in realtà avevano avuto l'effetto di vincolare sempre di più Soluzioni all'attività svolta per Poste Italiane, impedendo alla stessa - una volta interrotto tale rapporto contrattuale - di trovare alternative valide sul mercato per ricollocare la propria attività.

Anche su questo versante il criterio di giudizio utilizzato dal Giudice amministrativo non risulta appagante, poiché si sostanzia in un'analisi atomistica delle singole clausole contrattuali, senza considerare che le stesse non risulta-

20. Con sentenza pubblicata in data 2 luglio 2024, n. 863, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha accolto l'appello avverso la sentenza di primo grado, sopra richiamata. Nell'annullare il provvedimento cautelare dell'Autorità, il Giudice di secondo grado ha ravvisato diverse carenze istruttorie e non ha condiviso l'accertamento della ricorrenza dei presupposti legittimanti l'intervento cautelare dell'Autorità.

vano funzionali e necessarie alla causa del contratto di fornitura stipulato tra le parti ma, al contrario, erano state applicate da Poste, abusando della propria posizione contrattuale, in danno del concorrente.

È un concreto esempio del disallineamento del Giudice amministrativo rispetto ad un punto metodologico – sopra richiamato – che è del tutto pacifico e consolidato nel diritto della concorrenza: che, cioè, oggetto di valutazione da parte dell'Autorità non è mai la liceità civilistica delle singole previsioni contrattuali, quanto piuttosto l'applicazione abusiva che tali pattuizioni - in sé del tutto lecite, in linea teorica - hanno avuto, riguardate nel loro complesso, sulla operatività di un soggetto che si trovava in una situazione di dipendenza economica.

L'elemento dirimente per accertare l'abusività o meno della condotta non è la liceità o meno delle singole clausole (o dell'esercizio di un certo diritto contrattuale), ma la finalità anti-competitiva - secondo il canone di buona fede - dell'imposizione delle previsioni contrattuali sulla parte più debole del sinallagma[21].

3.3 Sulla rilevanza concorrenziale dell'abuso di dipendenza economica

I casi finora chiusi dall'Autorità attengono tutti ad alcune figure contrattuali (franchising e contratti di distribuzione verticale) che sembrano presentare caratteristiche tipologiche simili.

Se si guarda alla prima prassi applicativa dell'Autorità, la rilevanza concorrenziale dell'abuso è stata individuata fondamentalmente in due ipotesi, ovvero laddove:

a) le condizioni contrattuali inique sono state applicate in maniera ripetitiva e indiscriminata, a un numero elevato di controparti, prive di potere negoziale rispetto alla controparte "forte" del rapporto, secondo uno schema prestabilito e tendenzialmente indifferente rispetto alle peculiarità del rapporto con il singolo contraente (es. McDonalds; Original Marines; Benetton, Wind Tre);
b) le parti hanno una dimensione e una posizione di per sé rilevanti nella dinamica dei mercati interessati (Poste; M-Dis, Meta-SIAE).

21. Dall'istruttoria era emerso chiaramente che l'obiettivo di Poste Italiane era quello di evitare che la società potesse "aggredire il mercato" una volta interrotto il rapporto con Poste. Lo stesso era accaduto con M-Dis nel caso A525 (Distribuzione stampa periodica), *cit.*

Nei limitati casi in cui il Giudice amministrativo si è pronunciato sulla rilevanza concorrenziale dell'abuso, quali sono state le valutazioni svolte?

Viene in rilievo, di nuovo, anzitutto la sentenza del TAR Lazio sul caso Poste Italiane/Contratti di fornitura servizi di recapito, dove è stato sostanzialmente disconosciuto il pregiudizio per la concorrenza.

Secondo il Giudice amministrativo, la rilevanza concorrenziale dell'abuso non può considerarsi dimostrata per il solo fatto che una certa impresa sia stata costretta ad uscire dal mercato poiché - osserva il Giudice - questo fatto potrebbe anche dipendere dall'ingresso nel mercato di altre imprese più efficienti.

In realtà, l'istruttoria aveva dimostrato che l'uscita dal mercato dell'impresa rappresentava un importante elemento pregiudizievole per il funzionamento del processo competitivo poiché Soluzioni, nella dimensione locale, rappresentava un operatore di riferimento[22].

Ancora una volta, è il contesto di mercato in cui è realizzato l'abuso che viene perso di vista, e che è invece essenziale considerare per comprendere l'idoneità della fattispecie a produrre un impatto anticoncorrenziale[23].

Diverso è stato, invece, l'approccio dello stesso Giudice nella sentenza di primo grado sul provvedimento cautelare nel caso Meta-SIAE dove sono specificamente apprezzati e valutati gli effetti della condotta sulla concorrenza: in termini di impedimento all'accesso alla piattaforma che costituisce un *vulnus* gravissimo per gli artisti; di rischio per SIAE di essere abbandonata in favore di soggetti gestori che abbiano concluso l'accordo con Meta, di rischio di contrazione delle opere musicali disponibili e, quindi, di possibilità di fruizione del pubblico.

22. Nel caso di specie, in particolare, la condotta abusiva era stata attuata in un contesto nel quale la concorrenza era già in sé contenuta - a fronte della storica posizione di monopolista legale di Poste Italiane, operatore sicuramente in posizione dominante sul mercato - sicché i soggetti esclusi dall'abusante risultavano essenziali al mantenimento di quel minimo di concorrenza che la loro presenza aveva fino allora garantito. Escludendo Soluzioni dal mercato, Poste Italiane non solo aveva privato i suoi concorrenti della possibilità di utilizzare Soluzioni come loro recapitista, ma aveva addirittura privato la stessa Soluzioni della possibilità di crescere come avrebbe potuto e di diventare essa stessa un operatore postale autonomo ed indipendente in grado di operare sul mercato in concorrenza con la stessa Poste Italiane.

23. Va, cioè, in concreto considerato se: i) la parte abusata costituisca o meno un elemento importante per il processo competitivo, ii) se la condotta sia generalizzata e iii) se il soggetto più forte possa, in tal modo, ostacolare illegittimamente la crescita di operatori efficienti, potenziali concorrenti, ovvero privare i suoi diretti concorrenti di una risorsa importante.

4. Spunti conclusivi

È indubbio che dalle prime pronunce del Giudice amministrativo stanno emergendo differenze di approcci e di visioni con riferimento a ciascuno degli elementi costitutivi della fattispecie: posizione di dipendenza economica, nozione di abuso, rilevanza concorrenziale della condotta.

L'Autorità di concorrenza, nel dare applicazione alla norma di cui all'art. 9, comma 3-*bis* della legge n. 192 del 1998, ha una posizione ben precisa intimamente connessa al suo DNA, che resta, anche in questo ambito, la tutela del mercato, e che è stata finora correttamente valorizzata nella sentenza del TAR Lazio sul caso Meta-SIAE.

Nelle altre pronunce emerge, invece, una notevole distanza di prospettive, con la tendenza del Giudice a compiere una valutazione atomistica dei singoli elementi probatori raccolti, che fa perdere di vista il fenomeno economico e il contesto di mercato in cui lo stesso si colloca.

Parimenti, emerge in sede di ricostruzione dell'abuso e della sua rilevanza concorrenziale, una certa difficoltà a cogliere fino in fondo la *ratio* dell'intervento dell'Autorità: il fatto, cioè, che il compito di tale Istituzione, quando accerta un abuso di dipendenza economica, non è valutare la liceità civilistica delle singole clausole contrattuali, bensì la legittimità sul piano concorrenziale della condotta scrutinata.

Certamente, una cosa va riconosciuta: se a consolidarsi sarà il ragionamento svolto dal Giudice amministrativo nella sentenza sul caso *Poste Italiane/Contratti di fornitura servizi di recapito*, l'intervento amministrativo dell'Autorità di concorrenza rischia di perdere le sue potenzialità e di appiattirsi sulla tutela civilistica.

È questa, in ultima analisi, la vera posta in gioco del confronto tutt'oggi aperto sulle condizioni di utilizzo dello strumento.

Va anche detto con chiarezza che l'abuso di dipendenza economica, mentre può completare e arricchire lo strumentario dell'Agcm, certamente non configura una scorciatoia rispetto all'abuso di posizione dominante poiché i presupposti di applicazione sono molto più incerti e forte è il rischio che lo sforzo istruttorio sostenuto dall'Autorità non resista al sindacato del Giudice amministrativo.

Fondamentale è il contributo che può venire dall'analisi economica per in-

dividuare e reprimere solo gli abusi che possono dar luogo a una perdita di efficienza, e non a una mera redistribuzione di benessere dal contraente debole al contraente forte: e, quindi, per distinguere tra quelle situazioni in cui la tutela del contraente debole può effettivamente arricchire il tenore competitivo del mercato da quelle nelle quali invece si può scivolare verso una deriva paternalistica/equitativa che – al di là del giudizio intrinseco – si collocherebbe fuori del perimetro delle finalità e dei poteri dell'Antitrust, gravandola di compiti non propri.

Questo sforzo dell'Antitrust sarebbe vano se all'analisi economica della fattispecie non si aprisse anche il Giudice amministrativo.

L'auspicio, dunque, è che vi sia una progressiva maturazione ed evoluzione in questo senso. Siamo ancora in una fase iniziale, di rodaggio; non è facile per l'Autorità misurarsi con questo strumento; non lo è neppure per il Giudice amministrativo che sta procedendo probabilmente anche per esplorazioni ed approssimazioni successive.

Occasioni come quella odierna possono essere utili per mettere a confronto le diverse prospettive, riflettere sui punti di frizione e agevolare, se non il superamento della tradizionale giustapposizione tra "*diritto civile e tutela del mercato*", quantomeno la comprensione dei punti di vista e l'arricchimento reciproco, nel segno di una sana dialettica e complementarità.

DIPENDENZA ECONOMICA E MERCATI DIGITALI

Alberto M. Gambino

Sommario: ***1.*** *Scenario di mercato.* ***2.*** *Innovazione e benessere.* ***3.*** *Due fattispecie di intervento normativo.* ***4.*** *Verso una nuova logica normativa dell'antitrust "tecnologico".* ***5.*** *Diritto civile e tutela del mercato.*

1. Scenario di mercato

Il mercato digitale comprende piattaforme *online* che facilitano l'incontro tra aziende e consumatori, agevolando la fornitura di beni e servizi, attraverso nodi centrali di interazione commerciale virtuale. Si tratta di mercati caratterizzati dalla capacità di operare in un ambiente digitale, ai quali acquirenti e venditori accedono per mezzo di tecnologie avanzate che permettono la fruizione dei servizi offerti a livello globale[1]. Le imprese che vi operano sono sia di piccole dimensioni che grandi multinazionali[2].

I mercati digitali offrono vantaggi, che possono essere analizzati sotto diversi profili. In primo luogo, la rete globale permette alle imprese di superare le tradizionali barriere geografiche e di accedere a mercati precedentemente inaccessibili, rendendo il commercio internazionale più semplice e immediato. Un altro vantaggio significativo è la possibilità di creare esperienze personalizzate per i consumatori. Attraverso l'uso di algoritmi e tecnologie di *machine learning*, le piattaforme digitali possono analizzare i comportamenti di acquisto e le preferenze degli utenti, offrendo contenuti e prodotti su misura, incrementando così il livello di soddisfazione e di fidelizzazione del cliente[3]. La per-

1. In tema, ex multis, L. Ammannati - F. Costantino, *Intelligenza artificiale e regolazione dei mercati digitali: modelli di regolazione e regolatori*, in A. Pajno -F. Donati -A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. I, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 547 ss.

2. Si veda E. A. Raffaelli, *I mercati digitali e le norme di regolazione: tra limiti del diritto antitrust e nuove modalità di intervento ex ante,* in *Riv. dir. ind.*, 2024, pp. 45 ss.

3. Con sguardo più ampio, si leggano le pagine di M. Palazzo, *Potere della tecnica e funzione del diritto*, in *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, 2024, pp. 115 ss.

sonalizzazione delle offerte consente anche alle piccole imprese di competere con attori di dimensioni più grandi, abbattendo i costi iniziali legati a strategie pubblicitarie su larga scala e aumentando la competitività a livello di nicchia.

Dal punto di vista economico, l'eliminazione di spese legate alla gestione di punti vendita fisici, al personale e alle infrastrutture logistiche, permette alle aziende di concentrare le risorse in altre aree cruciali per lo sviluppo e la crescita.

Inoltre, uno dei principali benefici dei mercati digitali è la possibilità di raccogliere e analizzare in tempo reale dati relativi al comportamento dei consumatori. Le piattaforme digitali, infatti, offrono strumenti avanzati di monitoraggio e analisi, che consentono alle imprese di comprendere in modo dettagliato le tendenze del mercato e le preferenze dei consumatori. Tale analisi predittiva consente alle imprese di anticipare le esigenze del mercato, ottimizzare le strategie di vendita e migliorare la qualità dei prodotti e servizi offerti, al fine di rispondere in modo tempestivo ed efficace ai cambiamenti nelle abitudini di consumo[4].

2. Innovazione e benessere

L'innovazione digitale, in particolare nell'ambito dei mercati virtuali, è stata oggetto di ampie discussioni in dottrina e giurisprudenza, quanto ai suoi effetti sotto il profilo giuridico ed economico[5].

La prima questione è se l'innovazione digitale abbia effetti positivi sul benessere dei consumatori. I mercati digitali generano effetti favorevoli in ordine alla possibilità di accedere a una vasta gamma di beni e servizi con correlata maggiore libertà di scelta. Tale aumentata accessibilità, unita alla possibilità di comparare prezzi, caratteristiche e qualità dei prodotti in tempo reale, migliora la posizione negoziale del consumatore e favorisce una selezione più consapevole e informata. L'adozione di tecnologie innovative, come i sistemi di intelligenza artificiale e le raccomandazioni personalizzate, consente alle

4. I pregi descritti fanno propendere taluno per l'attrazione delle piattaforme nell'orbita del diritto pubblico, v. E. Cremona, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni princìpi di servizio pubblico?*, in *Giur. cost.*, 2023, pp. 467 ss.

5. Sul punto v. A. Iannotti della Valle, *Il Digital Markets Act e il ruolo dell'Unione Europea verso un costituzionalismo digitale* in *Giur. cost.*, 2022, pp. 1867 ss.

piattaforme di soddisfare meglio le preferenze individuali.

Nonostante tali vantaggi, però, potenziali rischi riguardano la lesione della *privacy*, con violazioni dei diritti fondamentali del consumatore, tra cui il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali[6]. La digitalizzazione delle transazioni e dei servizi può esporre i consumatori a forme di disuguaglianza digitale, in cui coloro che non hanno accesso a tecnologie adeguate o che non sono in grado di utilizzare piattaforme *online* rischiano di rimanere esclusi dal mercato.

In chiave concorrenziale i mercati digitali possiedono effetti ambivalenti. Da un lato, la diffusione di piattaforme online e di nuovi modelli di *business* ha favorito l'ingresso di operatori nel mercato, abbattendo le barriere all'ingresso e aumentando la competitività. Le piccole e medie imprese, grazie all'accesso a strumenti di *marketing* digitale e a piattaforme globali, sono in grado di competere con attori di dimensioni maggiori, contribuendo a una diversificazione dell'offerta e a una riduzione dei prezzi. L'innovazione avrebbe così il potenziale di incentivare la concorrenza.

Tuttavia, l'innovazione digitale comporta anche distorsioni[7]. Le piattaforme digitali, infatti, favoriscono la concentrazione del mercato in favore di pochi attori dominanti, i cosiddetti "gatekeeper" (guardiani dell'accesso), che esercitano un controllo significativo sulle transazioni economiche, sulle informazioni e sul posizionamento dei prodotti[8]. Il fenomeno comporta che le imprese, che controllano l'accesso alle piattaforme e ai mercati virtuali, influenzino il gioco concorrenziale, imponendo condizioni svantaggiose per i concorrenti e limitando la libertà di scelta dei consumatori. Inoltre, la raccolta massiva di dati e la creazione di ecosistemi chiusi restringe la concorrenza in modo anti-competitivo, determinando un "*lock-in effect*", che lega i consumatori a determinate piattaforme, limitando la loro possibilità di esplorare alternative.

Gli Stati membri possono adottare strumenti di tutela più rigorosi, come pre-

6. In tema, R. Janssen - R. Kesler M.E. Kummer - J. Waldfogel, *GDPR and the Lost Generation of Innovative Apps*, *NBER Working Paper*, 2022, n. 30028.

7. Sia consentito il rinvio a A.M. Gambino - C. Manzi, *Intelligenza artificiale e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.* 2019, pp. 1657 ss.

8. Sulla centralità del gatekeeper v. P. Manzini, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Markets Act,* in *I Post di AISDUE*, 2021, fasc. 2, pp. 32 ss.

visto dal regolamento (CE) n. 1/2003, che stabilisce le modalità di applicazione delle normative antitrust a livello nazionale. In particolare, l'articolo 3, paragrafo 2, del suddetto regolamento consente di applicare normative più severe in materia di concorrenza, a condizione che tali disposizioni non siano incompatibili con il diritto dell'Unione e non violino i principi fondamentali del mercato interno.

L'opzione più protettiva consente agli Stati membri di adottare misure specifiche in risposta alle peculiarità dell'ordinamento giuridico interno e alle necessità di protezione dei consumatori in ambiti particolari, come nel caso delle pratiche abusive o delle condizioni di concorrenza svantaggiose per determinate categorie di consumatori. L'autonomia concessa permette, ad esempio, l'introduzione di leggi nazionali che inaspriscano le sanzioni per le violazioni antitrust o che promuovano politiche di maggiore trasparenza nelle transazioni commerciali, creando uno spazio normativo integrativo delle disposizioni europee. Il margine di autonomia non è illimitato, e gli Stati membri devono operare nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione, evitando normative che creino ostacoli ingiustificati alla libera circolazione dei beni e dei servizi.

3. Due fattispecie di intervento normativo

Nell'orizzonte tracciato, l'art. 33 della legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021) ha modificato l'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, norma che disciplina l'abuso di dipendenza economica, con l'obiettivo di contrastare le pratiche anticoncorrenziali e proteggere le imprese più vulnerabili, in particolare nei contesti digitali.

Il fondamento dell'abuso di dipendenza economica sta nella dipendenza stessa. Per configurarsi un legame di dipendenza è necessario che un'impresa si trovi in una posizione di vulnerabilità rispetto all'impresa che controlla un fattore determinante per l'accesso al mercato. La dipendenza economica implica quindi l'esistenza di un vincolo che limita la libertà di scelta dell'impresa più debole.

Il secondo requisito, l'abuso, si verifica quando la parte dominante sfrutta tale dipendenza per imporre condizioni gravose, lesive degli interessi economici della parte più debole. In particolare, l'abuso si manifesta in pratiche che condizionano indebitamente il comportamento della parte più vulnerabile, costringendola

a conformarsi a condizioni che non riflettono il giusto equilibrio tra le due parti.

La modifica normativa riguarda due fattispecie: il diniego di condivisione dei dati e l'imposizione di condizioni inique o gravose nei contratti di fornitura di servizi di intermediazione online.

L'abuso si traduce in pratiche di mercato che danneggiano la competitività e la concorrenza, creando squilibri che precludono la possibilità di competere per gli operatori più piccoli.

Il diniego di condivisione dei dati rappresenta una delle pratiche potenzialmente dannose per la concorrenza e per la trasparenza nel mercato digitale. Le piattaforme online, che operano come intermediari tra fornitori e consumatori, detengono una quantità significativa di dati sui comportamenti di acquisto, preferenze, abitudini di consumo e interazioni degli utenti. Sono dati, che, se condivisi recherebbero beneficio ad altri operatori, in termini di innovazione e personalizzazione dell'offerta di beni e servizi.

Il diniego di condivisione dei dati può, dunque, costituire una forma di abuso di dipendenza economica nei confronti di imprese che, senza l'accesso a tali informazioni, si trovano in una posizione di svantaggio competitivo. La dipendenza economica si configura se il fornitore non ha alternative per accedere al mercato.

La seconda fattispecie riguarda l'imposizione di condizioni inique o gravose nei contratti di fornitura di servizi di intermediazione online. Le piattaforme digitali, in quanto intermediari tra i fornitori di beni e i consumatori, spesso impongono contratti standardizzati ai propri partner commerciali, che non hanno altra scelta se non accettare tali condizioni per poter operare sulla piattaforma. L'abuso si verifica quando una parte impone clausole particolarmente svantaggiose alla parte più debole, che non ha la possibilità di negoziare le condizioni. Sono clausole che includono commissioni elevate, esclusività, limitazioni alle vendite, penali, restrizioni unilaterali.

Le due fattispecie descritte si presentano come manifestazioni di comportamenti che, a seconda della prospettiva da cui vengono osservati, possono configurare atti di volontà impositivi e pratiche anticoncorrenziali.

Il diniego di condivisione dei dati è atto di volontà unilaterale motivato dal mantenimento di una posizione di primazia nel mercato e produce effetti pregiudizievoli sulle condizioni di competitività di altri operatori, precludendo

loro la possibilità di adottare strategie basate su dati reali. Nel caso dell'imposizione di condizioni inique, la pratica è tipica di una dinamica contrattuale, nella quale una parte dominante impone clausole particolarmente onerose, non negoziabili, che gravano sul contraente debole. In questo caso, il comportamento della piattaforma non è solo un atto di volontà "difensiva", ma si configura come una strategia di mercato che sfrutta l'asimmetria informativa e di potere per imporre condizioni sfavorevoli. In entrambi i casi, l'analisi di tale atto/comportamento può variare in base alla prospettiva che si adotta, tanto in ambito negoziale quanto in ambito antitrust.

La fattispecie dell'abuso di posizione dominante in questi casi potrebbe non operare, in quanto è necessario che l'impresa abbia una posizione dominante nel mercato, intesa come la capacità di influenzare in modo significativo le condizioni di concorrenza nel settore.

Le piattaforme digitali non possiedono una posizione dominante e consolidata, operando in mercati caratterizzati da dinamiche competitive fluide. Ad esempio, una piattaforma potrebbe essere dominante in un determinato segmento di mercato, ma non necessariamente in altri, e le sue pratiche potrebbero non essere in grado di alterare significativamente le condizioni di concorrenza in modo stabile e duraturo.

Il diniego di condivisione dei dati o l'imposizione di condizioni inique si fondano, dunque, su una relazione asimmetrica, ma non necessariamente su una posizione dominante nel mercato.

Lo scenario è tipico nei contratti tra piattaforme digitali e piccoli fornitori.

L'abuso di dipendenza economica si collega a due principali strumenti di tutela: l'azione civile oppure l'*enforcement* antitrust.

Nella prima, il soggetto che subisce il danno, ossia l'impresa più debole, può agire per tutelare i propri interessi davanti all'autorità giudiziaria, richiedendo l'annullamento di clausole inique o il risarcimento del danno subito. In questa prospettiva, l'abuso di dipendenza economica si inserisce in un contesto di equità e di bilanciamento: il giudice, infatti, si trova a dover valutare se le condizioni imposte dalla parte dominante siano proporzionate e giustificate, oppure se costituiscano una lesione dei diritti della parte più debole.

Nel contesto antitrust, l'abuso di dipendenza economica è oggetto di inter-

vento delle autorità (AGCM e Commissione Europea), che hanno il compito di garantire il corretto funzionamento del mercato e di prevenire comportamenti che possano lesionare la concorrenza. L'intervento antitrust si distingue dalla protezione giudiziale in quanto si concentra sulla tutela dell'ordine pubblico concorrenziale, valutando se le pratiche in questione abbiano un impatto negativo sulla concorrenza e sulla libera circolazione dei beni e dei servizi.

Nel contesto dei mercati digitali, tuttavia, le *rationes* che confinano gli ambiti dei due rimedi si fa labile[9], schiudendosi sempre maggior portata alle azioni civili negoziali per difendere il concorrente vulnerabile, ossia quella parte che è stata danneggiata dal comportamento scorretto di una piattaforma, e, allo stesso tempo, attribuendosi maggiore risalto pubblico alla difesa dei diritti degli operatori economici più deboli. Ne consegue che la dicotomia *enforcement* pubblico – *enforcement* privato appare ormai inconferente[10].

4. Verso una nuova logica normativa dell'antitrust "tecnologico"

Ci si può a questo punto domandare se, ove una pratica abusiva di dipendenza economica diventi sistematica e diffusa, essa possa comportare una concentrazione di potere tale da configurare una posizione dominante. Il rifiuto seriale di condividere dati o l'imposizione di condizioni inique può progressivamente rafforzare un potere nel mercato tale da porsi quale barriera anti-competitiva, con distorsione del gioco concorrenziale?

La fattispecie dell'abuso, nell'accezione di pratica monopolistica tradizionale, si traduce allora in una posizione dominante di dipendenza economica in un contesto digitale, il cui mercato rilevante, peraltro, non è sempre di immediata identificazione. La casistica ci indica imposizioni da parte di piattaforme di vincoli severi attraverso contratti selettivi e restrizioni sulle modalità di vendita

9. Si veda, anche con riferimento a quanto si dirà sul DMA, R. Podszun, *Private enforcement and the Digital Markets Act*, in *Verfassungsblog*, 1° settembre 2021, consultabile *online*; C. Schepisi, *L'enforcement del Digital Markets Act: perché anche i giudici nazionali dovrebbero avere un ruolo fondamentale*, in *I Post di AISDUE*, 17 gennaio 2022, consultabile *online.*

10. Cfr. C. *Solinas, Autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali,* Cacucci, Bari, 2022, *passim.*

dei propri prodotti, creando così stringenti relazioni di dipendenza economica e costrizioni al legame di esclusività[11] oppure uso di big data da parte di piattaforme per rendere il mercato impermeabile a nuovi entranti: barriere di switching e difficoltà nel trovare alternative sono indicatori di lock-in. Il fenomeno dell'*intermediation power* descrive efficacemente il potere di controllo delle piattaforme sulle interazioni tra imprese e consumatori nei mercati data-driven[12].

In questo contesto, l'introduzione di normative come il Digital Markets Act (DMA) rappresenta una risposta, introducendo regole che limitano le pratiche abusive e impongono obblighi di trasparenza e di non discriminazione nei confronti delle imprese che dipendono dalle piattaforme per raggiungere i propri consumatori[13]. ll regolamento DMA risponde alla logica *ex ante*, cercando di prevenire pratiche scorrette e garantire un mercato digitale equo e competitivo[14], là dove il rischio di abusi di potere è amplificato dal contesto tecnologico e data-driven che caratterizza i mercati digitali moderni[15]. Ma anche il DMA, concepito principalmente per disciplinare attori tecnologici già affermati - piattaforme digitali che operano come gatekeeper dei mercati – non scioglie l'interrogativo di quale ruolo giochi l'antitrust nella tutela contro l'abuso di dipendenza economica di imprese tecnologiche emergenti[16]. Emerge, in altri termini, il tema della governance della tecnologia in un mercato globale e in continuo cambiamento[17]. Le piattaforme nel creare meccanismi di dipendenza

11. Per i casi più noti, con lettura di sintesi, v. M. Ainis, *L'Autorità Antitrust alla prova dei mercati digitali*, in *Dir. inf.*, 2022, p. 1 ss.

12. L'analisi è sviluppata da V. Zeno Zencovich, *Big data e epistemologia giuridica*, in S. Faro - T.E. Frosini - G. Peruginelli (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Il Mulino, Bologna 2020, pp. 13 ss.

13. Cfr. A. C. Witt, *The Digital Markets Act - Regulating the Wild West*, in *Common Market Law Review*, vol. 60, Issue 3, 2023, pp. 627-628.

14. Su questa linea, v. P. Akman, *Regulating Competition* in *Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, in *European Law Review*, 2022, pp. 16-17.

15. Sui *market failures*, già M. Libertini, *La Concorrenza degli Antichi e la Concorrenza dei Moderni*, in C. Rabitti Bedogni - P. Barucci (a cura di), *20 Anni di Antitrust. L'Evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 97 ss., pp. 116-117.

16. In chiave critica, v. B. Zelger, I. Kapusta, *The Principle of ne bis in idem in the Digital Economy EU Competition Law vs. the DMA?*, in *EU Law Live's Competition Corner*, 15 aprile 2024.

17. Punti di vista di vari autori ed esperti sono raccolti in V. Falce (a cura di), *Competition law*

economica appaiono refrattarie alla tradizionale normativa antitrust.

Bilanciamento tra libertà di iniziativa economica e tutela della concorrenza resta una delle sfide principali della regolazione nei mercati digitali caratterizzati da *leveraging power*, ovvero capacità di fare leva su un potere già esistente per estendere la propria influenza e controllo su più segmenti di mercato[18]. In un sistema di piattaforme digitali, un'impresa che detiene una posizione di forza nell'ambito della gestione dei dati può sfruttare tale potere per imporsi anche su altri ambiti o mercati secondari. Il meccanismo dello sfruttamento del potere esistente per dominare nuove aree del mercato è spesso la chiave della strategia delle piattaforme tecnologiche, che utilizzano l'informazione e i dati come leve per ottenere vantaggi competitivi in settori diversi da quello iniziale[19].

In questa direzione la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica si configura come un rimedio concorrenziale preventivo atto a proteggere *ex ante* attori economici vulnerabili rispetto al potere di una piattaforma digitale con crescente posizione di dominio tecnologico[20].

Il tema indica una ridefinizione del *potere* nel contesto digitale. Si potrebbe pensare che il potere tecnologico sia intrinsecamente legato alla scarsità di risorse fisiche, come l'acqua, l'elettricità o il gas, che sono considerati beni essenziali e difficilmente sostituibili. Tuttavia, la scarsità nel contesto digitale è relativa e non si applica alle stesse logiche di mercato che governano i beni tradizionali. Il potere tecnologico si manifesta attraverso la posizione dominante nell'infrastruttura digitale, dove una piattaforma che controlla dati può determinare in modo significativo le condizioni di accesso e di concorrenza in vari settori economici[21].

---

enforcement in digital markets, Giappichelli, Torino 2021, pp. 235 ss.

18. Precursore in tema è lo studio di P.L. Parcu, *On the convergence of antitrust and regulation*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, pp. 321 ss.

19. Cfr. M. Jamison, *Applying antitrust in digital markets: foundations and approaches*, in *bciptf.org*, 2020

20. L'interazione è colta da tempo: v. P. L. Parcu, *The Surprising Convergence of Antitrust and Regulation in Europe*, in *EUI Working Papers*, *Rscas* 2011/35.

21. Un riferimento utile per comprendere la logica del leveraging power è l'articolo 2597 c.c. del Codice civile italiano, che in qualche modo fa riferimento a pratiche simili, soprattutto nella sua applicazione in contesti di monopolizzazione dei mercati. L'articolo, infatti, stabilisce che chi detiene una posizione monopolistica in un mercato deve rispettare obblighi di servizio universale,

La tecnologia quindi non è solo uno strumento per facilitare gli scambi, ma diventa una risorsa che crea dipendenza da parte degli utenti e dei concorrenti. L'accesso ai dati e la capacità di trattarli in modo efficiente costituiscono una forma di potere che rende difficile la concorrenza.

Nel contesto dei mercati digitali, l'aspetto critico non è tanto la dominanza sul mercato quanto piuttosto una posizione di forza contrattuale che deriva da un rapporto asimmetrico tra una piattaforma e le imprese più piccole che dipendono da essa per l'accesso al mercato. In questi casi, la piattaforma sfrutta la sua posizione dominante nel controllo delle infrastrutture digitali (ad esempio, i social media, i motori di ricerca, i marketplace online) per imporre condizioni inique ai fornitori e ai consumatori, senza però raggiungere la soglia di una posizione dominante in senso tradizionale[22].

Non dunque fenomeno legato alla mera dominanza sul mercato, ma potere di operare una disparità contrattuale che si manifesta nel contratto di intermediazione, dove l'impresa dipendente è costretta ad accettare condizioni imposte dalla piattaforma per poter continuare a operare.

La crescita progressiva della piattaforma si realizza con acquisizione di utenti e dati: effetti di rete sono particolarmente rilevanti nei settori digitali, dove il valore di un servizio può così aumentare esponenzialmente, riducendo la concorrenza e creando barriere all'ingresso per nuovi concorrenti.

In un simile scenario, la tecnologia diventa un mezzo per creare dipendenza con implicazioni anche per la tutela del consumatore, in quanto una concentrazione del potere nelle mani di poche piattaforme rischia di limitare l'accesso ai prodotti e servizi.

La presunzione di una sorta di abuso di potere da parte delle piattaforme digitali non è esclusivamente causata dalla tecnologia in sé, ma dalla mancan-

---

un concetto che, seppur legato al settore delle utilities, risulta estendibile per analogia ai mercati digitali. Qui, la logica del leveraging si manifesta quando una piattaforma sfrutta il proprio potere tecnologico o il controllo dei dati per creare barriere all'ingresso, ridurre la concorrenza e spostarsi da un mercato primario a uno secondario, con effetti distorsivi per l'intero sistema economico.

22. In tema si leggano già le pagine di V. Falce - M. Granieri, *La "search neutrality" tra regolazione e abuso di posizione dominante*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, pp. 289 ss.

za di regole adeguate nella gestione di tale tecnologia[23]. In altre parole, è la assenza di regolamentazione sul potere dei big data, sulla protezione dei dati personali e sulla concorrenza nel mercato digitale che consente alle piattaforme di condizionare i comportamenti degli utenti e dei concorrenti[24].

5. *Diritto civile e tutela del mercato*

La questione se esista ancora una logica del codice civile e dell'autonomia negoziale scevra da un riflesso giuridico sulle c.d. esternalità che si producono sul mercato rimane centrale[25]. In un contesto tradizionale, la tutela civile garantisce il rispetto delle condizioni contrattuali e la protezione dei contraenti più deboli, mentre la tutela della concorrenza mira a preservare l'efficienza del mercato e l'equità nelle relazioni economiche, che perlopiù si attivano attraverso strumenti negoziali[26]. Già il diritto antitrust e ora il fenomeno dei mercati digitali hanno reso tali distinzioni sempre più labili. Abuso di dipendenza economica (contratto) e abuso di posizione dominante (mercato) non sono fenomeni facilmente separabili, anzi spesso si sovrappongono proprio con la crescente

23. La parziale comunanza lessicale di abuso di diritto e abuso di dipendenza economica può apparire fuorviante. L'abuso di diritto, infatti, implica una grave sproporzione tra le prestazioni o i vantaggi delle parti coinvolte in un contratto. Nel caso dell'abuso di dipendenza economica non è necessaria una sproporzione grave, ma è sufficiente che la dipendenza economica sia rilevante nel contesto della relazione commerciale. In altre parole, l'abuso di dipendenza economica si caratterizza per il fatto che una delle parti si trovi in una situazione di vulnerabilità tale da giustificare l'intervento della legge per limitare l'abuso da parte della parte più forte. Per altro verso, un'ulteriore riflessione riguarda il concetto di affidamento legittimo che le imprese possono nutrire nei confronti del rapporto contrattuale, un concetto che si radica profondamente nel diritto privato e che dovrebbe essere protetto da possibili abusi. L'affidamento sulla continuazione del rapporto commerciale, soprattutto in un contesto in cui una parte è economicamente dipendente dall'altra, è un aspetto cruciale nella valutazione di ogni abuso. Tuttavia, come evidenziato dalla giurisprudenza, non si può sempre fare affidamento sulla continuazione del rapporto come unica giustificazione per una posizione di protezione automatica della parte più debole. L'affidamento legittimo potrebbe giustificare un'aspettativa di continuità nelle relazioni commerciali, ma non garantisce dalla violazione della libertà contrattuale.

24. Si leggano le pagine di M. T. Maggiolino, *I Big Data e il diritto antitrust*, Egea, Milano, 2018, *passim*.

25. Il tema è ancora affrontato, di recente, da P. Sirena, *Autonomia privata e regolazione del mercato nella disciplina dei contratti d'impresa*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2023, pp. 509 ss.

26. Si consenta il rinvio a A.M. Gambino - M. Rea, *Della disciplina della concorrenza e dei consorzi*, in *Cod. Civile Rassegna di giurisprudenza e di dottrina* a cura di S. Ruperto, Volume VI, 2022, pp. 163 ss.

digitalizzazione delle attività economiche che implica una forte contaminazione dei due sistemi. Così, tanto le normative antitrust si avvalgono sempre più di strumenti che riflettono categorie proprie del diritto civile, quanto il diritto civile considera le posizioni giuridiche soggettive nella dinamica dei comportamenti e degli effetti che possano produrre nel contesto economico.

Spunti per un'evoluzione del perimetro normativo dell'abuso di dipendenza economica nell'ambito dei mercati digitali li offre il regolamento (UE) 178/2020 sul *Platform to Business* (PtB), che non si concentra solamente sulla quota di mercato detenuta da un'impresa, ma si focalizza sul concetto di "*intermediation power*", ovvero il potere di intermediazione che le piattaforme detengono per l'accesso ai mercati, sia verso i consumatori che verso altri operatori economici. È possibile allora riconoscere che una piattaforma che controlla tecnologicamente l'accesso a mercati cruciali eserciti un potere di intermediazione che può comportare effetti analoghi a quelli di una posizione monopolistica? Si tratta di un potere che permette alle piattaforme di imporre condizioni inique ai loro partner commerciali (piccole e medie imprese), creando una relazione di dipendenza economica attraverso pratiche di lock-in (prigionia del cliente); il potere di intermediazione consente posizioni di forza contrattuale analoghe ad una posizione dominante. Siffatta posizione di dipendenza economica non si lega ad una dominanza di mercato in senso stretto, ma ad una asimmetria nelle relazioni contrattuali.

In questo scenario, infrastrutture digitali esercitano forme di dominanza tecnologica, imposta tramite contratti di intermediazione, con effetti di lock-in e costi di switching elevati, senza possibilità economica di alternative equivalenti sul mercato.

La dipendenza si configura quindi come una forma di asimmetria strutturale che, a differenza dell'abuso di posizione dominante, non dipende dalla quota di mercato di un'impresa, ma dal potere di intermediazione che una piattaforma ha sui suoi partner commerciali[27]. Le pratiche abusive, in questo

27. Si pone il problema se, e fino a che punto, sia possibile fare ricorso allo strumento analogico per estendere *ex se* al contesto delle piattaforme digitali l'applicazione delle norme sull'abuso di dipendenza economica. Ciò troverebbe giustificazione nella circostanza che, in molti casi,

contesto, producono condizioni inique, piuttosto che distorsioni di concorrenza in un mercato rilevante.

Che un punto di non ritorno stia ormai nella contaminazione tra logiche civilistiche e logiche antitrust con particolare riferimento ai mercati digitali[28]?

La risposta risiede nella verifica analitica dell'evoluzione regolatoria e del suo adattamento a un panorama in cui le dinamiche di mercato sono fortemente influenzate da fattori tecnologici (algoritmi, big data e piattaforme digitali) atti ad esercitare un potere di intermediazione ingovernabile con strumenti giuridici tradizionali. Così – solo così – si ridefinirà un equilibrio tra la protezione della concorrenza, la tutela dei consumatori e la possibilità di incentivare l'innovazione senza comprimere la libertà economica delle nuove imprese.

---

l'impresa più debole nelle transazioni digitali si trova in una condizione di vulnerabilità in qualche modo analoga a quanto accade nelle fattispecie contemplate dalla normativa sull'abuso di dipendenza economica del 1998 (modificata nel 2021). A ciò pare ostare la *ratio* della legge, focalizzata esclusivamente su una "dipendenza" di fornitura dell'imprenditore debole.
Forme di analogia iuris appaiono più praticabili in quanto si potrebbe fare riferimento ai principi generali di buona fede e correttezza che informano i contratti commerciali (art. 1337 c.c.), nonché al concetto di sproporzione che caratterizza altre norme del codice civile (art. 1371 c.c. e art. 2597 c.c.), dove si tutelano le parti deboli anche in assenza di una vera e propria dipendenza economica, basandosi sulla gravità della sproporzione.
A tale conclusione potrebbe opporsi la tesi che considera l'estraneità della fattispecie dell'abuso di dipendenza economica a norme di diritto comune, in quanto disposizione derogatoria rispetto al principio di autonomia contrattuale previsto dall'art. 1322 c.c. In questo senso, la norma dell'art. 9 della Legge n. 192 del 1998 andrebbe considerata un'eccezione rispetto al principio generale della libertà contrattuale, che consente alle parti di stabilire liberamente i termini e le condizioni del contratto.
L'esistenza nel nostro ordinamento di una esatta disposizione - l'art. 2597 c.c. (norma che tutela le imprese da comportamenti scorretti) - esclude la possibilità di fare applicazione di principi generali che possano minare la libertà di negoziazione tra le parti. L'art. 2597 c.c., infatti, si configura come una norma che interviene solo in caso di abuso e limitazione della concorrenza, di per sé già una deroga al principio di autonomia contrattuale. Per tale ragione, non si dovrebbe fare uso di analogia per estendere l'abuso di dipendenza economica a situazioni non previste dalla legge, e le modifiche della legge n. 192/1998 non andrebbero interpretate come apertura a nuovi tipi di tutela, ma come una modifica tecnica all'interno di un sistema normativo che resta ancorato alla visione tradizionale del diritto commerciale.

28. Del resto non può negarsi che l'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, pur modificato più volte (l'ultima delle quali con il recente intervento del 2021), non eluda la questione se una norma così datata possa essere in grado di rispondere alle attuali sfide del mercato digitale. Proprio la continua modifica della norma sembra voler adattare la disciplina alle nuove problematiche legate ai mercati digitali e alle piattaforme online, ma le innovazioni rapide nel settore della digitalizzazione pongono seri dubbi sull'efficacia di una norma che non riesce a prevedere con precisione i cambiamenti in atto nel mercato, portando alla necessità di un nuovo intervento legislativo specifico.

IL VALORE COSTITUZIONALE DELLA LIBERTÀ CONTRATTUALE

Guido Alpa

Sommario: ***1.*** *Il valore costituzionale della libertà contrattuale.* ***2.*** *La libertà contrattuale nella giurisprudenza della Corte costituzionale.* ***3.*** *Note di diritto comparato.* ***4.*** *L' "europeizzazione" del contratto.* ***5.*** *Diritti fondamentali e l'eccezionalità del modello europeo.* ***6.*** *La libertà contrattuale come elemento strutturale del mercato concorrenziale.* ***7.*** *L' autonomia privata e i contratti d'impresa.*

1. Il valore costituzionale della libertà contrattuale

Il valore costituzionale della libertà contrattuale è frutto di un indirizzo ermeneutico che si è formato nell'esperienza italiana intorno agli anni Settanta.

Per la verità un primo riferimento si poteva rinvenire nella Costituzione di Weimar.

È comunque rilevante il percorso di questo principio nell'esperienza tedesca. Il § 152 della Costituzione di Weimar, del 1919, disponeva infatti: «I rapporti economici sono regolati dal principio della libertà contrattuale in conformità alle disposizioni della legge. L'usura è proibita. Gli atti giuridici immorali sono nulli». La dottrina civilistica dell'epoca non aveva tuttavia predisposto il bagaglio concettuale necessario per applicare un principio costituzionale ai rapporti tra privati, essendo rimasta vincolata alla tradizione pandettistica e al testo del B.G.B., sì che la disposizione cadde nel nulla, anche per effetto dell'avvento del regime nazista. Solo con la nuova costituzione, la Legge fondamentale del 1949, si è iniziato ad applicare le disposizioni costituzionali ai rapporti tra privati, e gli orientamenti delle Corti sono diventate un modello da seguire anche negli altri ordinamenti.

L'applicazione delle disposizioni costituzionali ai rapporti tra privati in Italia è più recente.

A questo proposito conviene distinguere due fasi. La tutela costituzionale della libertà contrattuale può essere intesa (i) come tutela del potere dei privati di autoregolarsi, e di disciplinare quindi la loro operazione economica al riparo

dall'intervento dello Stato, e (ii)come tutela dei diritti fondamentali messi in gioco dall'operazione economica.

La prima prospettiva è stata oggetto di estese discussioni avvenute intorno agli anni Settanta: il nucleo della problematica verteva sui rapporti tra autorità e individuo, sulla possibilità da parte dello Stato di interferire nell'attività economica dei privati, di porre limiti alla iniziativa economica per ragioni sociali, e la scelta politica dello Stato di collocarsi sullo stesso piano dei privati e di svolgere una attività economica in concorrenza con loro.

Il risultato di questa discussione fu condiviso in modo corale: sostanzialmente riduttivo, volto ad escludere la protezione costituzionale della libertà contrattuale e ad affermare l'assoggettamento dell'iniziativa economica individuale alla utilità sociale[1]. La dottrina aveva rigettato l'idea di "funzionalizzazione" dell'impresa e del contratto, ma aveva guardato con favore all'intervento legislativo volto a indirizzare e contenere l'iniziativa economica ove essa fosse in contrasto con interessi di natura sociale. È stata l'epoca del consolidamento del diritto sindacale, della programmazione economica, delle nazionalizzazioni. Il rapporto di lavoro, inteso come rapporto di diritto privato e come accordo collettivo, ha messo in luce gli obblighi gravanti sul datore di lavoro connessi alla salute dei lavoratori, alla salute dei consumatori, alla salvaguardia dell'ambiente.

La tutela costituzionale del contratto ha incontrato perciò molti ostacoli sul suo cammino: offrire tutela costituzionale significa rafforzare ciò che il contratto rappresenta, cioè l'autonomia contrattuale, ed è evidente che, a seconda di come sia orientato ideologicamente l'interprete, la garanzia gioca a favore degli interessi liberistici, se l'autonomia è considerata espressione della libertà della persona che negozia, oppure gioca a favore della libertà *dal* contratto, se l'orientamento è volto a tutelare la parte che subisce l'imposizione di condizioni dettate dal contraente più forte.

Diversa è invece la problematica della *Drittwirkung* delle norme costituzio-

1. Con diversa impostazione v. P. Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, voce dell'*Enc.dir.*, XXI, 1971, pp. 582 ss.; G. Morbidelli, *Iniziativa economica privata*, voce *dell'Enc. Giur. Treccani*, vol. XVII; i contributi raccolti a cura dell'Ufficio Studi del Senato, XVI legislatura su La libertà d'impresa tra l'art. 41 e l'art. 118 Cost., ottobre 2010, n. 244.

nali ai rapporti tra privati[2] quando si vede l'operazione economica nella seconda prospettiva di cui si parlava, cioè del bilanciamento degli interessi in gioco, gli interessi che coinvolgono entrambe le parti, specie quando la parte che è chiamata ad aderire ad un contratto predisposto, o a negoziare un contratto con una parte forte riveste il ruolo di parte più debole.

Di questa tendenza, emersa solo dopo il nuovo Millennio si parlerà più oltre. Sostanzialmente, e in sintesi, si può dire che solo la seconda interpretazione ha consentito di "costituzionalizzare" la libertà contrattuale.

Tornando alla prima prospettiva, già in un saggio famoso Luigi Mengoni spiegava perché l'area del contratto deve includersi non nell'ambito di applicazione dell'art. 2 ma in quello dell'art. 41 Cost., e come non sia possibile da parte del giudice ordinario applicare direttamente l'art. 41 Cost. per sindacare la libertà contrattuale o, peggio, i contenuti del contratto, nel caso in cui si avvedesse che esso, come atto di autonomia privata, si pone in contrasto con la Costituzione. E ribadiva che le clausole generali, come correttezza e buona fede, incorporate negli artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c., l'ordine pubblico e il buon costume, non hanno bisogno di una "copertura" costituzionale per poter indurre le parti a comportarsi in modo da cooperare secondo canoni di solidarietà[3].

Anche di recente, nell'esaminare il processo di formazione della "costituzione economica", sulla base della lettura dell'art. 41 Cost. nelle diverse epoche che hanno contraddistinto la giurisprudenza della Corte di legittimità e l'evolvere della dottrina costituzionalistica, si è [4] posto in luce il collegamento tra

2. P. Rescigno, *Premessa al Trattato dei contratti*, vol. I, Utet, Torino, 2006, p. XLIII ss.

3. V. S. Rodotà, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1965, I, 149, e in particolare L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *BBTC*, 1997, I, pp. 1 ss.; P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass.dir.civ.*, 2000, p. 568; G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv.dir.priv.*, 2000, p. 42; A. Liserre, *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Jus*, 2008, 1, pp. 83 ss.; G. Vettori, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore,* in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2008, p. 751; A. Liserre, *Costituzione e autonomia contrattuale,* in *Il corriere giuridico*, 2008, p. 155; P. Rescigno, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, p. 3. La letteratura in materia è pressoché sconfinata; P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur.it.*, 1999, IV, pp. 229 ss.; e v. pure G. Alpa - M. Bessone - E. Roppo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Jovene, Napoli, 1982; R. Alessi, (a cura di), *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Flaccovio, Palermo, 1999; F. Macario, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in Studi in onore di N. Lipari, Milano, 2008, pp. 1491 ss.; G. Palermo, *L'autonomia negoziale*, Giappichelli, Torino, 2011.

4. M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana,*

l'art. 41 e l'art. 3 Cost., non coinvolgendo nel discorso l'art. 2 Cost. La libertà economica è vista dunque come espressione sì delle libertà individuali, ma come una libertà da esercitare secondo i canoni della concorrenza e della utilità sociale e quindi in una dimensione *collettiva*, tale da non incidere sulle forme di espressione della persona[5].

In altri termini, un conto è la valutazione dei diritti fondamentali che sono coinvolti nell'operazione contrattuale, altro conto è la possibilità di concludere in sé e per sé quell'operazione come espressione di esercizio di un diritto fondamentale. In questo secondo aspetto non si può scorgere la via per giungere alla protezione costituzionale del contratto. E Pietro Rescigno[6] lo ha ribadito in modo netto, chiamando a confronto il modello tedesco, per sottolinearne le differenze con il modello italiano. Né si può giungere a quel risultato considerando il contratto come il momento fondativo della libertà di associazione e la libertà matrimoniale. Peraltro il disposto dell'art. 41 Cost. funziona come limite alla libertà contrattuale, piuttosto che non come suo sostegno.

Se si collega la meritevolezza al dovere di solidarietà si rischia di lambire la funzionalizzazione del contratto, ma "basta spostare la mira" (come del resto è naturale) dall'art. 2 all'art. 41 Cost. perché la soluzione si presenti in termini più equilibrati. Se non forse al contratto in genere, al contratto d'impresa come strumento essenziale di attività economica può essere imposto il rispetto dell'*utilità* sociale (del bene *economico* comune) non come dovere di attuarla o di promuoverla, ma come dovere di *non contrastarla*[7]".

Se ci si ferma al tenore letterale dell'art. 41, comma 2 il contrasto con l'utilità sociale e il danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, sono limiti esterni al carattere negativo della libertà d'iniziativa. Ma nella prospettiva ricordata l'utilità sociale si trasforma nella ragione stessa dell'esercizio dell'iniziativa economica privata. Il 3° comma dell'art. 41 propone il problema dei rapporti tra autonomia e programmazione economica.

---

relazione al Convegno AIC, Torino, 27-29 ottobre 2011, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

5. M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, *cit.*
6. P. Rescigno, *Premessa al Trattato dei contratti*, *cit.*
7. G. Oppo, *Note sulla contrattazione d'impresa,* in *Riv.dir.civ.*, 1995, I, p. 639.

L'interpretazione dell'art. 41 Cost. mostra aspetti che si riscontrano in molte delle disposizioni costituzionali: la capacità dei Padri Costituenti di prefigurare una disciplina aperta alla evoluzione dei fenomeni economici, l'incapacità di immaginare un mercato diverso da quello fino ad allora conosciuto, l'esigenza di addivenire a soluzioni compromissorie.

Si è sostenuto che il mercato era concetto del tutto ignorato dai Costituenti e quindi questa dimensione non sarebbe penetrata nella Costituzione[8]. E che quindi gli stessi limiti alla libertà di iniziativa dovrebbero essere rivisitati alla luce della nuova realtà in cui il mercato si fonda sulla libera concorrenza, e le iniziative statuali debbono essere scoraggiate.

A queste preoccupazioni dettate da una interpretazione un po' troppo estremista si può tuttavia rispondere richiamando l'uso delle clausole generali contenute nell'art. 41 Cost. che consentono di adattare le disposizioni alle esigenze vie via registrate da una realtà economica e da una organizzazione sociale in continua evoluzione, dovuta sia alle direttive provenienti dall'Unione, sia agli effetti delle rivoluzioni tecnologiche, sia alle misure di emergenza di reazione alla crisi economica cagionata dalla pandemia del 2020. Proprio queste ultime hanno postulato un ritorno dell'intervento dello Stato in tutti i settori del mercato, con finalità di sussidio all'iniziativa privata e di salvataggio delle imprese in difficoltà.

2. *La libertà contrattuale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

L'applicazione dell'art. 41 Cost. da parte della Corte costituzionale è documentabile soprattutto con riguardo alla concezione della libertà contrattuale come spazio di libertà concesso ai privati dall'intervento dello Stato nell'economia. Una linea esegetica che si dipana per più di mezzo secolo.

La libertà economica, in questo contesto, non si deve confondere né con le libertà individuali né con la garanzia della proprietà. È un *quid pluris* dato dalla utilizzazione congiunta di una somma di diritti e di libertà per l'esercizio di una

8. G. Amato, *La costituzione economica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. I, Cedam, Padova, 1977, pp. 209 ss.; L.F. Pace, *op. cit.*; G. Oppo, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 311.

attività organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi[9].

Questa conclusione è avallata anche dalla Corte costituzionale la quale, con diverse sentenze, ha precisato che l'autonomia contrattuale non riceve tutela diretta dalla Costituzione, ma è strumentale all'esercizio della libertà economica (sent. n. 7/1962); che la ricerca del profitto è legittima, e quindi, pur essendo ammissibile la regolamentazione dei prezzi, non si deve deprimere l'iniziativa economica con leggi (sent. n. 144/1972); che le limitazioni all'iniziativa debbono essere imposte con legge (sent. n. 4/1962); che la riserva di legge è solo relativa; che è legittimo l'intervento dello Stato rivolto a reprimere i monopoli privati (sent. n. 59/1960); che l'intervento rivolto a reprimere gli ostacoli alla libera concorrenza può estrinsecarsi nella imposizione di un monopolio pubblico (sent. n. 255/1974); che i fini di utilità sociale possono essere esplicati in dichiarazioni pragmatiche, ma i programmi non possono essere né troppo rigidi né arbitrari (sent. n. 46/1963), che le intese per limitare la concorrenza possono essere represse per tutelare l'interesse collettivo (sent. n. 223/1982).

Gli interventi della Corte costituzionale raramente si sono risolti con sentenze di accoglimento; si sono dispiegati soprattutto nella materia dei contratti speciali, là dove il rapporto contrattuale, per ragioni di natura economica e sociale, era stato oggetto di provvedimenti legislativi miranti a realizzare finalità dirette a bilanciare il rapporto tra le parti o ad offrire una particolare tutela alla parte considerata più debole. Queste considerazioni riguardano i contratti speciali diversi dal contratto di lavoro, per il quale la legislazione speciale, la giurisprudenza ordinaria agglomeratasi nel corso del tempo e la separatezza dottrinale esistente nella nostra esperienza, si deve fare un discorso a sé che esula dai confini di questo lavoro.

In materia di mezzadria, una delle prime sentenze della Corte (sent. n. 118/1957) esclude che la legge che dispone i criteri di valutazione delle scorte vive da restituire in caso di risoluzione del rapporto possano essere oggetto di sindacato, anche se l'intervento legislativo vulnera l'autonomia privata.

Egualmente per quanto riguarda i canoni dei rapporti contrattuali in agri-

9. F. Galgano, *L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1992, p. 161.

coltura: la perequazione dei canoni disposta per legge essendo determinata da ragioni sociali giustifica l'intervento che limita la libertà contrattuale. Osserva il relatore (in quel caso si trattava di Costantino Mortati) che gli artt. 41 e 42 Cost. «mentre affermano in via di massima la libertà della iniziativa economica privata ed il libero godimento della proprietà privata, consentono tuttavia che all'una e all'altro siano imposti limiti, al fine di farli armonizzare con l'utilità sociale e render possibile l'adempimento di quella funzione sociale che non può dissociarsi dal godimento dei beni di produzione o, più generalmente, dall'esercizio di ogni attività produttiva. L'esigenza del conseguimento di tali fini come giustifica l'imposizione di condizioni restrittive per lo svolgimento dell'autonomia contrattuale, così può consentire la modifica o l'eliminazione di clausole di contratti in corso quando esse si rivelino contrastanti con l'utilità sociale». E prosegue: «(...) non può esser dubbio che ricondurre ad equità i rapporti contrattuali i quali appaiono gravemente sperequati a danno di una delle parti, e tanto più di quella da ritenere più debole, ai sensi del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, rientri nei poteri che l'art. 41 conferisce al legislatore». Ciò non significa ovviamente che la parte che si ritenga lesa non possa, ove ne sussistano i presupposti, fare ricorso all'art. 1467 cod. civ. e dimostrare la sopravvenienza di circostanze imprevedibili che abbiano resa particolarmente onerosa la sua prestazione (sent. n. 7/1962). Allo stesso modo si decide per la revisione dei canoni enfiteutici, dovuta alle conseguenze della Seconda guerra mondiale (sent. n. 37/1969).

Il potere di incisione della libertà contrattuale non è tuttavia illimitato: ciò perché solo una legge dello Stato (e quindi con la garanzia della tutela dettata dalla riserva di legge) può circoscrivere la volontà dei privati; tale potere non può essere esercitato con atto amministrativo dalla pubblica Amministrazione in difetto di una specifica disposizione. Così la corte decide in merito alla fissazione dei prezzi di cessione delle barbabietole per la raffinazione dello zucchero (sent. n. 35/1961).

Insomma, l'intervento legislativo è ammesso, ma si presuppone pur sempre che il principio di autonomia (o di libertà) contrattuale sia onnipervasivo: l'intervento deve essere giustificato da una legge. Era il caso del trasferimento obbligatorio del contratto di assicurazione della responsabilità civile per la cir-

colazione dei veicoli all'acquirente, salva diversa disposizione dell'alienante, giustificato dalla tutela del terzo danneggiato in virtù del principio di solidarietà sociale dettato dall'art. 2 Cost. (sent. n. 77/1983).

Vi sono però confini all'esercizio del potere legislativo? Sono i limiti stabiliti dall'art. 3, e dagli artt. 41 e 42 Cost. Occorre cioè che l'intervento legislativo esprima esigenze di perequazione, oppure di finalità economico-sociali apprezzabili. Così si esprime la corte con la sentenza n. 109 del 1977, la quale giustifica il monopolio dell'Istituto Luce, deputato a realizzare cortometraggi per conto dell'Amministrazione statale (oggi forse l'esito sarebbe capovolto, attesa la liberalizzazione dell'attività economica in questo campo)[10].

Oltre ai contratti agrari, molti interventi riguardano la disciplina dei contratti di locazione di immobili urbani, sia quelli privati sia quelli appartenenti al patrimonio degli enti istituiti per l'edilizia residenziale agevolata e convenzionata. La corte legittima ogni limitazione, sia con riguardo alla durata del rapporto sia con riguardo alla entità del canone, essendo rilevante il bisogno sociale che il legislatore vuole tutelare. In dottrina si parlerà, anche a questo proposito, ma non solo, di un vero e proprio diritto all'abitazione sussistente in capo ad ogni cittadino, per principio costituzionale. È il caso della sentenza n. 155 del 1988 e della sentenza n. 323 del 1993 (che conferma le precedenti pronunce n. 3/1976, n. 225/1976, n. 89/1984) in materia di proroga del rapporto e di entità dei canoni.

Più diffusa sulla libertà contrattuale è la pronuncia n. 241 del 1990 a proposito della protezione del diritto d'autore. A questo proposito la Corte ha precisato come la posizione preminente di una parte sull'altra (qui stabilita dal legislatore, ma nel mercato derivante anche da ragioni di fatto) non possa essere corretta facendo solo ricorso alle regole del codice civile, cioè a regole "interne" alla dinamica del rapporto. Nel suo *obiter dictum* osserva infatti la Corte che «i principi di correttezza e buona fede nelle trattative e nella formazione ed esecuzione del contratto (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 cod. civ.), le regole della correttezza professionale (art. 2598, n. 3, cod. civ.) ed i doveri correlati alla re-

10. V., da ultimo sul punto, C. cost., 22 maggio 2013, n. 92, C. cost. 29 maggio 2013, n. 103 e C. cost. 27 giugno 2013, n. 160, tutte in *Giur. it.*, 2014, pp. 25 ss., con nota di E. del Prato, *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto.*

sponsabilità contrattuale (art. 2043 cod. civ.) non costituiscono un argine sufficiente alla libertà di scelta del contraente e di determinazione del contenuto del contratto che nel vigente ordinamento caratterizzano l'autonomia contrattuale, e non sono perciò idonei a sopperire all'alterazione dell'equilibrio tra le parti che consegue all'essere una di esse in posizione di supremazia».

Ciò implica che quando una delle parti è in posizione di supremazia per disposizione di legge, questa disposizione deve essere giustificata da ragioni fondate sulla Costituzione.

In coerenza con questo indirizzo la corte ha escluso che la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori – riservata al consumatore persona fisica – sia in contrasto con l'art. 3 Cost. perché la supremazia di fatto esercitata dal professionista/imprenditore nei confronti dell'altra parte non è stabilita per legge; al contrario la legge tutela la persona fisica ma non gli altri soggetti di diritto[11].

Le limitazioni alla libertà contrattuale possono provenire solo dalla legge statale, perché la disciplina del contratto è riservata dall'art. 117 Cost. allo Stato, sotto la formula di *ordinamento civile.* Ne consegue che le leggi regionali che si intrudono nel rapporto contrattuale dei privati sono in contrasto con il dettato costituzionale. Così si è deciso a proposito di una legge della Regione Friuli-Venezia Giulia concernente l'impianto e la tenuta dei libri fondiari, che prevedeva la sanzione della nullità dell'iscrizione causata dalla mancata approvazione dell'assetto negoziale convenuto da soggetti privati in ordine alla loro esclusiva proprietà dando luogo ad "una indebita invasione" della legge regionale; e pertanto la legge è stata dichiarata incostituzionale (sent. n. 237/2003). Parimenti per una legge della Regione Puglia che sottraeva all'esecuzione forzata le assegnazioni di fondi a favore dei consorzi di bonifica, se destinate a particolari scopi (sent. n. 273/2012). La Corte non si pone il problema sollevato da giudice a quo, secondo il quale (direi correttamente) la legge inciderebbe sull'affidamento del contraente e rimetterebbe l'adempimento

11. C. cost. 22 novembre 2002, n. 469 (questione infondata con riguardo alle piccole imprese e alle imprese artigiane). Analogamente v. C. cost. 30 giugno 1999, n. 282 per le persone giuridiche.
Per la manifesta infondatezza della questione di legittimità dell'art. 1469 bis c.c., perché non include, oltre al consumatore, anche il lavoratore v. C. cost., ord. 16 luglio 2004, n. 235.

dell'obbligazione alla sola volontà del debitore, ma si ferma al problema più generale della invasione di campo del diritto statale. «L'ordinamento del diritto privato – si legge nella motivazione – si pone quale limite alla legislazione regionale in quanto fondato sull'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza di garantire nel territorio nazionale l'uniformità della disciplina dettata per i rapporti privati. Il limite dell'ordinamento privato, quindi, identifica un'area riservata alla competenza esclusiva della legislazione statale e comprende i rapporti tradizionalmente oggetto di codificazione» (*ex plurimis*, sent. n. 295/2009 e n. 352/2001; analogamente, sent. n. 50/2005).

Solo in anni recenti la Corte ha preso atto della elaborazione poderosa che la dottrina civilistica ha saputo edificare intorno alla nozione di contratto "giusto", anche facendo ricorso al principio di solidarietà sociale[12], sì che ha potuto interpretare le disposizioni del codice civile sulla caparra confirmatoria e sulla clausola penale in una prospettiva solidaristica, bilanciando gli interessi delle parti alla luce dei valori costituzionali, e contenendo gli importi che le parti avevano concordato per la definizione della restituzione della caparra e del risarcimento del danno per inadempimento[13].

3. Note di diritto comparato

La comparazione ci aiuta a comprendere le difficoltà incontrate dall'indirizzo volto a recuperare una dimensione costituzionale della libertà contrattuale.

Nell'esperienza tedesca questo principio non è stato codificato in modo espresso nel BGB: la ferma convinzione della primazia della volontà delle parti nell'ordinamento giuridico era accolta in modo indefettibile e universale. Fu però inserito nella Costituzione di Weimar del 1919, al par. 152; tale previsione, attesa la concezione del tempo, aveva un valore debole, perché le norme di tal fatta

12. C. cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77; C. cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 238.

13. M.R. Morelli, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, pp. 3 ss.; G. D'Amico, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, n. 3 ed ivi ampi riferimenti.

erano considerate non prescrittive ma meramente programmatiche[14]. La legge fondamentale di Bonn del 1949 non ha menzionato espressamente la libertà contrattuale, anche se nella letteratura privatistica ad essa si è dato grande rilievo; vi si trovano però regole collegate alla libertà contrattuale, quali la garanzia della proprietà (par. 14), la libertà di occupazione lavorativa (par. 12), la libertà di associazione (par. 9) e la clausola generale di protezione della persona (par. 2).

La dottrina tedesca ritiene perciò che, attesi questi appigli normativi, ancorché indiretti, la libertà contrattuale abbia copertura costituzionale. Ciò perché - osserva Flessner - (i) la garanzia della proprietà implica il riconoscimento e la tutela dell'esercizio della facoltà di disposizione, che avviene attraverso strumenti negoziali quali, ad esempio, le vendite, le locazioni, il trasporto, le garanzie del credito (ma si potrebbe obiettare che una cosa è la garanzia della titolarità del bene, altra cosa la garanzia costituzionale dello strumento negoziale utilizzato per disporne); (ii) la garanzia dell'occupazione implica tutela del lavoro e quindi del contratto di lavoro, così come dei rapporti contrattuali che si istituiscono tra imprese, e tra impresa e consumatori (ma si potrebbe obiettare che la tutela dell'occupazione riguarda il diritto-dovere del lavoro o di intrapresa piuttosto che non gli strumenti negoziali con cui esso si esplica); (iii) la libertà di associazione implica la libertà negativa di non associarsi (ma si potrebbe obiettare che la garanzia copre l'associazione, non lo strumento negoziale, quale è il contratto associativo); (iv) la libertà generale posta a garanzia della persona (qui il discorso è più complesso perché anche presso di noi vi sono autori e decisioni che ricollegano la libertà contrattuale al principio generale di autodeterminazione e quindi alla esplicazione della libertà personale.[15]

Si è posto quindi il problema dei limiti all'azione legislativa diretta a comprimerla o a circoscriverla. Si segue, anche in questo, come in altri casi simili, il principio di proporzionalità[16], secondo il quale il potere legislativo può limitare i diritti fondamentali solo per perseguire fini legittimi e con mezzi legittimi.

14. A. Flessner, *German Report,* presentato al convegno di Gerusalemme, 1994, organizzato dal prof. Mordechai Rabello, p. 1 datt.

15. Trib. fed. 80,11,26.

16. A. Flessner, *op.cit.*, p. 5.

Questo principio è applicato in modo alternato: talvolta la Corte costituzionale tedesca controlla gli scopi di natura pubblica che hanno animato l'intervento legislativo, altra volta guarda nei dettagli il testo supposto in contrasto con il dettato costituzionale.

Esempio del primo orientamento è la decisione del 20 luglio 1954 riguardante la disciplina dei finanziamenti coatti che gli imprenditori di ogni settore dovevano versare a sostegno dell'industria del carbone e dell'acciaio, avendo in cambio azioni e obbligazioni delle società estrattive e metallurgiche. La Corte ritenne legittimo il provvedimento, attesi gli scopi apprezzabili perseguiti dal legislatore. La discrezionalità del legislatore ha fatto da paravento a interventi della Corte in materia di controllo dei prezzi (17 novembre 1958), di fissazione dei prezzi dei medicinali (31 ottobre 1984), di adesione coattiva a sistemi previdenziali per la vecchiaia (da ultimo sent. 31 maggio 1988) e così via, ivi compresa la legislazione in materia di locazioni abitative e di tutela dei consumatori (8 gennaio 1985; 4 giugno 1985; 12 febbraio 1989; 14 febbraio 1989).

L'altro orientamento, più analitico, è espresso da una decisione (peraltro di costituzionalità della legge impugnata) del 13 giugno 1961, riguardante le limitazioni dell'orario di apertura degli esercizi commerciali, il cui scopo era di garantire una ordinata vita ai dipendenti e agevolare la concorrenza. La Corte finì per ritenere che le limitazioni di orario non dovevano riguardare anche i distributori automatici di prodotti e servizi (21 febbraio 1962). La Corte tedesca ha garantito anche la libertà di chiudere l'esercizio commerciale, se la chiusura riguardi una intera categoria (il caso, deciso il 9 febbraio 1982, concerneva la chiusura dei negozi di parrucchiere nelle mattine di lunedì). Analoga questione ha riguardato i distributori di carburante, che possono restare sempre aperti, ma nelle ore notturne possono erogare solo carburante. La Corte tedesca ha ritenuto conforme al dettato costituzionale la previsione di codice che dichiara non tutelabili i diritti derivanti dalle mediazioni matrimoniali, cioè per tutelare la famiglia; il mediatore può chiedere che il pagamento della sua provvigione avvenga in anticipo, ed esso non è ripetibile dagli interessati.

L'opinione comune è che la Corte costituzionale tedesca possa ingerirsi di questioni contrattuali, anche se le obbligazioni sono state assunte volontariamente dai contraenti. Ne sono è esempio un caso che ha suscitato interesse al

di là dei confini nazionali. La Corte ha ritenuto immorale e quindi invalida la fideiussione personale richiesta da un istituto di credito alla figlia di un imprenditore, a garanzia dei debiti del padre, in quanto quando le fu richiesta la sottoscrizione dell'atto ella non era esperta di simili operazioni ed era stata tranquillizzata dai funzionari della banca finanziatrice; nella specie la figlia si era poi sposata, si era separata dal marito, aveva tre figli, a cui doveva accudire da sola, e versava in difficoltà economiche (19 ottobre 1993).

Il par. 2 della legge fondamentale è stato applicato in una fattispecie curiosa; si trattava di un contratto di disposizione del proprio corpo (per attività sessuale) concluso da una coppia non unita in matrimonio; il contratto prevedeva che la donna avrebbe usato contraccettivi; dai rapporti sessuali però nacque un bambino e il padre fu obbligato a versare gli alimenti alla madre; la Corte ha ritenuto che il contratto fosse invalido in quanto immorale (17 aprile 1986).

Il caso della giovane madre che aveva rilasciato fideiussioni a favore del padre ha suscitato interesse, ed è oggetto delle riflessioni anche di giuristi non tedeschi. Hondius l'ha preso a riferimento per svolgere la sua analisi della problematica alla luce del diritto olandese[17]. Ciò è tanto più interessante in quanto in Olanda vi è una Costituzione scritta, non vi è una garanzia costituzionale esplicita della libertà contrattuale, non vi è neppure una Corte costituzionale, né la dottrina o la giurisprudenza hanno costruito meccanismi di applicabilità diretta della normativa costituzionale ai rapporti tra privati. L'assenza di un controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi non ha però impedito alle Corti olandesi di applicare direttamente le norme della Costituzione (sottoposta a revisione nel 1983) ai rapporti tra i privati (c.d. effetti orizzontali). Così è stato per il caso del minore che, in quanto figlio di padre ebreo e di madre non ebrea, non era stato ammesso a frequentare un istituto ebreo (il liceo Maimonide di Amsterdam). Ragionando in termini di libertà di educazione, la Corte di cassazione olandese[18]

17. *Relazione al Convegno cit.*, p. 1 del datt.

18. Hoge Raad, 31 ottobre 1969. La libertà contrattuale, che con la vincolatività del contratto e il principio consensualistico costituisce la triade delle fondamentali regole del settore, è collegata, secondo la dottrina, anche con il diritto di proprietà e con la libertà personale. Ma la libertà contrattuale trova il suo bilanciamento (e i suoi limiti) con la tutela degli interessi dei consumatori. Hondius si riferisce alle molteplici disposizioni del nuovo codice civile (entrato in vigore con alcuni

ha cassato la sentenza della Corte di appello che aveva imposto l'ammissione all'istituto riottoso.

Al tornante degli anni Novanta il principio di autonomia contrattuale è dunque considerato nell'esperienza tedesca uno dei valori fondamentali dell'ordinamento.

Nell'ambito di un congresso tenutosi nel 1991 a Oporto[19], sulla attualità e l'evoluzione del diritto dei contratti, Canaris si è chiesto perché ci si continui ad interrogare sui rapporti tra libertà e giustizia contrattuale. E ancora, se le divergenze al riguardo tuttora esistenti tra i diversi ordinamenti europei possono essere appianate dalla direttiva elaborata in sede comunitaria sulle clausole abusive contenute nei contratti dei consumatori (5 aprile 1993).

Canaris sottolinea come nella "società di diritto privato" esista un principio fondamentale, l'autodeterminazione, a cui corrisponde l'autoresponsabilità. Tale società è vincolata indissolubilmente all'economia di mercato, in cui lo Stato si assume il compito di assicurare la libertà di concorrenza. La società di diritto privato non è sconvolta nelle sue basi da interventi di tipo sociale (assistenza agli indigeni, finanziamenti alle imprese, ecc.), perché nonostante l'intervento dello Stato, residuano vaste aree in cui i cittadini possono scegliere liberamente i loro obiettivi e le modalità di azione per conseguirli. Ma, fatte queste promesse, vi sono negli ordinamenti risorse sufficienti per far coincidere o per far concordare libertà e giustizia contrattuale? Nella dottrina tedesca Canaris individua (oltre alla propria) tre diverse concezioni.

La prima - e la più tradizionale - è quella di Flume, secondo il quale, in attuazione del principio *sta pro ratione voluntas*, ciò che rileva è la volontà delle parti e non il contenuto ragionevole del contratto. È la posizione più vicina dell'economia di mercato, difesa anche da von Hayek.

L'economia di mercato (in questo senso sono magistrali le analisi dei giu-

libri nel 1982) che offrono ampia protezione agli interessi deboli. Dal suo punto di vista la copertura costituzionale non sarebbe necessaria, in quanto un testo ampio, dettagliato e moderno come il nuovo codice sarebbe sufficiente di per sé a perseguire gli scopi a cui tende la protezione costituzionale.

19. A. Pinto Monteiro (a cura di), *Contratos: actualidade e evolulcao.* Actas do Congreso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Catolica Portuguesa, (28-30 novembro de 1991), 1997.

risti nordamericani) comporta l'assunzione di rischi che non possono essere distribuiti in modo diverso tra i soggetti, rispetto agli accordi che essi hanno assunto; l'economia di mercato comporta la saldezza dei rapporti, e quindi la certezza delle operazioni e degli investimenti; l'economia di mercato comporta il libero gioco delle corrispettività, sì che nel punto d'incontro delle volontà delle parti si colloca la funzione ottimale dello scambio, che non può essere alternata dall'interno del giudice.

Contrapposta a questa (che è pure radicata quasi in tutte le culture gius-privatistiche) è la tesi di Zwigert e Kotz, esposta nella "Introduzione del diritto comparato". Essi vedono nella libertà contrattuale un'utopia, un modello immaginario in quanto essa ha per base l'eguaglianza economico - sociale delle parti; il che avviene solo nei rapporti tra grandi imprese aventi oggetto atipico; mentre rinvengono in tutti gli ordinamenti un principio diverso, di "giustizia contrattuale". Secondo Canaris il disequilibrio di posizioni di partenza tra i contraenti è appianato dalle regole della concorrenza.

Una ulteriore risposta è fornita dal Schmidt-Rimpler, secondo il quale è lo stesso meccanismo interno al contratto che assicura la giustizia dello scambio. Ciò perché ad una richiesta manifestamente abusiva di una parte corrisponde la resistenza dell'altra. Ma Canaris si avvede che questa concezione potrebbe essere adatta per il contratto a base individuale, ma non per i contratti di massa.

Canaris ritiene perciò che la libertà contrattuale sia il regime alternativo a quello dell'operare coinvolgente dello Stato: la libertà contrattuale è pertanto strumento di svolgimento della personalità individuale. Questo principio è strettamente commesso con la democrazia degli ordinamenti e con la democrazia degli ordinamenti e con la libera competizione sul mercato.

Quanto al rapporto tra libertà e giustizia contrattuale, Canaris rovescia la formulazione: ci si deve accontentare che la libertà - che è un valore in sé - non porti a ingiustizia (non deve quindi tendere alla giustizia, ma deve evitare le gravi ingiustizie). Si deve d'altra parte rispettare la dignità della persona e mantenere il pluralismo nell'ambito della società.

Egli riscontra (o crede di riscontrare) la bontà della sua tesi raffrontandola con quattro esigenze della società di diritto privato. La prima è la saldezza degli acquisti. Solo la libertà contrattuale può mantenere certezza alle operazioni

economiche in cui si trasferiscono i diritti. La seconda è il premio della professionalità, da cui è gratificato chi è corretto e chi sa fronteggiare il rischio. La terza è la soddisfazione dei bisogni, che i consumatori possono ottenere ricorrendo ai vincoli contrattuali. La quarta è la giustizia insita nei punti di partenza - eguali per tutti - e quindi distanti dai privilegi feudali.

Per Canaris, in sostanza, la libertà contrattuale è protetta *perché è sintomo di libertà, non perché è sintomo di giustizia.*

Siccome stiamo parlando di libertà giuridica, siamo consapevoli del fatto che essa diverge dalla libertà effettiva; ne costituisce una condizione minimale; ma richiede correttivi. Occorre controbilanciare il potere delle imprese: lo si ottiene nella contrattazione collettiva affidata ai sindacati per i rapporti di lavoro; allo stesso modo, lo si ottiene con l'imposizione di obblighi di informazione; è il caso del credito di consumo per il quale una direttiva comunitaria impone, tra l'altro, la comunicazione al consumatore del tasso effettivo praticato per le operazioni di finanziamento.

Ulteriore correttivo Canaris suggerisce di introdurre nella disciplina dei contratti di massa. Qui l'impossibilità di negoziazione e quindi di modificazione del contenuto predisposto, la scarsa incidenza della concorrenza, che non è apprezzata dai consumatori perché non sono in grado di fare comparazioni, la presenza di obblighi e prestazioni accessori comportano l'intervento giudiziale. Canaris però, mentre si dichiara soddisfatto della disciplina tedesca[20], critica la disciplina comunitaria, poiché la lista delle clausole abusive è troppo rigida, perché è comprensiva anche di regole rivolte ai contratti individuali e, facendo riferimento allo squilibrio delle prestazioni, ingenera un meccanismo di controllo *ex post* dei prezzi che altererebbe la formazione dei prezzi sul mercato. E ancora più grave gli sembra la previsione che consente al consumatore di sottrarsi ai pagamenti indebiti in quanto abusivamente richieste. Ciò sarebbe in contrasto con il sistema stesso degli ordinamenti delle società di diritto privato.

20. AGB Gesetz, 9 dicembre 1976.

4. L' "europeizzazione" del contratto

Al processo di costituzionalizzazione del diritto privato – e quindi degli istituti di diritto privato – è seguito nella nostra, come nelle esperienze dei Paesi Membri dell' Unione europea , un processo ancora più complesso, che ha registrato l'influenza del diritto dell' Unione europea sui sistemi legislativi nazionali, ed è stato irrobustito dalle spinte all'armonizzazione e all'uniformazione dei diritti nazionali : si è parlato a questo proposito di processo di "europeizzazione" del diritto privato.

L'analisi dei Trattati ci conduce ad esaminare il sistema delle libertà e la loro correlazione alla libertà contrattuale. Ebbene, le quattro libertà di circolazione di persone, beni, capitali e servizi e la libertà di concorrenza incidono sulla libertà contrattuale. Ma non si possono fare generalizzazioni né facendo riferimento alla gerarchia delle fonti, né considerando tutte sullo stesso piano le libertà garantite dai Trattati. Infatti, ciascuno dei settori normati prevede un apprezzamento – o meglio una conformazione – dei rapporti privati che si colloca a livelli diversi a seconda della armonizzazione delle regole raggiunta in ogni settore.

Certamente è da dire che l'armonizzazione è massima nel settore della concorrenza. Qui troviamo regole omologhe in tutti gli ordinamenti, e indirizzi convergenti nella giurisprudenza degli Stati Membri. Non così per gli altri settori.[21]

La più forte è la libertà di circolazione delle persone.

Altrettanto forte – dopo un periodo di incertezza – si è rivelata la circolazione delle merci, alla quale si è riconosciuta una efficacia orizzontale. Il caso *Fra.bo* ne è un esempio. Si trattava di una controversia tra la società italiana Fra. bo e una associazione di certificazione tedesca, la quale aveva riscontrato che il prodotto dell'impresa non presentava talune caratteristiche richieste dalla legge tedesca. La Corte ha deciso che «L'articolo 28 CE dev'essere interpretato nel senso che si applica alle attività di normalizzazione e di certificazione di

21. Cfr. *The Protection of Fundamental Rights in the EU. Fact Sheet on the European Union*, Bruxelles, 2020; D. Ehlers (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter, Berlin, 2007; M. Andenas - T. Bekkedal - L. Pantaleo, *The Reach of Free Movement*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2017; M. Andenas e R. Wulf-Henning, *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, Cambridge, 2003.

un ente privato, qualora la legislazione nazionale consideri conformi al diritto nazionale i prodotti certificati da tale ente e ciò produca l'effetto di ostacolare la commercializzazione di prodotti sprovvisti di tale certificato».

Anche la libertà di servizi è tutelata, e consente sia lo stabilimento sia l'esercizio diretto in ciascuno Stato Membro[22].

E quanto alla libera circolazione dei capitali la Corte di giustizia UE, sez. grande, con sentenza 23/10/2007 n° C-112/05 ha stabilito che la legge interna non deve ostacolarne la circolazione, anche quando il "capitale" è espresso in azioni di una società.[23]

La complessità della disciplina del mercato interno richiede però una analisi approfondita che esula da queste pagine[24].

5. Diritti fondamentali e l'eccezionalità del modello europeo

Per venire ora all'indirizzo interpretativo più recente che coinvolge la Costituzione e la tutela della libertà contrattuale, si dive precisare che un limite essenziale alla libertà è dato dalla protezione dei diritti fondamentali. In questa prospettiva è apparso persino improprio l'uso dell'espressione "libertà", perché se questo potere contrattuale viene utilizzato da una parte per violare o fiaccare i diritti fondamentali della controparte, la libertà diventa un abuso, uno strumento da sindacar con attenzione.[25]

Alla costruzione di questo indirizzo hanno contribuito l'approvazione della Carta europea dei diritti fondamentali, il conferimento ad essa di valore giuridico, e la sua applicazione ai rapporti privati effettuata dalla Corte di giustizia. Questi tre fattori qualificano l'eccezionalità del modello europeo, ordi-

22. Per approfondimenti v. M. Andenas - R. Wulf-Henning, *op.cit.*

23. G. Baber, *Free Movement of Capital and Financial Services: An Exposition?*, Cambridge, 2014.

24. Anche per l'applicazione della normativa secondaria si fa rinvio alle voci che trattano dei contratti dei consumatori (B2C), dei contratti di utilizzazione dei dati personali, dell'abuso del diritto e dei rapporti con le PMI (B2B).

25. V. Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, in Quaderni fiorentini, *cit.*, pp. 589 ss.; G. Vettori, *Contratto e rimedi*, Cedam, Padova, 2017; G. Alpa - G. Conte, *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali,* Giappichelli, Torino, 2018.

nariamente descritto in termini di modello di economia "sociale" proprio per sottolineare che il bilanciamento degli interessi tiene conto sia della posizione strutturale delle parti, sia degli interessi sociali che i privati non possono ledere. Anche in questo caso l'analisi sarà necessariamente frammentaria e solo accennata, potendosi approfondire il discorso nelle opportune voci.

Il discorso involge tutto il dibattito sul riconoscimento, in ambito europeo, dei principi comuni riguardanti la persona, come riconosciuti nelle Carte costituzionali dei Paesi Membri. Ed involge anche il rapporto tra la Carta dell'Unione e la Carta europea dei diritti dell'uomo, nonché il c.d. dialogo tra le Corti, la tutela multilivello dei diritti fondamentali, e il coordinamento delle pronunce delle Corti le quali con diversa competenza e con un raggio d'azione diverso si occupano della materia dei diritti fondamentali. [26]

Proprio le pronunce delle Corti dimostrano che i diritti fondamentali sono intesi come principi generali, di volta in volta presentati sotto forma di valori della persona.

L'esperienza ci insegna che, al di là delle formule più o meno rigorose e tecnicamente corrette, la funzione del diritto si esprime attraverso valori-principi-diritti e che la legittimazione di un principio può essere effettata dai giudici nella loro attività di *ius dicere* sì che essi in cosi fare i diritti fondamentali diventano "diritto vivente".[27]

Il mercato del lavoro, e quindi il contratto di lavoro, è stato il bersaglio più frequentemente colpito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sulla base di principi generali quali il principio di eguaglianza (qui sotto forma di parità tra uomo e donna nel trattamento pensionistico), diritto fondamentale riconosciuto da tutte le Costituzioni moderne, e dalle prime dichiarazioni dei diritti. Si può leggere la motivazione anche nel senso inverso, e cioè come applicazione del principio di non discriminazione. Non è il caso in questa sede di

26. V. con diverse prospettive C. Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015; G. Alpa, *CESL, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, pp. 45 ss.; R. Cosio - R. Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo tra le Corti*, Giuffrè, Milano, 2013.

27. Per tutti v. G. Alpa, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993; A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013.

passare in rassegna i casi più eclatanti, come il caso *Bartsch* (del 13.9.2008, n. C – 46/07), o i casi di applicazione del principio di dignità della persona (C152/82 13 .11.1990) o i casi riguardanti il principio di libera circolazione dei lavoratori. In materi di contratti è esemplare il caso *Omega Spielhallen* (C-36/02) in cui si sono vietati giochi che usavano strumenti di elettronici in cui figure umane fungevano da bersaglio (C-36/02).

Più di recente, in materia di contratti di assicurazione, la Corte di giustizia ha stabilito che l'art.5 n.2 della direttiva 2004/113/CE sul principio di eguaglianza tra uomini e donne è invalido e quindi le clausole contenute nelle polizze assicurative che discriminano le donne, per età, rispetto agli uomini, sono nulle (C-236/09).[28]

Non sempre le soluzioni proposte dalla Corte possono essere considerate "progressive" nel senso della affermazione della tutela ad ogni costo. In altri termini, l'orientamento della Corte talvolta può apparire oscillante, e magari criticabile, come è accaduto per la mancata adesione della Unione europea alla Convenzione dei diritti dell'uomo sulla base di un parere (il secondo) di tenore negativo espresso dalla Corte di giustizia (parere 2/13 del 14 dicembre 2014).

Comunque i diritti fondamentali sono presi sul serio, e sono "in azione". Anche ai diritti fondamentali si possono dunque applicare le categorie a suo tempo configurate per i diritti costituzionali interni e per il diritto di origine giurisprudenziale. L'Europa del diritto si è trasformata in Europa dei diritti, ed ora in Europa delle Corti.

Ma la dottrina ha messo in guardia l'interprete che potrebbe essere solleticato dall'idea di allungare il catalogo dei diritti oppure di sistematizzare i diritti in modo meccanico.

Si è però aperta, anche a questo livello di analisi, e in questo settore, la diatriba tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*. In altri termini, ci si chiede se si debba

28. Una ricca e dotta raccolta di casi commentati si deve ora a Cosio - Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2012; in argomento v. *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, a cura di Ruggeri, Napoli, 2012. Sono particolarmente significativi i casi *Kreil* (2000), *Schmidberger* (2003), *Omega* (2004), K.B. (2004), il caso sul terrorismo (2005), *Richards* (2006), *Tadao Maruko* (2008).

dare tutela al diritto creando quindi il rimedio (*ubi ius, ibi remedium*) oppure se si debba dare ingresso al rimedio per tutelare il diritto (*ubi remedium, ibi ius*).

Il principio della dignità ha suscitato gli apprezzamenti più enfatici - se ne è parlato come del "gioiello della corona" - ma ha sollevato le perplessità più disarmanti anche nel contesto culturale dove è cresciuto nelle forme più rigogliose: lo si è definito come il concetto più elusivo del diritto costituzionale tedesco. Le posizioni emerse in dottrina sono le più disparate. In modo un po' massimalistico Jan Smits[29], prendendo atto della ambiguità del concetto, ha proposto di cancellarlo dalla tavola dei valori di riferimento; all'opposto Stefano Rodotà proprio sui diritti fondamentali, estesi al mondo della comunicazione, dell' informatica, dei dati personali, delle biotecnologie, li ha assunti a base di una nuova antropologia umana[30]; Ingolf Pernice li considera, pur come considerati nell'art. 6 di Lisbona, il punto di sostegno di tutto l'ordinamento comunitario[31]; John Aldergrove[32] ne ha parlato come di una scatola vuota, con cui si possono fare manipolazioni interpretative (come sono quelle che consentono i principi generali, secondo l'insegnamento di Giovanni Tarello). Ma credo che la dignità, come tutti i diritti fondamentali, debbano essere presi sul serio. In fin dei conti, la legalità dell'ordinamento interno si misura sulla nozione di dignità della Carta costituzionale italiana, e la stessa legalità dell'ordinamento comunitario usa il medesimo metro, come sottolinea Pietro Perlingieri[33]. Non spiace dunque l'enfasi di una studiosa dell'Università di Montreal che parla della dignità come di un concetto trinitario, in quanto riferito alla persona e perciò alla sua dimensione organica, fisica e

29. J.M. Smits, *Human Dignity and Uniform Law: An Unhappy Relationship*, in *TICOM Working Paper on Comparative and Transnational Law*, 2008/2.

30. S. Rodotà, *L'età dei diritti al crepuscolo?*, in "*Italia civile*", atti del convegno dedicato al centenario di Norberto Bobbio, Giappichelli, Torino, 15 ottobre 2009.

31. I. Pernice, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights,* in S. Griller - J. Ziller (Eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism Without a Constitutional Treaty?*, Springer, Wien-New York, 2008, pp. 235 ss.

32. J.R. Aldergrove, *On Dignity*, in Id. (ed.), *Why We Are Not Obsolete Yet: Genetics, Algeny and the Future*, Burnaby, 2000.

33. P. Perlingieri, *Chiusura dei lavori*, in Aa. Vv., *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, ESI, Napoli, 2011, pp. 485 ss.

simbolica[34]. La dignità che apre la Carta europea dei diritti fondamentali ha un forte significato simbolico e identitario: ci ricorda - anzi, ci ammonisce – che l'Unione europea non aspira solo ad una integrazione economica ma delinea un modello di sviluppo capitalistico che pone al suo centro la persona, e in ciò fa consistere la sua ragion d'essere.

La Corte di giustizia tuttavia non ha tenuto un orientamento univoco.

Come è noto, la Carta dei diritti è equiparata ai Trattati dell'Unione. Non essendovi quindi un rapporto di supremazia della Carta rispetto ai Trattati, come accade per le Costituzioni nazionali rispetto alle altre leggi, ciò significa che i diritti tutelati dalla Carta devono essere bilanciati con i diritti tutelati dai Trattati, in particolare con il diritto di concorrenza. E per verificare la rispondenza delle norme nazionali ai Trattati, la libertà di concorrenza è il valore fondamentale che la Corte segue.

Per i Trattati si preferisce parlare di "libertà" (di circolazione delle persone, dei beni, dei servizi, dei capitali). Si discute però se anche per le libertà fondamentali previste dai Trattati si possa operare come si opera con i diritti fondamentali tutelati dalla Carta: e cioè applicarle direttamente ai rapporti tra privati. Se il tenore della norma non è dettagliato e preciso, questa operazione non è consentita. Spetterà al privato, in capo al quale è tutelato il diritto, chiedere il risarcimento del danno allo Stato per il fatto che il suo diritto è stato violato[35].

Questo principio è stato formulato nel caso della *Association de Médiation Sociale.* La legge (francese) stabiliva che solo le imprese che avessero un certo numero di dipendenti potessero esprimere un rappresentante sindacale; nel caso di un'impresa non si raggiungeva quel numero e quindi la rappresentanza sindacale non poteva essere espressa. La questione, sollevata dinanzi ai giudici di merito, era stata risolta in senso sfavorevole all' Associazione sindacale che aveva preso le difese dei lavoratori. In Cassazione fu sollevata la questione di

34. B.M Knoppers, *Human Dignity and Genetic Heritage: Study Paper*, Law Reform Commission of Canada, 1991, pp. 23.

35. M. Andenas - T. Bekkedal - L. Pantaleo (Eds), *The Reach of Free Movement*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2017.

pregiudizialità e la Corte ha confermato che – come si precisa comunicato - le disposizioni della direttiva 2002/14 proibiscono di escludere determinate categorie di lavoratori dal calcolo degli effettivi dell'impresa. Infatti, un'esclusione siffatta ha come conseguenza di privare i lavoratori dei diritti riconosciuti dalla direttiva 2002/14, togliendo a quest'ultima il suo effetto utile. La Corte esamina poi se la direttiva 2002/14 possa essere invocata dalle associazioni sindacali al fine di contestare l'inesatta trasposizione che di essa è stata fatta.

A questo fine, la Corte ricorda che una direttiva produce effetto diretto in tutti i casi in cui le disposizioni pertinenti sono, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise. La Corte constata che nel caso di specie tale ipotesi si realizza, in quanto la direttiva 2002/14 prescrive che gli Stati membri non possono escludere determinate categorie di lavoratori dal calcolo degli effettivi. Tuttavia, la Corte rileva che la controversia intercorre tra privati (con la conseguenza che le associazioni sindacali non possono avvalersi delle disposizioni della direttiva 2002/14 in quanto tali nei confronti dell'AMS) e inoltre che la legge nazionale non può essere interpretata in modo conforme alla direttiva. Sulla base di tali premesse, la Corte esamina poi se l'articolo 27 della Carta, da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14, possa essere invocato facendo riferimento alla Direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori.

La Corte rileva che l'articolo 27 della Carta, per poter produrre pienamente i propri effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale. Infatti, il divieto di escludere dal calcolo degli effettivi di un'impresa una determinata categoria di lavoratori non può essere desunto, quale norma giuridica direttamente applicabile, dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta. In altri termini, l'articolo 27 della Carta non è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale. La Corte ne conclude che la medesima valutazione si impone anche in caso di lettura di tale articolo in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14 (caso C- 176/12).

In altri casi, però, la Corte ha applicato direttamente il diritto fondamenta-

le: ciò nel caso *Kukukdeveci* (19.1.2010, C-555/07). Qui il ragionamento ha preso un'altra via per arrivare al risultato positivo. Si è riconosciuto che il diritto fatto valere appartiene alla sfera dei diritti fondamentali riconosciuti come principi e quindi essi sono applicabili in modo orizzontale. Nella specie si trattava di un rapporto di lavoro in cui il datore aveva dato preavviso di licenziamento alla lavoratrice violando il principio di eguaglianza e non discriminazione.

La Corte ha stabilito che «il diritto dell'Unione, in particolare il principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, che prevede che, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, non siano presi in considerazione i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento dei 25 anni di età». E, ancora, che:

«È compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art. 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio».

Pertanto qui non si tratta di chiedere il risarcimento del danno allo Stato inadempiente, rimanendo però ferma la situazione del rapporto privatistico in contrasto con la disciplina europea. Al contrario, il giudice nazionale deve disapplicare la norma interna in contrasto con il diritto europeo, e quindi ripristinare il rapporto originario di diritto privato.

Ma vi è una terza via per risolvere il problema. Da parte del giudice nazionale che rilevi una disomogeneità tra diritto interno e diritto europeo, è sempre possibile sollevare la questione di pregiudizialità dinanzi al giudice europeo. Così è stato deciso nel caso *A e B* (11.9.2014, C-112/13).

In questa vicenda si precisa che tutti e tre i percorsi sono corretti e il giudice nazionale deve essere ritenuto libero di sceglierne uno.

Tuttavia, non tutte le norme poste a presidio delle libertà fondamentali tutelate dai Trattati hanno la medesima durezza, cioè la medesima forza.

6. La libertà contrattuale come elemento strutturale del mercato concorrenziale

Per apprezzare i confini attuali dei principi di autonomia contrattuale e di libertà contrattuale come sopra definiti è significativa l'indicazione di metodo che proviene da autorevole dottrina[36] secondo la quale il giurista non deve «confrontare realtà e innovazioni legislative ad un modello astorico di autonomia privata e di libertà di concorrenza» né deve ritagliare «sui nuovi dati un concetto adeguato a superare le contraddizioni normative» ma piuttosto deve procedere dall'organizzazione del mercato. In altri termini, la conformazione normativa del mercato determinata dal perseguimento di interessi sociali non si pone come "limite" alla libertà contrattuale, semplicemente configura un mercato in cui le parti si devono adeguare ai modelli normativi. Occorre quindi un controllo in concreto della tipologia di rapporto, della tipologia di interesse protetto, di determinazione del valore di scambio, e coì via.

Questo discorso, che fu fatto circa mezzo secolo fa considerando il mercato nazionale, può essere esteso al mercato europeo in cui «le regole che assicurano l struttura concorrenziale ed efficiente del mercato sono parte integrante dello statuto normativo dell'autonomia contrattuale, quale potere di dettare una regola e di disciplinare i propri interessi economici. Esse quindi non si contrappongono all'iniziativa economica del singolo, ma ne definiscono l'ambito e la proiezione oggettiva, in coerenza con gli effetti che si determinano sulla dinamica concorrenziale» [37].

Nello Stato liberale mercato e autonomia dei privati si identificano, lo Stato si astiene da ogni interferenza, il prezzo è giusto in quanto corrisponde alla volontà delle parti, la forma suggella questa sorta di patto tra i privati e lo Stato, le parti sono formalmente eguali e si vincolano perché lo vogliono, ogni limitazio-

36. P. Barcellona, voce *Libertà contrattuale*, *cit.*, p. 487.
37. A. Zoppini, *op.cit.*, p. 18.

ne dettata dall'ordine pubblico non può che corrispondere alla legge, ma si deve trattare di norma eccezionale. Ai privati sono sottratti solo quei beni e quei servizi che interessano la collettività, o che solo lo Stato può conservare o produrre, nell'interesse della collettività, perché troppo onerosi per la produzione privata.

Alla libertà borghese e proprietaria si avvicenda la protezione dello Stato corporativo, che difende l'impresa *dal* mercato libero e che inventa lo *Stato imprenditore*. La Costituzione, come hanno messo in luce Giuliano Amato[38] e Sabino Cassese[39], poi, riproduce la cultura dell'epoca, legittima il monopolio, la nazionalizzazione, il dirigismo economico che in certi settori si colloca accanto alla libera iniziativa. La fase successiva, propria degli anni Sessanta, di programmazione e di pianificazione, accredita ancora un'altra concezione di mercato (e quindi di autonomia): un mercato che ha bisogno dello Stato per essere orientato e sostenuto, e lo Stato bilancia finanziamenti, agevolazioni, esenzioni e incentivi con forme di controllo pubblico, a cui la stessa società civile affianca forme di controllo sociale delle attività private[40].

Alle fasi di intervento dello Stato nell'economia degli anni Trenta, alla fase di programmazione economica degli anni Sessanta, sono succedute la fase della privatizzazione delle società in mano pubblica e di parte dei servizi pubblici e la fase attuale di mercato concorrenziale regolato[41].

Il tema è stato al centro di un corposo dibattito nell'esperienza di common law, specie inglese, per effetto della pubblicazione del libro di Hugh Collins, *Regulating Contracts*[42], in cui l'A. prospetta un nuovo modo di intendere il diritto privato, che, se tradizionalmente considerato, si porrebbe in contrasto con l'intervento pubblico. Qui ovviamente dobbiamo scontare, da un lato, il ritardo con cui la dottrina di common law (inglese) ha saputo riformulare la teoria classica di contratto, molto vicina alla concezione ottocentesca, e ostile ad ogni

38. G. Amato, *Il gusto della libertà.L'Italia e l'antitrust,* Editori Laterza, Roma-Bari, 2000.

39. S. Cassese, *La nuova costituzione economica,* IV ed., Editori Laterza, Roma-Bari, 2011.

40. Per una rappresentazione di questo quadro d'insieme v. S. Rodotà, *Il controllo sociale delle attività private*, Il Mulino, Bologna, 1971.

41. M.J. Trebilcock *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Mass., 1993.

42. H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

intervento *ab externo*, e dall'altro lato, la netta distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, che presso di noi è ormai da tempo superata. La regolazione del mercato implica la conservazione delle operazioni economiche ma anche un riequilibrio delle posizioni delle parti, sia sotto il profilo dell'informazione, sia sotto il profilo della giustizia distributiva.

Queste prime notazioni valgono come avvertimento metodologico: non è possibile trapiantare nozioni, teorizzazioni, discussioni che avvengono altrove in una esperienza diversa e pretendere di riprodurle come sono nella nostra esperienza.

Ancora. Non è facile trovare punti di contatto tali da assimilare in modelli uniformi le normative esistenti nei diversi Paesi, a meno che non si tratti di regolamenti e direttive europei. Ma anche in questo caso, quando è richiesto l'intervento del legislatore o del giudice nazionale, bisogna scontare scostamenti e divergenze.

Ciò che si discute è l'ambito della regolazione. Fino a che punto si deve spingere l'intervento dello Stato? Far rispettare i contratti, predisporre modelli anche terminologici utili per la loro redazione, introdurre regole di default, controllare la solvibilità delle imprese e disciplinare la loro liquidazione o il loro fallimento[43] può essere sufficiente, oppure lo Stato, attraverso i suoi strumenti – anche di intervento giudiziale – deve fare di più?

Ovviamente la risposta non è di carattere tecnico, ma ideologico. I giuristi possono registrare l'orientamento dei legislatori e delle Corti, e possono anche promuovere l'applicazione di teorie economico-sociali per orientare i legislatori.

In questa fase appare che le Corti, almeno nei sistemi di common law, siano attualmente orientate a incrementare la *public regulation*, e quindi a piegare il diritto contrattuale a fini di *social welfare*, indirizzo che era impensabile fino a qualche decennio fa[44].

La giurisprudenza ha incrementato anche presso di noi la *public regulation*: si pensi ai casi di abuso del potere contrattuale, di abuso di dipendenza econo-

43. Come propone A. Schwartz, *Contract Theory and Thories of Contract Regulation*, Yale Law School, Faculty Scholarship Series, 2000, Paper 313.

44. T. Ciro e V. Goldwasser, *From Private Law to Public Regulation: A New Role for Courts?*, in *Bond Law Review*,15, 2003, Iss. 2, art. 11, p. 154.

mica, di abuso di posizione dominante, all'impiego delle clausole di buona fede e di equità, tutti meccanismi correttivi che realizzano finalità di utilità sociale ed insieme riportano ad equilibrio il contratto o consentono alla parte debole, non adeguatamente informata, costretta ad accettare clausole vessatorie, di poter contate su una maggiore *giustizia contrattuale*.

Certo, sarebbe opportuno che queste iniziative non fossero solo appannaggio della dottrina e della giurisprudenza e che il legislatore - nazionale ed europeo – esprimesse un disegno politico, economico e sociale, coerente e adatto ai tempi. La politica comunitaria informata alle teorie tedesche dell'*economia sociale di mercato* è stata avversata dai liberisti e dai socialisti, e tuttavia ha costituito un modello di capitalismo attento ai bisogni sociali.

L'emergere dei diritti fondamentali e l'osservanza dei principi che li incorporano nel diritto contrattuale interno e nei progetti di uniformazione è un altro dato di fatto importante, che è diventato ormai strutturale per la regolazione del contratto e per la regolazione del mercato.

Il principio di libertà contrattuale e il principio di libertà di concorrenza sono legati indissolubilmente, e così vengono spesso rappresentati, perché appare suggestivo e persuasivo l'accostamento tra le parti, in conflitto tra loro nella scelta del contratto, dei suoi contenuti, della legge applicabile, e così via, e le imprese, in conflitto tra loro nella produzione e distribuzione sul mercato di beni e servizi. La concorrenza si verificherebbe non solo nell'ambito dei contratti di scambio ma anche nell'ambito dei contratti di cooperazione, ciascuna parte cercando di dare il minimo e di guadagnare il massimo. Allo stesso modo, si pensa alla concorrenza tra ordinamenti, quando essi offrono vantaggi o presentano svantaggi che le parti (magari consensualmente) cercano da un lato di acquisire e dall'altro di evitare.

Ma come di libertà contrattuale si può parlare in diverse eccezioni, ed è ormai assodato che trattasi di concetto relativo, quando meno da collocare di volta in volta in un contesto storico e geografico, allo stesso modo per la concorrenza. Al di là del modello ideale di concorrenza perfetta, che forse non è mai esistito se non nelle speculazioni di alcuni teorici dell'economia, e che trova ancora qualche sostenitore in coloro che temono l'intrusione dello Stato nell'economia e ritengono che i privati , liberi di agire, costruiscano da sé il

modello più funzionale , secondo la radicale posizione di Hayek, la concezione di concorrenza oggi si rifà a Scuole diverse – tra loro in competizione – che ora si incentrano su una visione pragmatica (la *workable competition di* Clarck), ora su una concorrenza corretta dalle esigenze economiche (Keynes), ora su una concezione dinamica di sviluppo economico. La concezione più vicina a quella classica si deve alla Scuola di Chicago, in cui tuttavia gli epigoni e qualche rivisitazione o ripensamento dei suoi protagonisti (come Richard Posner) la avvicinano alla concezione della concorrenza dinamica. La concorrenza dinamica è sostenuta con autorevolezza dalla dottrina italiana di diritto commerciale (Libertini); accanto ad essa vi sono esponenti della corrente "ordoliberale" (Irti) che si rifà alla Scuola di Friburgo, oltre che, naturalmente, esponenti dell'indirizzo critico in termini sociali (Somma).

Dal punto di vista della disciplina del contratto la concorrenza non è una sfera equiordinata, è semplicemente la descrizione di un modo di esercitare l'attività economica che le parti possono agevolare oppure contrastare. Spetta quindi all'ordinamento stabilire le regole da imporre alle parti perché la loro attività negoziale sia indirizzata verso finalità che non sono anticoncorrenziali.

Si è anche proposto di considerare la concorrenza come un *bene*: ma al di là della reificazione di un valore sottostante all'ordinamento (ormai anche a quello costituzionale, oltre che a quello comunitario) l'espressione "bene" è diventata così ambigua e vaporosa da creare più problemi che vantaggi.

La concorrenza può essere un limite alla autonomia privata là dove questa sia rivolta a introdurre restrizioni che l'ordinamento ritiene non collimanti con l'interesse generale. L'*utilità sociale* è stata considerata uno dei limiti alla libertà contrattuale se le parti con la loro operazione economica si ripromettono di alterare il mercato come, nel settore in cui si colloca l'operazione, è stato modellato dall' autorità amministrativa competente.

La disciplina è di duplice livello, comunitario e nazionale. La disciplina dei rimedi – dalla nullità all'illecito extracontrattuale – è affidata al legislatore nazionale.

È evidente allora che il ruolo delle regole di concorrenza sono un fattore ineliminabile ma non esaustivo della regolazione del contratto. E che declinare al plurale un diritto/libertà- sostenendo il concetto di autonomie contrattuali

- può creare il rischio di introdurre nuovi steccati o peggio ordinamenti sezionali e quindi separati legittimando la sottrazione dei contratti d' impresa ai principi generali e quindi alla valutazione uniforme dei valori e degli interessi in conflitto, riscrivendo le regole costituzionali di libertà di iniziativa economica ma sacrificando, in nome dell'efficienza del mercato ottenuta mediante una corretta attività concorrenziale, i diritti fondamentali e quindi i valori della persona. Se invece queste teorie e questi indirizzi non dovessero presentare questo rischio, potremmo iniziare a rifondare l'intero diritto dei contratti all'insegna di categorie economiche più adeguate alla fase attuale e più sensibili ai bisogni sociali.

Il mercato dunque non è più concepito come il luogo di incontro, scontro e ricomposizione di interessi privati equiordinati, che si perseguono dal di fuori dell'intervento dello Stato, ma come un sistema di allocazione delle risorse, in situazione di concorrenza, con il quale si riducono le inefficienze. Le regole di diritto privato non sono più alternative alle regole di diritto pubblico ma concorrono con queste per realizzare gli equilibri di mercato[45]. Sono dunque le risorse spontanee dei privati che vengono indirizzate verso fini che realizzano vantaggi per i privati ma in modo equilibrato al punto che ne viene di riflesso tutelato l'interesse pubblico. Questo sistema funziona soprattutto per mantenere il mercato efficiente mediante il regime di libera concorrenza, con la repressione dell'abuso di mercato, con la repressione delle pratiche commerciali sleali, con la nullità degli accordi distorsivi della concorrenza, con il controllo delle concentrazioni. Ma funziona anche per i singoli mercati nei quali la scarsità delle risorse o il loro carattere essenziale richiede interventi legislativi che arginano l'attività dei privati che si potrebbe svolgere in contrasto con gli interessi della collettività, e interventi diretti a controllare o a esercitare una moral suasion per indirizzare le attività private nella corretta direttrice.

I mercati regolati nel settore bancario, finanziario e assicurativo, nel settore delle energie e delle comunicazioni, dei servizi pubblici, della subfornitura[46]

45. A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, Introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 15.

46. V. Roppo, *Trattato dei contratti, I mercati regolati*, Giuffrè, Milano, 2014.

sono un esempio paradigmatico della regolazione.

Si tratta di un sistema che non ricorre solo allo strumento contrattuale per realizzare le sue finalità, ma si affida anche alle tecniche della responsabilità civile che per loro natura assolvono il compito di distribuire i rischi tra i soggetti coinvolti.

Si può discutere se anche il settore dei rapporti con il consumatore possa essere incluso in questa dimensione.

Nell'ottica macroeconomica, il complesso dei contratti dei consumatori si pone come un settore a sé stante, in cui il rapporto tra le parti è riequilibrato sotto il profilo della informazione preventiva e successiva alla conclusione del contratto, sotto il profilo del contenuto con la individuazione di clausole abusive, sotto il profilo dell'esecuzione con la previsione di modalità corrette di realizzazione degli interessi, con la previsione del recesso, con il diniego – salvi casi di eccezione – del *ius variandi*, con la previsione di trasparenza dei pagamenti. Vi è quindi un sistema misto, in cui da un lato si tenta di recuperare il piano di parità attraverso l'informazione e dall'altro in via autoritativa si stabiliscono limiti all'autonomia con la declaratoria di nullità del contratto o di singole clausole.

Nell'ottica microeconomica, la parte debole può utilizzare la sua qualificazione di consumatore per poter fruire dei vantaggi e quindi avvalersene per incidere sul vincolo contrattuale.

7. *L'autonomia privata e i contratti d'impresa*

In questo contesto è emerso un nuovo indirizzo interpretativo che configura un settore speciale dell'autonomia, denominandolo "autonomia privata d'impresa". Questa operazione intellettuale non è meramente descrittiva, perché vorrebbe tendere a considerare i contratti classificati in termini di *contratti d'impresa* come disciplinati da regole divergenti rispetto a quelle a cui sono assoggettati gli altri contratti – o le altre categorie di contratti – ai quali si applicherebbero solo le regole di natura generale previste dal codice civile, oltre che, ciascuno di essi considerato, le regole speciali che eventualmente fossero loro destinate. Che ai contratti conclusi dalle imprese, occasionalmente in quanto

contraenti secondo modelli accessibili a tutti, oppure necessariamente in quanto modelli riservati ad esse, si applichi una disciplina articolata in diversi livelli – il livello costituzionale, il livello della legge ordinaria, cioè del codice civile, il livello della legge speciale, il livello della normativa secondaria o sub primaria, comprensivo del livello delle regole delle autorità amministrative indipendenti – è constatazione scontata, che non merita un particolare approfondimento, se non, eventualmente, sotto il profilo del coordinamento della disciplina. Altro discorso è invece pensare ad una biforcazione della disciplina, l'una riservata ai rapporti tra privati non qualificati altrimenti, l'altra riservata ai rapporti tra imprese o con le imprese. In questo senso le imprese godrebbero di un trattamento riservato, sulla base di una disciplina speciale ad esse dedicata.

La dottrina civilistica tendenzialmente segue la tesi tradizionale, e cioè che l'autonomia privata, considerata sotto il profilo della autonomia negoziale o contrattuale, possa sì presentare limitazioni e particolari curvature per i contratti conclusi dalle, o per le imprese, non tollera differenziazioni, e quindi insiste per una nozione unitaria di autonomia[47].

Inoltre, quando si fa riferimento ai contratti d'impresa occorre storicizzare la distinzione. La evoluzione della dottrina al riguardo segna notevoli passaggi che sono descritti nella storia della interpretazione del codice civile in materia di contratti dal 1942 ad oggi[48].

Si può infatti distinguere la fase appena anteriore alla redazione del codice civile e alla unificazione dei due codici, con le opere di Redenti e Dalmartello, rivolte ad esplicitare il sostrato civilistico delle regole del Codice di commercio dedicate agli atti di commercio e all'attività del commerciante; la fase degli anni settanta e il dibattito tra Massimo Severo Giannini, Giorgio Oppo, Vincenzo Buonocore, Franco Galgano sugli ordinamenti sezionali, sulla tutela del consumatore e sulla contrattazione d'impresa, i diversi convegni organizzati a Siena da Pietro Sirena e a Messina da Vincenzo Scalisi per definire i limiti

47. P. Rescigno, *Appunti sull'autonomia negoziale,* in *Giur. it.*, 1978, IV, 116; ID., *I contratti in generale,* in *Diritto civile,* diretto da N. Lipari e P. Rescigno e coordinato da A. Zoppini, vol. III, *Obbligazioni,* II, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 2 ss.; G. Palermo, *L'autonomia negoziale*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 42 ss.

48. G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 117 ss.

dell'autonomia privata , le finalità sociali a cui può essere piegato il contratto[49], l'influenza del diritto comunitario sulle categorie generali e sulla classificazione dei contratti[50].

In questo contesto val la pena di esaminare gli argomenti utilizzati dai fautori della categoria intesa come categoria non descrittiva ma *normativa.*

La prima argomentazione riposa sulla distinzione tra diritto civile e diritto commerciale, e fa rivivere una separazione normativa che in realtà, dopo il 1942, era destinata a dissolversi. Sia che si propenda per la immersione dei contratti commerciali nel codice civile, sia che si propenda per la "commercializzazione" del diritto civile, il risultato è che le due branche del diritto, suscettibili di distinzione finché furono affidate a codici separati, oggi non sono più distinguibili, se non dottrinalmente. Sotto questo profilo dunque la tesi non ha pregio.

Anche se si può accedere all'idea dell'avvenuta "commercializzazione" del diritto privato (e non del fenomeno opposto) la normativa qualificata come diritto commerciale fa parte del diritto privato generale, anche se il primo, quanto meno nel codice civile e nella disciplina dei singoli contratti speciali (con norme di codice o con norme ad hoc) si preoccupa della disciplina dell'*atto* mentre il secondo si preoccupa della disciplina dell'*attività*[51].

Si può anche aggiungere che , per un certo periodo di tempo, negli anni Settanta e Ottanta, si è parlato di "microsistemi" – secondo la teoria di Natalino Irti - e quindi di aggregazioni di norme rispetto agli interessi protetti in cui la categorie generali e la normativa del codice appariva superata; all'unità con il tempo si era sostituita la frammentazione, essendo questa non solo inclusiva dei contratti conclusi dalle imprese, ma anche dai consumatori, dai lavoratori, dagli inquilini, etc.

E pure si può aggiungere che la applicazione del diritto comunitario non

49. Aspetto sul quale da ultimo v. L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010; S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, negli atti del Convegno su *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Perugia, 25-26 marzo 2011.

50. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006.

51. S. Delle Monache, "*Commercializzazione" del diritto civile (e viceversa),* in *Riv.dir.civ.*, 2012, I, p. 498.

sorregge la distinzione, perché è vero che determinate regole sono destinate solo ai contratti o agli accordi tra imprese – si pensi alle intese anticoncorrenziali – ma è anche vero che in materia di contratti in generale ormai la tendenza è di assecondare l'estensione delle tutele accordate ai consumatori anche alle piccole e medie imprese.

Per non parlare poi delle iniziative volte ad armonizzare e a unificare il diritto privato europeo, in cui la distinzione tra diritto civile e diritto commerciale è superata anche da parte dei giuristi che provengono da esperienze (e sono le più numerose) in cui le due codificazioni sono ancora separate. In common law della distinzione si tiene in conto – ad es. in materia di interpretazione del contratto – ma solo per effetto della presenza di circostanze particolari (l'essere entrambe le parti operatori economici, piuttosto che non semplici privati), senza pretese di revisione dogmatica.

Anche l'altra argomentazione a cui si ricorre per giustificare l'autonoma rilevanza della libertà contrattuale d'impresa rispetto alla libertà contrattuale tout court (assumendo che libertà e autonomia siano sinonimi) non sembra calzante: essa va alla ricerca di aspetti tipici dell'attività economica, che giustificherebbero una autonoma disciplina. È il caso ad es. della legittimazione di operazioni in cui la causa non è tipizzata, come il contratto autonomo di garanzia ed occorre quindi individuare una causa ad hoc per legittimarlo nell'ordinamento, oppure la previsione di rimedi di riequilibrio del rapporto, come l'abuso di dipendenza economica, e così via. Ma il fatto che vi siano nella legislazione speciale regole particolari per determinate operazioni economiche o per determinati rapporti non implica che l'autonomia contrattuale abbia una coloritura o finalità diverse rispetto a quelle proprie dell'autonomia contrattuale generale[52].

Per contro, la nuova concezione dei "contratti del mercato" è connessa alla nuova fase della concorrenza economica, che tutela il mercato come valore costituzionale, e ciò con riguardo all' interpretazione dell'art. 41 Cost. in connessione con l'art. 117 c. 2 lett. e): il mercato non è più la libera dinamica delle forze espressive della volontà dei privati ma un complesso di forze che

52. L. Nonne, *I contratti d'impresa nel diritto italiano ed europeo: problemi attuali e prospettive future*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2012, p. 533.

debbono essere regolate per prevenirne il suo "fallimento". Il mercato non è lasciato a se stesso, in quanto richiede - non sostegni o controlli ma - un'opera di conservazione del suo equilibrio. Né autonomia, né possibile eteronomia richiesta dalla tutela delle posizioni deboli, dunque, ma libertà parametrata dal paradigma concorrenziale. La regolazione non è eteronormazione, essa «produce un vincolo teleologico, in quanto orienta gli operatori verso quei modelli comportamentali ritenuti idonei ad assicurare un grado di concorrenzialità in senso dinamico del mercato»[53]. Di qui regole che modificano la tradizionale concezione dell'autonomia contrattuale e dello stesso contratto – meglio, delle regole generali sul contratto o se si vuole della teoria generale del contratto – perché il contratto inteso come programma economico richiede correttivi e aggiustamenti che possono riguardare intere categorie oppure la dinamica interna al rapporto delle parti, ma ciò sempre nell'interesse generale dettato dalla concorrenza economica. In questo senso, non si può considerare la disciplina sull'abuso di posizione dominante, la disciplina delle clausole vessatorie o le regole sulla informazione della parte debole come altrettante espressioni del principio di *giustizia contrattuale*, ma piuttosto come complesso di regole che sono rivolte ad assicurare il buon funzionamento del mercato (concorrenziale).

Si debbono inoltre distinguere[54], i contratti che sono necessariamente conclusi da un imprenditore e quindi sono connotati già normativamente di questa particolare caratteristica, implicando dunque l'applicazione di regole speciali diverse e derogatorie rispetto a quelle di tenore generale, e contratti in cui la presenza dell'imprenditore non è necessaria, e tuttavia essa non è indifferente all'ordinamento, che assumendone il ruolo come contraente , rende destinataria l'operazione economica di regole particolari. Le regole generali in materia di contratti non soddisfano più le esigenze ordinarie dei rapporti economici, e ad esse si affiancano regole speciali che si distaccano dalla disciplina comune. Questo fenomeno, che è recente, induce a superare la concezione oggettiva che distingue i contratti d'impresa per la presenza di un imprenditore, e si orienta

53. A. Zoppini, *op.cit.*, p. 73.

54. F. Denozza *I contratti per l'impresa, cit.*, pp. 73 ss.

invece a considerare rilevanti le condizioni di esercizio della razionalità degli agenti. A titolo esemplificativo, mentre la prima concezione, di natura per così dire oggettiva, introduce regole derogatorie alla rappresentanza per agevolare l'attività d'impresa, la seconda concezione non si preoccupa delle condizioni oggettive ma considera la posizione soggettiva della parte contraente, in particolare valuta la sua adeguata informazione, perché possa razionalmente effettuare le scelte considerate ottimali. In altri termini, «mentre nella disciplina dei rapporti d'impresa (...) sistematizzata nel codice civile l'esigenza di differenziazione veniva distillata e filtrata da valutazioni di interessi operate con riferimento alle concrete specificità della attività esercitata dal commerciante, le discipline più recenti, soprattutto quelle di derivazione europea, sono invece selezionate dal riferimento agli esiti che l'esercizio della razionalità individuale può avere nei singoli contesti in cui viene esercitata»[55].

Anche questa concezione, come si vede, incide sulla concezione della disciplina dei contratti: sia che si pretenda che le parti siano persone dotate di ragione e quindi orientate ad agire razionalmente, sia che si pretenda che gli operatori si comportino in modo da adeguarsi alla disciplina della libera concorrenza come espressione dei diritti individuali idealmente riconosciuti in capo a ciascun soggetto. Come si è detto, la teoria "classica" del contratto, così come rappresentata nel codice civile, rifletteva una concezione di modello equiordinato in cui le parti idealmente sono sullo stesso piano e dotate di eguale potere contrattuale, in linea quindi con la concezione classica di mercato. Ma, atteso il fallimento del mercato affidato al suo ordine spontaneo, si è reso necessario l'intervento legislativo. Occorre dunque prendere consapevolezza del fatto che le dinamiche del mercato, se non sorrette da una cornice di principi giuridici che le orientano, non possono da sé sole, soddisfare tutte le esigenze dei contrapposti interessi che nel mercato trovano affermazione[56].

Per agevolare la parte debole si sono moltiplicati gli interventi legislativi, coì come l'interpretazione giurisprudenziale del principio di buona fede, volti

55. *Op.cit.*, p. 15.
56. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004.

a fornire alla parte debole un corredo di informazioni necessarie a consentirle di effettuare scelte razionali.[57]

Ma anche il modello basato sulla valorizzazione della razionalità dell'agente non è perfetto. Ciò per una molteplicità di ragioni. Innanzitutto perché non vi sono criteri distintivi affidabili tra situazioni in cui la razionalità deve essere protetta e situazioni in cui ciò non è necessario; poi perché si possono creare disparità di trattamento nella protezione degli agenti; ed ancora, perché questa concezione – che è propria dell'analisi economica del diritto – vorrebbe riprodurre la situazione che si creerebbe in un mercato perfetto, mentre dimentica i fallimenti del mercato. Si propone dunque di spostare l'attenzione dagli agenti razionali alla razionalità "inintenzionale" del sistema, al funzionamento corretto dei rapporti economici, e cioè la concorrenza effettiva. Ciò implica non solo protezione dei consumatori ma anche protezione dei professionisti. La corretta informazione comporta costi, e questi costi devono essere ripartiti in modo equo, in modo cioè da incoraggiare le contrattazioni senza aumentare i costi dei servizi

La prospettiva privilegiata riguarda il ruolo delle istituzioni e delle categorie di contraenti: l'istituzione è vista «come lo strumento che si sforza di governare la coerenza tra le regole giuridiche e l'insieme dei ruoli, e dei legami sociali non volontari, in cui gli agenti sono comunque inseriti» [58].

57. In luogo di tanti v. G. Alpa e A. Catricalà, *Diritto dei consumatori*, Il Mulino, Bologna, 2016; Aa.Vv., *Oltre il soggetto razionale*, a cura di Rojas Elgueta e Vardi, RomaTRE-Press, Roma, 2014.

58. F. Denozza, *op.cit.*, p. 39. È diffusa l'opinione che si possa costruire dogmaticamente la figura del *contratto d'impresa* (Libertini, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa* raccolto ne *I contratti per l'impresa, cit. supra*, pp. 33 ss.). Nella legislazione speciale, oltre che nel codice civile, si rinvengono disposizioni che riguardano solo le imprese e i contratti da esse stipulati: si pensi ai contratti diretti ad eludere la concorrenza, alle pratiche concordate pur in mancanza di accordi, alla rilevanza dei comportamenti concludenti, alla imputazione all'impresa delle conoscenze dovute e alla estensione degli obblighi informativi precontrattuali, ai contratti predisposti in modo uniforme dalle imprese, all'abuso di posizione dominante, all'abuso di potere economico, a cui si potrebbero aggiungere le disposizioni sui pagamenti, sulle pratiche commerciali sleali, e altre disposizioni ancora. Istituire un concetto normativo implica che concluso l'accordo, se classificato come contratto d'impresa, esso porti con sé tutti i principi che si debbono applicare alla fattispecie, anche se non richiamati dalle parti e se ignoti alle parti. Il medesimo risultato si otterrebbe però se si conservasse la categoria generale di autonomia contrattuale, alla quale si imponessero i limiti via via stabiliti dal legislatore, nell'interesse del mercato, nell'interesse della stessa impresa o nell'interesse della controparte. È indicativo che lo *Statuto delle imprese*,

Il riequilibrio delle posizioni contrattuali è agevolato sia nei contratti tra grandi e piccole imprese (B2b), sia tra imprese e consumatori (B2c).

Nel primo caso si parla di contratto asimmetrico o "terzo" contratto, per indicare i rimedi concessi all'impresa debole di reagire all'abuso contrattuale dell'impresa forte. Di qui la teoria dell'abuso del diritto applicata alla disciplina del contratto.[59]

approvato con l. 11 novembre 2011, n. 180, pur individuando diritti e doveri dell'imprenditore, e semplificando i rapporti delle imprese con le pubbliche Amministrazioni, e pure occupandosi dei rapporti tra imprese, non richiami alcuna limitazione in materia di contratti. La categoria normativa diventerebbe quindi un surrogato della legge, introducendo una ulteriore separazione nel trattamento giuridico dei contratti (e quindi delle categorie di persone che li concludono e da essi sono vincolate) rispetto a quelle già esistenti, che possono apparire esposte al pericolo di ricostituire regimi di privilegi, come è accaduto per la istituzione dei Tribunali d'impresa.

59. La problematica, complessa e affascinante, è ricostruita da P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998; per l'applicazione giurisprudenziale v. F. Galgano, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impr.* 1998, p. 19; P. Martines, *Abuso del diritto: la chicane del socio di minoranza*, in *Contr. e impr.* 1998, p. 30; R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in Diritto privato, 1997, III, L'abuso del diritto, Cedam, Padova, 1998, pp. 226-230; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, pp. 663 ss., spec. p. 671; C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, pp. 831 ss., spec. p. 835; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 20; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 305.

CONTRATTI DEL CONSUMATORE E CLAUSOLE ABUSIVE: SIGNIFICATIVO SQUILIBRIO E DOVERE DI TRASPARENZA NELL'INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

Maria Annunziata Astone

Sommario: ***1.*** *Premessa.* ***2.*** *Clausole abusive e giustizia contrattuale: una premessa.* ***3.*** *Abusività del comportamento e criteri di valutazione.* ***4.*** *Accertamento della vessatorietà e squilibrio rilevante.* ***5.*** *Segue: Giudizio di vessatorietà e trasparenza.* ***6.*** *Conclusioni: la prospettiva rimediale.*

1. Premessa

Il tema della trasparenza delle clausole abusive, malgrado i trent'anni dalla direttiva, conserva la sua attualità nello scenario attuale, caratterizzato dall'affermazione del mercato digitale[1] e di nuovi soggetti in grado di incidere sul sistema contrattuale tradizionale. Il dibattito si è rinvigorito dopo l'introduzione dell'art. 37-*bis* del codice del consumo che ha riconosciuto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di accertare la vessatorietà delle clausole, inserite nei contratti conclusi mediante formulari o adesione tra le parti – rispettivamente il consumatore e un professionista – lasciando fuori da tale competenza quelle inserite dal professionista in singole operazioni contrattuali[2].

L'analisi dell'assetto normativo vigente in materia e l'applicazione che ne è stata fatta non possono prescindere da brevi riflessioni sullo stato dell'arte in-

1. Sul punto cfr. N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica. Diritto e tecnica. (in dialogo con E. Severino e L. Mengoni)*, in *Lo Stato*, 2016, pp. 35 ss.; S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. XLI s.; G. Alpa, *Prefazione*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale, il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020, p. XVII; E. Tosi, *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 8 ss.; H.W. Micklitz, *Il fascino del diritto privato europeo*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, p. 116; F. Merusi, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 7 ss.

2. G. De Cristofaro, *Vessatorietà e trasparenza delle clausole dei contratti B-To-C e procedimenti amministrativi di competenza dell'AGCM. Il novellato art. 37-bis C.cons.*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2023, pp. 517 ss.; E. Battelli, *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Europa dir. priv.*, 2014, pp. 207 ss.

torno, principalmente, a tre aspetti riguardanti le ragioni della disciplina delle clausole abusive nei contratti del consumatore, la natura e il significato dello squilibrio, la determinazione dei criteri o parametri di valutazione dell'iniquità.

2. *Clausole abusive e giustizia contrattuale: una premessa*

Partendo dal primo aspetto è, ormai, dato acquisito, nell'elaborazione scientifica, che la disciplina delle clausole abusive nei contratti del consumatore nasce per l'esigenza di realizzare uno degli obiettivi per cui l'Unione europea ha avuto origine, ovvero la creazione del mercato comune e la conseguente tutela del consumatore[3], quale acquirente di beni e servizi. Ne è derivata la necessità, fortemente avvertita dal legislatore europeo, di dettare sin da subito – ed è significativo che ciò sia avvenuto proprio con una direttiva a carattere orizzontale – un insieme di regole finalizzate a realizzare all'interno del rapporto contrattuale una situazione di parità sostanziale tra i contraenti[4]. È questa l'idea del contratto giusto di cui si fa carico il legislatore europeo[5]. Malgrado le intenzioni, l'istanza di giustizia, sottesa alla normativa, non è stata pienamente soddisfatta, ragione per la quale, al fine di dare ad essa piena attuazione, si richiede un costante sforzo interpretativo della dottrina e della giurisprudenza.

Ma il vero problema è quello di comprendere quando un contratto è giusto. Pur non volendo entrare nel merito del dibattito sulle diverse forme di giustizia[6], di cui si parla in ambito contrattuale, – il riferimento è alle ipotesi della giustizia procedurale[7] e di quella sostanziale – va condivisa la tesi di chi ritiene opportuno

3. V. Cuffaro, *Un codice "consumato" (codice del consumo, credito ai consumatori e codice del turismo)*, in *Corriere giur.*, 2011, pp. 1189 ss.

4. Su tali aspetti R. Alessi, *La disciplina generale del contratto*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2019, pp. 383 ss.

5. V. Roppo, *Il contratto del duemila*, II ed., Giappichelli, Torino, 2005, pp. 87 ss.

6. Su tale dibattito cfr. G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa dir. priv.*, 2019, pp. 41 ss.; G. Vettori, *Rodolfo Sacco e la civilistica del XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, pp. 544 ss.; E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1290 s.; M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale, Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 224 ss.

7. Sulla giustizia procedurale cfr. F. Ricci, *Giustizia procedurale e processo giusto*, in *Il Processo*, 2023, pp. 408 ss.

fare riferimento nell'ambito dei contratti del consumatore alla giustizia sostanziale[8], come è dimostrato dal fatto che il legislatore europeo non si occupa del procedimento di formazione del contratto, piuttosto del regolamento contrattuale. La stessa esigenza di giustizia si amplifica quando il contratto è unilateralmente predisposto dal professionista: la tutela del consumatore, in questi casi, diventa necessaria per evitare i rischi di un fallimento del mercato[9]. Per tale ragione, si è avuta l'adozione di una strategia diretta a predisporre regole e principi riguardanti il regolamento, per garantire un corretto svolgimento della dinamica contrattuale e tutelare gli interessi delle parti, mediante forme di controllo sull'atto di autonomia privata. Per quanto ai contraenti è riservata la libertà di scegliere le modalità di realizzazione dei propri interessi, è noto che l'esercizio dell'autonomia privata non può essere libero. Per effetto degli artt. 2 e 41 della Costituzione nonché dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali, che hanno fortemente inciso sull'interpretazione dell'art. 1322 c.c., l'autonomia deve conformarsi ai principi della solidarietà[10], dell'utilità sociale nonché della dignità umana[11] ma, anche, al principio dell'elevato livello di protezione del consumatore, a cui fa riferimento l'art. 38 della stessa Carta. In tale contesto matura, quindi, l'idea particolarmente rilevante secondo cui il diritto europeo reclama un'autonomia contrattuale efficiente[12], che deve farsi carico non solo degli interessi economici sottesi al contrat-

8. V. Scalisi, *Categorie e istituti del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 676-677.

9. M. Libertini, *Sugli strumenti giuridici del potere di controllo*, in *Diritto pubblico,* 2021, 893 ss; P. Sirena, *Autonomia privata e regolazione del mercato nella disciplina dei contratti d'impresa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, pp. 509 ss., per il quale «la disciplina del contratto dettata dall'Unione europea è principalmente orientata a disciplinare il rapporto tra le parti contraenti al fine di prevenire o neutralizzare i rischi di un fallimento del mercato che possano pregiudicare l'interesse generale»; M. Barcellona, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa dir. priv.*, 2011, pp. 338 ss.; M. Maugeri, A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 9 ss.

10. C. Scognamiglio, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corriere giur.*, 2020, pp. 7 ss.

11. Sul ruolo della dignità umana nell'ambito degli atti di autonomia privata V. Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 77 ss., per il quale va sempre garantita la «diretta precettività e immediata operatività dei diritti fondamentali della persona».

12. V. Scalisi, *Regola e metodo nel diritto civile postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 283 ss. e, ora, in *Categorie e Istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 58 ss., al quale si deve l'individuazione delle varie fasi dell'autonomia privata, da autonomia vincolata ad autonomia conformata, a seguito dell'emergere dei valori costituzionali, sino all'autonomia

to ma, anche, dei diritti umani fondamentali che devono essere salvaguardati e che hanno fatto parlare di un consumatore costituzionalizzato[13]. Tale linea interpretativa trova fondamento e conferma in diverse decisioni della Corte di giustizia europea[14], che si sono occupate del rapporto tra libertà economiche e tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali[15]. Anche una recente sentenza delle S.U. della Corte di Cassazione[16], nell'affermare il ruolo centrale, riservato al consumatore nella determinazione delle politiche comunitarie, evidenzia la necessità di «garantirne un elevato livello di protezione che va oltre gli interessi strettamente economici per estendersi alla salute e alla sicurezza (art. 169 TFUE), in un'ottica riconducibile, secondo la Carta di Nizza al principio di solidarietà (art. 38 CDFUE)».

3. Abusività del comportamento e criteri di valutazione

L'art. 33 cod. cons. richiede, ai fini della dichiarazione di vessatorietà della clausola, come è noto, l'esistenza di un comportamento contrario a buona fede e l'accertamento del significativo squilibrio in danno del consumatore, a parte l'assenza di trattativa individuale. Buona fede e correttezza[17] sono criteri di valutazio-

---

c.d. efficiente, quale risultato del recente diritto europeo dei contratti. Id., *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo fra parte generale e norme di settore, Atti del Convegno (Pisa, 25-26 Maggio 2007)*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 253 ss., e in V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 378 ss.

13. H.W. Mickilitz, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 859 ss.

14. F.D. Busnelli, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 296 ss.

15. F. Denozza, *Prima della tempesta. Equilibrio, mercato e potere privato in uno degli ultimi saggi di Tullio Ascarelli*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2022, pp. 43 ss. Sul rapporto tra sovranità del mercato e diritti fondamentali della persona si sofferma M. Barcellona, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, *cit.*, p. 329 e pp. 344 ss.

16. Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479.

17. C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, pp. 205 ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 39 ss.; C. Castronovo, *Un contratto per l'Europa. Prefazione a* Id. (a cura di), *I Principi di Diritto europeo dei contratti. Edizione italiana*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. XIII ss.; G. D'Amico, *Buona fede in contrahendo*, in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1051; G. Alpa, *Il contratto del terzo millennio: intervento conclusivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 1159-1160.

ne dell'abusività del comportamento del professionista che operano sul piano del fatto; conseguentemente, la violazione della buona fede[18], per quanto costituisce causa dell'abuso della libertà contrattuale, non è di per sé necessaria o sufficiente a giustificare l'applicazione dei rimedi contro le clausole vessatorie, costituendo essa il «presupposto per l'esame del carattere abusivo». Per questa ragione, merita di essere evidenziata la posizione della Corte di giustizia europea[19], assunta con riferimento a una questione relativa a un contratto di credito contenente una clausola vessatoria, per la quale il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia europea se l'art. 3 della direttiva consente un uso alternativo (in attuazione degli artt. 8 e 8-*bis*) dei due requisiti buona fede e significativo squilibrio[20], come previsto nell'ordinamento giuridico sloveno, e, soprattutto, se il giudice possa pronunciare la vessatorietà senza accertare la violazione della buona fede. La Corte di giustizia europea ha riconosciuto che l'accertamento del significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto può prescindere «dall'esame, in una tale ipotesi, dalla sussistenza del requisito della "buona fede" ai sensi di tale articolo 3, paragrafo 1», considerato che tale requisito (della "buona fede") serve a verificare se il professionista abbia trattato in modo leale ed equo con il consumatore, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi e lo abbia in qualche modo incoraggiato a dare il suo consenso alla clausola[21].

La stessa Corte di giustizia europea non esclude, tuttavia, che il legislatore

18. A. Nicolussi, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 53 ss.; G. Alpa, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele, prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 235 ss.

19. Si tratta di Corte giust. 13 ottobre 2022, causa C-405/21, *Fv/Nova Kreditna Banka Maribor D.D.*

20. In particolare (punto 17) il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 3, paragrafo 1, e l'articolo 8 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che consente di dichiarare abusiva una clausola contrattuale che determini, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto, senza tuttavia procedere all'esame, in tale ipotesi, del requisito della «buona fede» ai sensi di tale articolo 3, paragrafo 1.

21. A. Albanese, *Buona fede, contratto, legge*, in *Europa dir. priv.*, 2021, pp. 31 ss. e spec. p. 85, laddove afferma che la violazione della buona fede, in quanto presupposto di ammissibilità del sindacato giudiziale sulla congruità dello scambio, costituisce oggetto di un autonomo accertamento, che non attiene al contenuto dell'accordo, ma alle modalità in cui questo si è formato, essendo finalizzato ad impedire che assumano efficacia vincolante negozi che siano il risultato di condotte scorrette, con le quali una parte abbia impedito all'altra l'effettivo esercizio della sua autonomia contrattuale.

nazionale, ai fini della dichiarazione di vessatorietà, possa richiedere il concorso necessario di entrambi i due momenti, buona fede e significativo squilibrio.

In tale circostanza, il giudice dovrà accertare, oltre il comportamento contrario a buona fede[22], anche la presenza di una rilevante sperequazione tra i diritti e gli obblighi delle parti, quella che l'art. 33 cod. cons. qualifica come squilibrio significativo.

4. Accertamento della vessatorietà e squilibrio rilevante

Ai sensi dell'art. 33 cod. cons., lo squilibrio: «deve essere a carico del consumatore, deve riguardare diritti e obblighi, deve essere significativo». Su questo punto il dibattito è complesso. Poiché lo squilibrio è riferito a diritti e obblighi, e, quindi, agli effetti conseguenti al contratto del consumatore, è proprio in tale contesto che esso va individuato, nel senso che la relativa ingiustizia deve essere valutata sul piano del concreto e specifico sistema di interessi per il quale è stato stipulato il contratto, nel quadro del c.d. principio di convenienza dell'effetto al fatto[23] , che comporta che ogni effetto si commisura allo specifico interesse che col fatto prende vita e si costituisce[24]. Laddove gli effetti non sono proporzionati e commisurati, rispetto al sistema di interessi programmato dai contraenti e risultano, invece, orientati verso gli interessi di uno di essi – il professionista – creando un ingiustificabile divario, si produrrà quel significativo squilibrio che determina la vessatorietà. Questo ragionamento sembra trovare

22. A. Nicolussi, *Le obbligazioni*, *cit.*, pp. 43 ss., spec. p. 47 in cui, pur consapevole della difficoltà di distinguere correttezza e buona fede, evidenzia che «tanto la correttezza quanto la buona fede sono direttive di valutazione dei comportamenti secondo un parametro di conformità etica agli affidamenti e alla lealtà che si può pretendere in una relazione».

23. Su tale peculiare rapporto cfr. A. Falzea, voce *Efficacia,* in *Voci di Teoria generale*, II ed., Giuffré, Milano, 1978, p. 250, il quale precisa che l'effetto è il valore che quel modo determinato dell'agire umano assume in funzione di tutti i valori giuridici del sistema. Anche V. Scalisi, *La Teoria,* in Id., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 25, chiarisce che per gli atti di autonomia privata il principio è sempre quello di convenienza dell'effetto al fatto, anche se poi la convenienza dell'effetto all'interesse che con il fatto prende vita e si costituisce resta a dipendere dal sistema.

24. Al riguardo cfr. Corte giust. 9 febbraio 2023, Causa C-555/21, *UniCredit Bank Austria AG contro Verein für Konsumenteninformation*, che ha considerato legittima la clausola che escluda le spese di gestione dal novero delle somme restituite in caso di rimborso anticipato del credito da parte del consumatore.

concreta dimostrazione nella previsione normativa di clausole tipizzate, considerate presuntivamente vessatorie o di clausole non tipizzate, ma valutate vessatorie *ex post*, in quanto non pertinenti con il sistema di interessi posto a base del contratto del consumatore[25] e dirette esclusivamente a creare, senza valida giustificazione, situazioni di vantaggio a favore del professionista.

In sostanza si deve trattare di clausole che la giurisprudenza europea ha ricondotto a tre ipotesi concernenti forme di restrizione al contenuto dei diritti derivanti dal contratto, ostacolo all'esercizio dei medesimi o imposizione di obblighi ulteriori, non previsti dalla disciplina nazionale[26].

Per quanto lo squilibrio giuridico produce inevitabilmente conseguenze di tipo economico, si esclude una rilevanza autonoma dello squilibrio economico[27], poiché è consolidata l'idea che il controllo sull'equilibrio contrattuale non si possa spingere sino al punto di valutare e sindacare l'adeguatezza del prezzo o la convenienza economica dell'affare o il c.d. giusto prezzo, senza intaccare la libertà di iniziativa economica privata[28].

È proprio il legislatore europeo a precludere la strada a una rilevanza dell'equilibrio economico nel momento in cui reclama, ai fini dell'accertamento della vessatorietà, il significativo squilibrio di diritti e obblighi e prescrive la non valutabilità dell'adeguatezza del corrispettivo, a meno che le clausole – come sancisce l'art. 34 cod. cons. – non siano oscure.

Tale interpretazione trova conferma nell'elaborazione giurisprudenziale sia della Corte di Cassazione[29] sia della stessa Corte di giustizia europea[30] che, in di-

25. Al primo tipo si riferiscono le clausole di cui all'art. 33, comma 2, cod. cons. (clausola di esonero dalla responsabilità del professionista per morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o omissione del professionista); al secondo tipo tutte quelle clausole di cui si trova riscontro nella giurisprudenza, per esempio la clausola contrattuale che escluda il rimborso dei costi sostenuti, in caso di estinzione anticipata del contratto di finanziamento o dell'Agcm.

26. Sono i principi espressi da Corte giust. 13 ottobre 2022, causa C-405/21, *Fv/Nova Kreditna Banka Maribor D.D*, punto 22.

27. V. Roppo, *Il contratto del duemila*, *cit.*, pp. 39 ss.

28. A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 188 ss.

29. La giurisprudenza afferma l'esclusiva rilevanza dello squilibrio di tipo giuridico: cfr. Cass. 25 novembre 2021, n. 36740, che esclude la possibilità di sindacare la convenienza economica dell'affare.

30. Corte giust. 25 novembre 2020, causa C-269/19, *Banca B. SA contro A.A.A.*, secondo la quale l'obiettivo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE, è quello di sostituire all'equilibrio

verse occasioni, hanno affermato che il significativo squilibrio prescinde da una «valutazione economica di natura quantitativa che si basi su un confronto tra il valore complessivo dell'operazione oggetto del contratto, da un lato, e i costi posti a carico del consumatore da tale clausola». Tali rilievi non impediscono però di valutare la convenienza economica dell'affare[31], quale indice dell'abuso della libertà contrattuale. Spetterà, tuttavia, al giudice l'obbligo di accertare se il consumatore sia stato posto o meno nelle condizioni di comprendere le conseguenze economiche derivanti da una determinata operazione[32]. Posto quindi che il significativo squilibrio attiene alla difformità tra regola e interesse, idonea a creare una disparità sostanziale tra i contraenti, la questione conseguenziale è quella di individuare gli indici o parametri di commisurazione dell'ingiustizia[33].

5. Segue: *Giudizio di vessatorietà, trasparenza e reciprocità*

Sui criteri di calcolo o di misurazione della ingiustizia rilevante, idonea a inficiare il regolamento contrattuale, un ruolo fondamentale è svolto dalla Corte di giustizia europea. In diverse decisioni[34] si è rilevato che è necessario «procedere a vagliare la situazione giuridica in cui versa il citato consumatore

formale che il contratto tende a realizzare sul piano dei diritti e degli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime, e non ad annullare qualsiasi contratto contenente clausole abusive; nello stesso senso cfr. Corte giust. 13 ottobre 2022, causa C-405/21, *Fv/Nova Kreditna Banka Maribor D.D.*

31. Corte giust. 20 settembre 2017, C-186/16, *Andriciuc e a.*, per la quale (cfr. punto 45) il requisito secondo cui una clausola contrattuale deve essere redatta in modo chiaro e comprensibile esige che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale si riferisce la clausola in parola nonché, se del caso, il rapporto tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, di modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che derivano. Va tuttavia aggiunto per completezza normativa che la direttiva 2011/83/UE all'articolo 32 inserisce l'art. 8 bis nella direttiva 93/13/CEE statuendo che «Quando uno Stato membro adotta disposizioni conformemente all'articolo 8, ne informa la Commissione, così come di qualsiasi successiva modifica, in particolare qualora tali disposizioni: estendano la valutazione di abusività a clausole contrattuali negoziate individualmente o all'adeguatezza del prezzo o della remunerazione, oppure contengano liste di clausole contrattuali che devono essere considerate abusive».

32. V. Scalisi, *Categorie e istituti del diritto civile, cit.*, pp. 676 ss.

33. G. Alpa, *Il contratto del terzo millennio: intervento conclusivo*, *cit.*, p. 1158 e spec. pp. 1160 ss.

34. Corte giust. 27 gennaio 2021, C-229/19 e C-289/19, *Dexia Nederland BV/XXX, Z.*

alla luce dei mezzi che la disciplina nazionale mette a sua disposizione per far cessare il ricorso a clausole abusive».

In tale contesto, ai fini del giudizio di vessatorietà, appare necessario tener conto in primo luogo delle regole contenute nell'art. 34 cod. cons., che fissa le modalità del giudizio valutativo della vessatorietà e statuisce i limiti del sindacato sulle clausole vessatorie, relativamente alle clausole che non possono essere vessatorie o alle clausole, contenute in moduli o formulari per le quali l'onere della prova, sull'assenza di vessatorietà, grava sul professionista. È necessario, altresì, tenere conto anche dell'art. 35 cod. cons., all'interno del quale assumono centralità i requisiti del rispetto delle regole formali e della chiarezza e comprensibilità del contenuto. In tale contesto, l'oscurità e l'incomprensibilità diventano indici sicuri di vessatorietà, come afferma la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia europea che, a fronte dell'irrilevanza della congruità economica della clausola, ha valorizzato il requisito della *chiarezza e comprensibilità di una clausola contrattuale, quale elemento di cui il giudice deve tener conto nell'ambito dell'esame del carattere abusivo di tale clausola*[35].

La piena attuazione del principio di trasparenza presuppone l'adempimento da parte del professionista di precisi obblighi di informazione, diretti a superare la presunta asimmetria[36] informativa intercorrente con il consumatore, obblighi tra i quali vi è quello di rendere edotto e comunicare al consumatore tutte quelle informazioni che gli consentano di «prendere la sua decisione con prudenza e con cognizione»[37].

Poiché, tra l'altro, le clausole possono riguardare anche l'oggetto princi-

35. Corte giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Gyula Kiss contro CIB Bank Zrt e altri*.

36. V. Roppo, *Prospettive del diritto europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giur.*, 2009, pp. 267 ss.; A.M. Benedetti, voce *Contratto Asimmetrico*, in *Enc. dir. Annali V*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 373.

37. Corte giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V./M.A.* La decisione riguarda il caso di un contratto di prestazione di servizi legali a titolo oneroso stipulato tra un avvocato e un consumatore, in cui l'avvocato si impegnava a fornire consulenze e la predisposizione di atti giuridici etcc. Il costo dell'onorario a carico del consumatore veniva individuato per ogni ora di consulenza o di prestazione di servizi legali. Tuttavia non risultano presenti nel contratto informazioni precontrattuali, relative alle modalità di calcolo, periodicità dei pagamenti, né sono programmate relazioni del professionista. L'informazione appariva incompleta, tenuto conto che la clausola relativa compenso per i serivizi legali si inquadra in quella tipologia di clausole che definiscono l'essenza stessa del rapporto contrattuale.

pale del contratto, le informazioni devono conformarsi alla natura e all'oggetto delle prestazioni, devono anche contenere indicazioni, elementi, formule o simulazioni che consentono di avere una adeguata previsione dei costi. L'adempimento degli obblighi informativi si impone oltretutto quando la clausola è relativa all'oggetto principale del contratto o al prezzo, al fine di evitare al professionista di incorrere nella rimozione o nella dichiarazione di nullità della clausola, per oscurità e in deroga all'art. 34, e non dell'intero contratto, se ciò non pregiudica il consumatore stesso.

La giurisprudenza ha, in realtà, svolto un ruolo essenziale per garantire la piena effettività della tutela riservata, al consumatore e consentire, in attuazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, agli Stati membri e alle autorità competenti l'obbligo di disporre mezzi adeguati ed efficaci per evitare l'inserimento, per rimuovere o per far cessare l'inserzione di clausole abusive.

Opportuno appare richiamare una decisione[38], con cui la Corte di giustizia europea, per ripristinare l'equilibrio sostanziale tra i contraenti e per garantire "una tutela giurisdizionale effettiva", in nome dell'interesse pubblico sotteso alla direttiva 93/13/CEE, non ha esitato a superare l'autorità di cosa giudicata, che l'ordinamento italiano conferisce al decreto ingiuntivo non opposto, laddove l'abusività della clausola, contenuta nel contratto da cui deriva il provvedimento, non è stata fatta valere durante il procedimento per la sua adozione. In tal caso, il giudice dell'esecuzione potrà e dovrà valutare l'abusività, malgrado sul provvedimento ingiuntivo si sia formato il giudicato.

Il principio dell'elevato livello di protezione del consumatore, cristallizzato nell'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, obbliga la Corte di giustizia europea a garantire una piena ed effettiva tutela[39] che, tuttavia, non può spingersi oltre certi limiti, sino a determinare uno squilibrio in

38. Corte giust. 17 maggio 2022, cause riun. C-693/19 e C-383/19, *SPV Project 1503 Srl/YB*.

39. L'effettività della tutela del consumatore è garantita dal rispetto degli obblighi di trasparenza e di informazione precontrattuale. Al riguardo, in giurisprudenza, cfr. Corte giust. 11 settembre 2019, C-383/18, *Lexitor*. Sulla rilevanza della trasparenza nei contratti bancari, in dottrina, R. Santagata de Castro, *Rimborso anticipato del credito e diritto del consumatore alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto (c.d. up front)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, pp. 21 ss.

danno del professionista. Di questa esigenza si è fatto carico preliminarmente il legislatore, come è dimostrato dalla non applicazione del divieto di alcune clausole vessatorie nei contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti e servizi finanziari e, poi la giurisprudenza che, ormai, è costante nel subordinare l'accertamento della vessatorietà alla valutazione della capacità di incidenza della clausola sul consumatore medio, poiché a volte, e soprattutto nei contratti di massa, risulta inevitabile – come afferma la dottrina – che la valutazione sia condotta in astratto[40]. Il parametro del consumatore medio, introdotto dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e, prima ancora, dai provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in materia di concorrenza sleale, diventa necessario per la valutazione dell'abusività.

Questo è, probabilmente, il punto più critico e forse più debole della posizione della Corte di giustizia europea. La questione non è di poco conto ove si abbia riguardo al fatto che il consumatore medio è un parametro o un canone valutativo, oggettivo e variabile a seconda degli Stati membri, diretto a mediare gli interessi dell'impresa con quelli del consumatore. Si guarda, essenzialmente, alla capacità del consumatore medio di comprendere il contenuto della clausola: il riferimento al consumatore, normalmente informato e ragionevolmente avveduto, che richiama il considerando 18 della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette, è presente in diverse decisioni della Corte di giustizia europea[41], pronunciate anche e soprattutto nell'ambito di contratti bancari[42] e finanziari. In tale settore, infatti, proprio con riferimento a diversi contratti di credito e di mutuo ipotecario indicizzato in valuta estera, in cui il contenuto delle clausole è stato unilateralmente predisposto dal professionista, la Corte di giustizia europea ha precisato,

40. In tal senso cfr. G. De Cristofaro, *Vessatorietà e trasparenza delle clausole dei contratti B-To-C e procedimenti amministrativi di competenza dell'AGCM. Il novellato art. 37-bis C.cons.*, *cit.*, pp. 517 ss. e Id., "*Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE (comma 15 bis, art. 27 c.cons.)*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2023, pp. 441 ss.; su pratiche commerciali scorrette e consumatore medio cfr. E. Camilleri, *Pratiche commerciali scorrette,* safety net *e nuove vulnerabilità: prospettive e limiti*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2024, pp. 204 ss.

41. Cfr. Corte giust. 18 novembre 2021, C-212/2020, *M.P. e B.P. contro «A.» prowadzący działalność za pośrednictwem «A.» S.A.*

42. R. Natoli, *L'ammortamento "alla francese": una questione di trasparenza*, in *Banca, Borsa, tit. cred.,* 2023, pp. 211 ss., Viterbo F.G., *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari con i consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 162 ss.

che l'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali viene adempiuto laddove non solo le clausole appaiono intellegibili per il consumatore sui piani formale e grammaticale, ma anche comprensibili sotto il profilo del funzionamento e delle modalità di calcolo per un «consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto», il quale deve essere messo in grado di comprendere il funzionamento concreto di tale clausola e di valutare così, sulla base di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una siffatta clausola sui suoi obblighi finanziari[43].

La giurisprudenza europea, in definitiva, se da un lato si impegna a garantire la piena effettività della tutela del consumatore, dall'altro lato si preoccupa di fissare dei limiti, entro i quali tale protezione può e deve operare, al fine di evitare, come si è detto, sbilanciamenti di segno opposto. Infatti il richiamato parametro del consumatore medio[44], che rinvia non a un consumatore disattento e acritico, ma a un consumatore dotato di una capacità critica e di analisi, abbassa il grado di protezione offerto e, contestualmente, amplia la tutela delle imprese o dei professionisti.

Alla trasparenza e alla forma si aggiunge un altro elemento, indice della vessatorietà, l'assenza di reciprocità. Secondo la giurisprudenza di legittimità[45], si deve considerare presuntivamente vessatoria la clausola contrattuale con la quale si prevede il diritto di pretendere il pagamento di una sanzione in caso di recesso del consumatore, senza analoga previsione per il professionista, e tale è stata

43. Corte giust. 10 giugno 2021, cause riun. C-776/19 a C-782/19, *VB e a. contro BNP Paribas Personal Finance SA e AV e a. contro BNP Paribas Personal Finance SA e Procureur de la République*, ove si rileva, che ai fini dell'accertamento della vessatorietà è necessario verificare se un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, deve essere in grado non solo di prendere conoscenza della possibilità di apprezzamento o deprezzamento della valuta estera nella quale il mutuo è stato contratto, ma anche di valutare le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sui suoi obblighi finanziari.

44. S. Pagliantini, *In memoriam del consumatore medio*, in *Europa dir. priv.*, 2021, pp. 1 e, spec., 3 ss.; Per Corte giust. 21 settembre 2023, C-139/22, *AM e PM contro mBank S.A.*, il requisito di trasparenza delle clausole contrattuali, previsto all'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva, deve essere inteso nel senso che impone non solo che la clausola di cui trattasi sia intelligibile per un consumatore sui piani formale e grammaticale, ma anche che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia posto in grado di comprendere il funzionamento concreto di tale clausola e di valutare così, sulla base di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una siffatta clausola sui suoi obblighi finanziari.

45. Cass. 5 maggio 2017, n. 10910.

considerata quella inserita in un contratto di mediazione[46], laddove consentiva al professionista di trattenere una somma di denaro, versata dal consumatore, in caso di recesso di quest'ultimo, senza aver svolto alcuna prestazione[47].

Analogamente si è pronunciato l'Arbitro bancario finanziario[48], con riferimento a clausole contrattuali che prescrivono, in autotutela, la compensazione del debito di un correntista con il saldo attivo presente sul conto corrente, senza riconoscere analoga forma di autotutela al correntista stesso.

Infine va segnalata, anche per il dibattito che ha suscitato, una decisione della giurisprudenza di legittimità[49] nella quale si è affermato che le norme a protezione del consumatore devono conformarsi a criteri di ragionevolezza, che impongono la soccombenza delle ragioni del consumatore, rispetto a quelle del professionista, tutte le volte in cui il consumatore, con negligenza, non si è avvalso delle prerogative ad esso riconosciute e non ha quindi rispettato il principio dell'autoresponsabilità[50]. In tal caso si rafforza la tutela riservata al professionista, che resta esonerato da ogni responsabilità anche quando abbia contravvenuto all'obbligo di chiarezza. Questa decisione manifesta, ancora, la difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato e quello del consumatore.

46. Cass. 18 settembre 2020, n. 19565, che, al riguardo, statuisce il principio secondo cui si presume vessatoria la clausola che consente al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere.

47. P. Sirena, *La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario finanziari (ABF)*, in A. Belleli, L. Mezzasoma, F. Rizzo (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 78.

48. Collegio di coordinamento dell'Arbitro bancario finanziario 30 ottobre 2020, n. 2438.

49. Cass. 8 luglio 2020, n. 14257.

50. Cass. 8 luglio 2020, n. 14257, secondo cui il c.d. dogma consumeristico vuole il consumatore in una situazione di presunzione assoluta di debolezza, sempre e comunque meritevole di protezione. Nel settore turistico, tuttavia, agli obblighi informativi che l'organizzatore deve obbligatoriamente dare in forma scritta tramite apposito opuscolo, concorre il principio di autoresponsabilità del consumatore circa la lettura e l'utilizzo dello stesso (nella specie, la disponibilità per iscritto, qualche giorno prima della partenza, delle informazioni di cui la ricorrente necessitava e che, per negligenza non aveva letto né utilizzato, non comportava un pregiudizio suscettibile di essere compensato in via risarcitoria).

6. *Conclusioni: la prospettiva rimediale*

Nel momento in cui l'esercizio della libertà contrattuale[51] sconfina «nell'abuso della libertà contrattuale» si apre la questione delle tutele offerte al soggetto debole[52]. Sia il diritto europeo che la giurisprudenza della Corte di giustizia europea presentano un ventaglio di rimedi[53], accomunati da un unico obiettivo, quello di svolgere una funzione realizzativa[54] e satisfattiva dell'interesse consumeristico[55] rimasto inattuato, per conseguire pure la piena attuazione delle politiche di mercato[56].

Al riguardo tali rimedi[57], che non sono oggetto di specifica attenzione in questo contributo, sono ricondotti dalla giurisprudenza europea a forme di disapplicazione della clausola, se il consumatore non si oppone; ripristino della situazione di fatto e di diritto in cui il consumatore si sarebbe trovato senza la clausola e ciò anche nell'ipotesi in cui i servizi o i prodotti sono stati erogati e il professionista può rimanere privo di compenso; invalidazione o, meglio, nullità dell'intero contratto[58], se dopo l'eliminazione della clausola esso non ha ragione

51. Sull'abuso della libertà contrattuale cfr. G. D'Amico, S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 27 ss.; F. Di Marzio, *Divieto di abuso e autonomia di impresa*, in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 27 ss.

52. S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, pp. 380 s., ad avviso del quale all'interno del diritto europeo attuale si assiste ad una «funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale all'obiettivo dell'instaurazione di un mercato il più possibile razionale» e «il rimedio è la chiave di accensione dell'intero sistema».

53. In tal senso cfr. L. Nivarra, *I rimedi specifici*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 162 il quale evidenzia che il ragionamento sulla tutela dei diritti vada impostato a partire dal pregiudizio cui la tutela medesima è chiamata a reagire.

54. V. Scalisi, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 1045 ss. e pp. 1055 ss. per il quale l'effetto-rimedio invece agisce in funzione essenzialmente mediatrice all'interno del processo di realizzazione di interessi giuridici.

55. Su tale punto cfr. A. di Majo, *Profili della responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 61 s.

56. V. Scalisi, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, *cit.*, 282 s., e ora in Id., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, *cit.*, 378 s., ove si rileva che la stessa nullità di protezione non è la «solita codicistica nullità, quale rimedio di fattispecie, bensì di una figura nuova e diversa operante come rimedio di regolamento».

57. C. Scognamiglio, *Interferenze disciplinari, vecchia e nuova dogmatica*, in *Accademia*, 2023, pp. 425 ss., e spec. p. 433.

58. Cass. 3 novembre 2023, n. 30556, secondo cui, con riferimento a un contratto di mutuo con

di esistere, purchè il rimedio demolitorio non sia di pregiudizio per il consumatore[59], avuto riguardo agli effetti che da esso derivano. Laddove, infatti, il consumatore risulti esposto a conseguenze dannose, la Corte di giustizia europea[60] non ha esitato ad affermare che il giudice nazionale possa sanare la nullità della clausola abusiva, sostituendola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva o applicabile in caso di accordo tra le parti di detto contratto[61]. Resta, in ogni caso, aperta la possibilità per le parti di rinegoziare il contratto.

Si conferma, quindi, anche per effetto delle posizioni assunte dalla giurisprudenza europea l'esistenza di una pluralità di strumenti rimediali, correlati essenzialmente alla natura degli interessi in gioco e ai comportamenti in grado di realizzarli, sul presupposto che, quale che sia la tecnica di tutela attivabile, essa non può tradursi in un pregiudizio per l'interesse che aspira alla sua realizzazione.

---

tasso di interesse indicizzato al tasso di cambio franco/svizzero, le clausole redatte in modo non chiaro e comprensibile possono essere considerate vessatorie o abusive, e pertanto nulle, se determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, e ciò anche nel caso in cui riguardano la stessa determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi.

59. Cass. civ., sez. un., 16.11.2022, n. 33719 e per un commento a tale sentenza C. Scognamiglio, *Le sezioni unite e l'art. 38 t.u.b.: un altro tassello nel mosaico delle nullità*, in *Nuova giurisprudenza civile comm.*, 2023, pp. 412 ss., che intravede nella decisone della Corte la «consapevolezza circa il necessario carattere dell'idoneità o congruità rimediale della sanzione della nullità, avuto riguardo agli interessi protetti dalla norma: con il corollario della negazione della possibilità di dare ingresso al rimedio della nullità quando lo stesso si palesi incongruo, avuto riguardo alla natura degli interessi in gioco ed alle conseguenze, rispetto allo scopo della norma, che l'applicazione del rimedio della nullità trarrebbe con sé».

60. Corte giust. 18 novembre 2021, causa C-212/20, secondo cui una clausola dichiarata abusiva dal giudice nazionale deve restare disapplicata, senza che il suo contenuto possa essere modificato. Soltanto qualora la caducazione della clausola abusiva obbligasse il giudice ad annullare il contratto nella sua interezza, esponendo in tal modo il consumatore a conseguenze particolarmente dannose, sicché quest'ultimo ne sarebbe penalizzato, il giudice nazionale potrebbe sostituire tale clausola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva. Su tale decisione cfr. S. Gatti, *Limiti europei all'integrazione (e all'interpretazione) del contratto contenente clausole vessatorie: marginalizzazione o mutata centralità del giudice?*, in *Pactum*, *Rivista di diritto dei contratti*, 2022, pp. 304 ss.; G. D'Amico - S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi, cit.*, p. 27.

61. Corte giust. 12 gennaio 2023, causa C-395/21.

IL CONTROLLO AMMINISTRATIVO DELLA TRASPARENZA E DELLA VESSATORIETÀ DELLE CLAUSOLE DEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI

Giovanni De Cristofaro

Sommario: ***1.*** *Il public enforcement della disciplina privatistica di attuazione della dir. 1993/13/CEE: il novellato art. 37-bis c.cons.* ***2.*** *L'impostazione originaria della dir. 1993/13/CE e della normativa italiana di recepimento: l'opzione per un sistema di private enforcement "puro" e l'esclusione di qualsiasi forma di public enforcement.* ***3.*** *L'evoluzione del diritto UE: il reg. UE 2017/2394 sulla cooperazione fra Autorità nazionali e l'art. 8-ter della dir. 1993/13/CEE, introdotto dalla dir. 2019/2161/UE.* ***4.*** *Gli elementi costitutivi del nuovo illecito amministrativo contemplato dall'art. 37-bis c.cons.* ***5.*** *Il procedimento e i poteri istruttori e d'indagine dell'Autorità.* ***6.*** *Le conseguenze dell'accertamento della vessatorietà (e/o della non trasparenza) delle clausole inserite negli standards contrattuali predisposti unilateralmente dal professionista: misure cautelari e ordini inibitori.* ***7.*** *Segue: l'eliminazione degli effetti prodotti dalle violazioni accertate: ordini restitutori e risarcitori?* ***8.*** *Segue: l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie.* ***9.*** *Gli impegni assunti dal professionista.* ***10.*** *La pubblicazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità ai sensi dell'art. 37-bis c.cons.* ***11.*** *Il rapporto fra i procedimenti amministrativi di competenza dell'Agcm ex art. 37-bis c.cons. e i giudizi civili "individuali" e "collettivi".*

1. Il public enforcement *della disciplina privatistica di attuazione della dir. 1993/13/CEE: il novellato art. 37-bis c.cons*

Con il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26, attuativo della dir. 2019/2169/UE, il legislatore italiano ha completato il processo di costruzione di un sistema di *enforcement* pubblicistico della disciplina (privatistica) di recepimento della dir. 1993/13/CEE, contenuta negli artt. 33-36 del codice del consumo.

Un processo che era stato avviato con il reg. UE 2017/2394 sulla cooperazione tra le Autorità nazionali responsabili dell'*enforcement* della normativa di protezione dei consumatori[1] (entrato in vigore il 17 gennaio 2020), aveva

1. Reg. UE 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, "sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i

vissuto una tappa intermedia con l'approvazione della l. 23 dicembre 2021, n. 238 ("legge europea 2019-2020" [2], entrata in vigore il 1° febbraio 2022), e si è concluso – quantomeno a livello di legislazione ordinaria[3] – con il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26[4], e segnatamente con le modificazioni ed integrazioni che l'art. 1, commi 7° e 8°, di questo d.lgs. (entrato in vigore il 2 aprile 2023) ha apportato agli artt. 27 e 37-*bis* c.cons.

La predisposizione e l'utilizzazione, da parte di un professionista, di condizioni generali di contratto contenenti clausole contenutisticamente vessatorie per la regolamentazione di rapporti contrattuali instaurati ed intercorrenti con consumatori, viene oggi ad essere configurata a tutti gli effetti come un illecito amministrativo, al pari delle condotte tenute dai professionisti in violazione di numerose altre discipline di protezione del consumatore, ed in particolare al

---

consumatori e che abroga il regolamento (CE) n. 2006/2004" (in *G.U.U.E.* n. L 345 del 27 dicembre 2017). La dir. 1993/13/CEE è stata infatti inclusa nell'elenco delle "norme dell'Unione sulla tutela degli interessi dei consumatori" riportato nell'Allegato al regolamento, il quale ultimo (art. 1) stabilisce le condizioni in base alle quali collaborano ed agiscono le Autorità pubbliche nazionali investite, negli Stati membri, della responsabilità dell'*enforcement* delle "norme dell'Unione sulla tutela degli interessi dei consumatori", sia al fine di garantire il rispetto delle citate norme e il buon funzionamento del mercato interno, sia al fine di migliorare la tutela degli interessi economici dei consumatori.

2. Il cui art. 37 ha modificato il testo degli artt. 27, 37-*bis* e 144-*bis* c.cons. In particolare, è stata inserita nel comma 1° dell'art. 37 c.cons. una disposizione che espressamente designa l'AGCM come Autorità nazionale competente per l'*enforcement* delle disposizioni italiane di recepimento della dir. 1993/13/CEE, aggiungendo (in modo a dir poco sibillino ed ambiguo) che "*In materia di accertamento e di sanzione delle violazioni della citata direttiva 93/13/CEE, si applica l'articolo 27 del presente codice*". Inoltre, è stato riformulato il comma 2° dell'art. 144-*bis* c.cons., nel quale è stata introdotta una previsione in forza della quale, "con riferimento alle *infrazioni lesive degli interessi collettivi dei consumatori in ambito nazionale*, escluse dall'applicazione del citato regolamento (UE) 2017/2394", le Autorità investite della responsabilità dell'*enforcement* delle disposizioni nazionali attuative delle norme UE di protezione dei consumatori (inclusa la dir. 1993/13/CEE) "esercitano i medesimi *poteri di indagine e di esecuzione*" di cui tali Autorità dispongono, ai sensi dell'art. 9 del citato regolamento, nei confronti dei professionisti che pongano in essere le infrazioni "transfrontaliere" (art. 3, n. 5, reg.: infrazioni intra-UE, infrazioni diffuse e infrazioni diffuse con dimensione unionale) cui il regolamento stesso trova applicazione.

3. L'Agcm, infatti, verosimilmente procederà alla revisione e all'aggiornamento del *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore*, attualmente contenuto nella delibera n. 25411 del 1° aprile 2015 (in *G.U.* n. 94 del 23 aprile 2015).

4. D.lgs. 7 marzo 2023, n. 26, recante "attuazione della direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori" (in *G.U.* n. 66 del 18 marzo 2023).

pari delle condotte lesive del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette sancito dall'art. 20, comma 1°, c.cons. e delle condotte contrastanti con i precetti dettati dalle disposizioni attuative della dir. 2011/83/UE "sui diritti dei consumatori", inserite negli artt. 45-67 c.cons.

L'accertamento di siffatto illecito, l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie e l'adozione di eventuali ulteriori misure nei confronti del professionista responsabile, sono stati attribuiti alla competenza esclusiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), nella sua veste di Autorità nazionale competente per l'*enforcement* della dir. 1993/13/CEE, appositamente designata a tal fine dal comma 1° del novellato art. 37-*bis* c.cons.

La disciplina dei procedimenti nell'ambito dei quali l'Autorità perviene all'accertamento del citato illecito amministrativo e all'adozione delle misure conseguenti risulta da una pluralità di disposizioni, distribuite fra codice del consumo (art. 27, art. 37-*bis*, art. 144-*bis*, comma 2°), reg. UE 2017/2394 sulla cooperazione fra le Autorità nazionali responsabili dell'*enforcement* delle norme UE di protezione dei consumatori (artt. 9-10), l. 24 novembre 1981, n. 689 (artt. 1-12 e artt. 26-29) e l. 10 ottobre 1990, n. 287 (art. 14).

I provvedimenti con i quali l'Autorità garante definisce questi procedimenti amministrativi sono impugnabili davanti al Tar Lazio-Roma e, in secondo grado, davanti al Consiglio di Stato.

L'introduzione di questo nuovo sistema di *enforcement* pubblicistico non ha modificato né l'impianto, né i contenuti della disciplina privatistica attuativa della dir. 1993/13/CEE, sia sul piano sostanziale che sul piano processuale.

Rimane ferma ed impregiudicata la competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria ordinaria a conoscere delle azioni civilistiche esperite al fine di ottenere l'accertamento della nullità delle clausole vessatorie inserite nei contratti *b-to-c* (ed eventualmente la nullità integrale del contratto che le contenga) e la pronuncia delle conseguenti condanne risarcitorie e/o restitutorie: sia che si tratti di azioni promosse da consumatori *uti singuli*[5]; sia che si tratti di "azio-

5. Di competenza del giudice di pace o del tribunale ordinario, a seconda che il valore della controversia sia inferiore o superiore ai 10.000 euro, salvo che si tratti di contratti di vendita o locazione di beni immobili, nel qual caso la controversia appartiene sempre alla competenza del

ni rappresentative" promosse *ex* art. 140-*ter* ss. c.cons. dalle associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco ministeriale di cui all'art. 137 c.cons.[6] al fine di ottenere l'adozione di un provvedimento "compensativo"[7] nei confronti del professionista che abbia instaurato con una pluralità di consumatori rapporti contrattuali regolati da condizioni generali contenenti clausole contenutisticamente vessatorie e/o formulate in modo non trasparente[8].

Rimane altresì ferma ed impregiudicata la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria a conoscere delle azioni inibitorie dell'uso di condizioni generali di contratto contenenti clausole vessatorie: sia le azioni inibitorie (di competenza del tribunale ordinario) che rimangono suscettibili di essere promosse da associazioni dei consumatori o da associazioni di professionisti ai sensi dell'art. 37 c.cons.[9], sia le azioni "rappresentative" (di competenza della sezione specializzata in materia di impresa: art. 140-*septies*, comma 4°, c.cons.) che ai sensi dei nuovi artt. 140-*ter* ss. c.cons. possono essere esperite dalle associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco ministeriale di cui all'art. 137 c.cons. al fine di ottenere l'adozione di provvedimenti inibitori (art. 140-*ter*, comma 1°, lett. *g*, c.cons.).

---

tribunale a prescindere dal valore.

6. Di competenza della sezione specializzata in materia di impresa: art. 140-*septies*, comma 4°, c.cons.

7. Per tale dovendosi intendere "una misura rivolta a *rimediare al pregiudizio subito dal consumatore*, anche attraverso il pagamento di una somma di denaro, la riparazione, la sostituzione, la riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto o il rimborso del prezzo pagato": cfr. art. 140-*ter*, comma 1°, lett. *h*, c.cons.

8. Gli artt. 33-38 c.cons. sono stati infatti inseriti nell'elenco – riportato nell'Allegato II-*septies* del codice del consumo – di disposizioni la cui violazione da parte di un professionista, qualora la relativa condotta leda o sia suscettibile di ledere interessi collettivi dei consumatori, legittima le associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 c.cons. ad esperire le azioni rappresentative regolate dalla nuova disciplina introdotta negli artt. 140-*ter* ss. c.cons. dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28, attuativo della direttiva (UE) 2020/1828 del 25 novembre 2020, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Merita di essere rilevato che, a seguito dell'entrata in vigore di questa nuova disciplina speciale (25 giugno 2023), le associazioni dei consumatori interessate ad ottenere la pronuncia di provvedimenti "compensativi" e/o "inibitori" nei confronti di professionisti che ledano interessi collettivi dei consumatori con condotte contrastanti con gli artt. 33-38 c.cons. *non potranno più* avvalersi dell'azione di classe "generale" disciplinata dal titolo VIII-*bis* del libro IV c.p.c., ma *dovranno necessariamente ricorrere alla (nuova e "speciale") azione rappresentativa* regolamentata dagli artt. 140-*ter* ss. c.cons. (cfr. 140-*ter*, comma 2°, c.cons.).

9. Disposizione che non è stata modificata né abrogata dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28, attuativo "della direttiva (UE) 2020/1828, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori".

Nulla di esplicito, purtroppo, ha statuito il legislatore in merito al rapporto fra *private* e *public enforcement* della disciplina attuativa della dir. 1993/13/CEE, lasciando in tal modo all'interprete il delicato compito di colmare la relativa lacuna[10].

Questa gravissima omissione del nostro legislatore non è tuttavia l'unica ragione che induce a nutrire perplessità nei confronti della nuova disciplina del *public enforcement* della normativa di attuazione della dir. 1993/13/CEE.

In primo luogo, deve infatti rilevarsi che le regole riguardanti il relativo procedimento amministrativo, anziché essere inserite in modo completo ed organico all'interno di un'unica disposizione, sono distribuite in una pluralità di disposizioni fra loro mal coordinate, delle quali alcune soltanto sono collocate nel codice del consumo, mentre altre si trovano inserite in atti normativi diversi dal codice del consumo, esplicitamente o implicitamente richiamati dall'art. 37-*bis* c.cons. Questa deprecabile scelta di *drafting* legislativo è inevitabilmente destinata a dar vita ad una molteplicità di dubbi ed incertezze di notevole rilevanza sul piano interpretativo ed applicativo.

In secondo luogo, appare a dir poco discutibile la scelta di comminare, nei confronti di una condotta fino a pochi mesi orsono non illecita sul piano pubblicistico (la predisposizione e l'utilizzazione di clausole contenutisticamente vessatorie per la regolamentazione standardizzata di una pluralità di rapporti contrattuali *b-to-c*), una sanzione amministrativa pecuniaria il cui importo potrebbe arrivare fino a 10 milioni di euro.

Oltre a presentare significativi profili di dubbia compatibilità con i principi costituzionali, nonché con il canone eurounitario della necessaria proporzionalità delle sanzioni che gli Stati membri sono tenuti a comminare nei confronti dei professionisti responsabili delle violazioni delle direttive di protezione dei consumatori, tale scelta appare criticabile sul piano della politica del diritto: le clausole contenutisticamente vessatorie sono infatti, in sé e per sé considerate, lecite e consentite dall'ordinamento, e lungi dall'essere colpite da un divieto

10. Se, e fino a che punto, precedenti orientamenti assunti in proposito dalla nostra giurisprudenza possano considerarsi suscettibili di essere ribaditi anche a fronte del nuovo quadro normativo, è questione che non mancherà di suscitare vivaci discussioni, sulla quale torneremo alla fine di questo contributo (par. 11).

assoluto ed incondizionato possono considerarsi affette da nullità "di protezione" soltanto se e in quanto le parti non ne abbiano fatto l'oggetto di una trattativa individuale e soltanto se ed in quanto lo svantaggio che esse arrechino al consumatore (e/o il vantaggio che procurano al professionista) risulti – alla luce ed in esito ad un controllo "in concreto" del contenuto complessivo del contratto – tale da dar vita ad un "significativo squilibrio" contrastante con i dettami della buona fede oggettiva. Che l'inserimento di clausole siffatte nei regolamenti standardizzati predisposti per disciplinare in modo uniforme i rapporti *b-to-c* – pur sempre un atto di esercizio dell'autonomia privata negoziale e della libertà contrattuale, che rimangono un pilastro fondamentale del nostro diritto dei contratti – meriti davvero di assurgere ad illecito amministrativo punito con sanzioni pecuniarie particolarmente afflittive, appare francamente dubbio, persino nella pur ragionevole e condivisibile prospettiva del potenziamento dell'effettività della disciplina attuativa della dir. 1993/13/CEE.

2. *L'impostazione originaria della dir. 1993/13/CE e della normativa italiana di recepimento: l'opzione per un sistema di private enforcement "puro" e l'esclusione di qualsiasi forma di public enforcement*

Nella sua versione originaria, la dir. 1993/13/CEE non prevedeva alcuna forma di controllo amministrativo dei contenuti dei contratti *b-to-c* funzionale all'adozione di provvedimenti sanzionatori nei confronti dei professionisti che inserissero clausole abusive nelle condizioni generali di contratto predisposte ed utilizzate per regolare in modo uniforme i rapporti contrattuali instaurati con consumatori, né imponeva agli Stati membri di comminare sanzioni di natura pubblicistica nei confronti dei professionisti che avessero violato le disposizioni nazionali volte a dare ad essa attuazione.

Sancita la "non vincolatività" per il consumatore delle clausole non negoziate individualmente dalle parti che fossero (in quanto idonee a determinare un "significativo squilibrio" dei diritti e dei doveri contrattuali, in contrasto con i dettami della buona fede) "abusive" (art. 6, par. 1), la direttiva si limitava ad imporre agli Stati membri di "fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista

e dei consumatori", precisando che siffatti mezzi avrebbero dovuto includere disposizioni volte a consentire, a persone o organizzazioni legittimate ad agire a tutela degli interessi dei consumatori, di adire[11] le autorità giudiziarie ovvero gli organi amministrativi competenti al fine di veder accertata l'eventuale natura abusiva delle clausole contrattuali redatte per un impiego generalizzato, nonché di veder adottati "mezzi adeguati ed efficaci" per far "cessare l'inserzione" delle clausole che presentassero una natura siffatta.

Al pari della maggioranza dei legislatori dei Paesi UE, il legislatore italiano ritenne opportuno, in sede di recepimento della direttiva, limitarsi a contemplare un sistema di *private enforcement* "puro", senza prevedere alcuna forma di *public enforcement*.

La competenza a pronunciarsi sulla natura abusiva/vessatoria di una clausola contrattuale venne attribuita in via esclusiva all'autorità giudiziaria ordinaria, chiamata a formulare siffatte valutazioni sia nell'ambito di giudizi "individuali"[12] (in funzione della declaratoria di nullità della clausola di cui fosse stato accertato il carattere vessatorio: v. oggi l'art. 36 c.cons.) sia nell'ambito di giudizi inibitori "collettivi"[13] (in funzione della imposizione al professionista dell'ordine di astenersi dal continuare ad utilizzare condizioni generali di contratto recanti clausole di cui fosse stato accertato il carattere vessatorio: v. oggi l'art. 37 c.cons.).

Questa impostazione non è stata sostanzialmente scalfita dall'art. 5, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, che introdusse nel codice del consumo l'art. 37-*bis*[14].

---

11. Con ricorsi "diretti, separatamente o in comune, contro più professionisti dello stesso settore economico o associazioni di professionisti che utilizzano o raccomandano l'inserzione delle stesse clausole contrattuali generali o di clausole simili": cfr. art. 7, par. 3, dir. 1993/13/CEE.

12. Instaurati cioè fra il professionista ed il singolo, concreto consumatore che con lui aveva concluso il contratto contenente clausole vessatorie.

13. Instaurati cioè da associazioni di professionisti o associazioni di consumatori nei confronti dei professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto contenutisticamente vessatorie ovvero di associazioni di professionisti che ne raccomandano o promuovono l'utilizzazione.

14. Cfr. in proposito il saggio di E. Minervini, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie del contratto del consumatore*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, pp. 563 ss. e l'approfondito commento di M. Farneti, in G. De Cristofaro - A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2013, p. 422 ss., nonché il commento più recente (aggiornato

Nella sua versione originaria (anteriore alle modifiche apportate nel 2022), quest'ultima disposizione prevedeva infatti sì la possibilità di un controllo "amministrativo" di vessatorietà delle clausole affidato all'Agcm, ma non attribuiva a quest'ultima il potere di adottare ordini inibitori né misure di ripristino, e soprattutto non le attribuiva il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti del professionista che avesse utilizzato standards contrattuali contenenti clausole di cui fosse stata appurata la natura vessatoria, limitandosi per contro a prevedere che il provvedimento di Agcm contenente il relativo accertamento dovesse essere "diffuso", anche per estratto, mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell'Autorità e sul sito del professionista interessato nonché diffuso, a cura e a spese di quest'ultimo, "mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno" ai fini di una adeguata informazione del pubblico dei consumatori[15].

3. *L'evoluzione del diritto UE: il reg. UE 2017/2394 sulla cooperazione fra Autorità nazionali e l'art. 8-ter della dir. 1993/13/CEE, introdotto dalla dir. 2019/2161/UE*

A livello eurounitario, l'approccio muta profondamente alla fine del secondo decennio di questo secolo, quando l'esigenza di assicurare un *enforcement* pieno ed efficace del diritto dei consumatori viene posta al centro dell'agenda politica UE.

Il citato reg. UE 2017/2394 sulla cooperazione fra le Autorità nazionali responsabili dell'*enforcement* delle norme UE di protezione dei consumatori impone infatti agli Stati membri di designare una Autorità nazionale (pubblicisti-

alle modifiche apportate all'art. 37-*bis* c.cons. dall'art. 5, comma 4°, d.lgs. 25 novembre 2016, n. 219) di A. Barenghi, in V. Cuffaro – A. Barba – A. Barenghi (a cura di), *Codice del consumo*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 2019, pp. 363 ss.

15. L'irrogazione di una sanzione amministrativa veniva prevista soltanto nei confronti del professionista che non avesse ottemperato alle prescrizioni impartite dall'Agcm per la diffusione e pubblicazione del provvedimento (comma 2°), nonché del professionista che – richiesto dall'Autorità di fornire informazioni e/o di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria – avesse omesso di provvedervi ovvero vi avesse provveduto fornendo all'Autorità informazioni e documentazione non veritiere (comma 1°).

co-amministrativa) competente per l'*enforcement* di ciascuna delle normative di protezione dei consumatori elencate nell'Allegato (fra queste, in primo luogo proprio la dir. 1993/13/CEE) e di munire le Autorità così designate dei poteri "minimi" di "indagine" e di "attuazione" (*enforcement* nella versione inglese del regolamento) elencati nell'art. 9 reg.

I poteri "minimi" di indagine di cui le Autorità debbono essere munite (art. 9, par. 3, reg.) si sostanziano, fra l'altro: nel potere di accedere ai documenti, ai dati o alle informazioni pertinenti relativi a un'infrazione, in qualsiasi forma o formato e indipendentemente dal loro supporto di conservazione o dal luogo in cui essi sono conservati; nel potere di esigere che qualsiasi autorità pubblica, organismo o agenzia del loro Stato membro o qualsiasi persona fisica o giuridica fornisca informazioni, dati o documenti pertinenti, al fine di stabilire se si è verificata un'infrazione; nel potere di effettuare le necessarie ispezioni *in loco*, anche accedendo a locali, terreni o mezzi di trasporto utilizzati dal professionista interessato dall'indagine nell'ambito della sua attività; nel potere di sequestrare le informazioni, i dati o i documenti per il periodo necessario e nella misura adeguata all'espletamento dell'ispezione; nel potere di richiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale dipendente del professionista interessato dall'indagine di fornire spiegazioni dei fatti, informazioni, dati o documenti relativi all'oggetto dell'indagine e registrarne le risposte.

I poteri "minimi" di *enforcement* contemplati dal par. 4 dell'art. 9 reg. consistono, fra l'altro, nel potere: di "adottare misure provvisorie" volte a evitare il rischio di danno grave degli interessi collettivi dei consumatori; di accettare l'assunzione, da parte del professionista responsabile dell'infrazione, dell'impegno a porre fine all'infrazione stessa e/o di impegni riparatori aggiuntivi, rivolti ad assicurare rimedi adeguati ai consumatori interessati dall'infrazione; di imporre al professionista di mettere fine alle infrazioni riscontrate e di astenersi dal porle in essere in futuro; di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie ("effettive, proporzionate e dissuasive") nei confronti del professionista responsabile dell'infrazione nonché di applicare *astreintes* a carico del professionista che non rispetti gli ordini inibitori e le misure provvisorie adottate dall'Autorità competente e/o non mantenga gli impegni assunti nei confronti dell'Autorità stessa.

Il reg. UE 2017/2394 si applica, a rigore, alle sole infrazioni "transfron-

taliere"[16], ma non preclude agli Stati membri la possibilità di prevedere nella loro legislazione nazionale che i menzionati poteri di indagine e di *enforcement* spettino alle Autorità nazionali competenti anche in relazione alle "infrazioni" meramente interne: possibilità di cui lo Stato italiano ha ritenuto opportuno avvalersi, prevedendo espressamente nel comma 2° dell'art. 144-*bis* c.cons. (come novellato dalla l. n. 238/2021 – legge europea 2019-2020) che, "con riferimento alle infrazioni lesive degli interessi collettivi dei consumatori in ambito (meramente) nazionale, le Autorità designate come competenti per l'*enforcement* delle disposizioni nazionali di attuazione delle norme UE di protezione dei consumatori esercitano i medesimi poteri di indagine e di esecuzione di cui all'articolo 9 del citato regolamento".

Sin dalla data di entrata in vigore della l. n. 238/2021 (2 febbraio 2022) l'Agcm, designata come Autorità competente per l'*enforcement* delle disposizioni attuative della dir. 1993/13/CEE (art. 37-*bis*, comma 1°, c.cons.) deve dunque considerarsi dotata dei poteri "minimi" di indagine e di esecuzione di cui all'art. 9, reg. UE 2017/2394 nei confronti dei professionisti che stipulano con consumatori contratti contenenti clausole formulate in violazione del precetto di trasparenza di cui all'art. 5, dir. 1993/13/CEE e/o clausole contenutisticamente abusive (in quanto idonee a dar vita ad un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi scaturenti dal contratto, in contrasto con la buona fede) ai sensi dell'art. 3 dir. 1993/13/CEE: non soltanto quando si tratti di "infrazioni" transfrontaliere, ma anche quando si tratti di "infrazioni" meramente interne, poste in essere cioè da professionisti operanti nel territorio italiano esclusivamente a discapito di consumatori residenti nel territorio italiano.

Poche settimane prima dell'entrata in vigore del reg. UE 2017/2394 (avvenuta il 17 gennaio 2020) era stata peraltro pubblicata la dir. 2019/2169/UE del 27 novembre 2019, "per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori"[17], la quale ha

16. Segnatamente, le "infrazioni infra-UE", le "infrazioni diffuse" e le "infrazioni diffuse aventi una dimensione unionale", nozioni la cui portata viene puntualmente definita nell'art. 3, nn. 1, 2 e 3, del regolamento.

17. In G.U.U.E., L 328 del 18 dicembre 2019.

disposto l'introduzione nella dir. 1993/13/CEE di una nuova disposizione (art. 8-*ter*) che, modificando radicalmente l'impostazione originaria della direttiva stessa, impone agli Stati membri di adottare "norme in materia di *sanzioni* applicabili alle violazioni delle disposizioni nazionali adottate conformemente alla presente direttiva" e di prendere "tutte le misure necessarie per garantirne l'attuazione", stabilendo che le sanzioni così "previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive".

Il par. 2 dell'art. 8-*ter*, dir. 1993/13/CEE autorizza peraltro espressamente gli Stati membri a circoscrivere l'irrogazione delle citate sanzioni alle sole ipotesi in cui il professionista utilizzi clausole contrattuali "espressamente definite abusive in qualsiasi circostanza nel diritto nazionale" (inserite cioè in "liste nere" di clausole sempre e necessariamente vietate, contemplate da disposizioni *ad hoc* eventualmente esistenti nel diritto nazionale: v. ad es. il nostro art. 36, comma 2, cod. cons.) e/o alle ipotesi in cui il professionista, posteriormente al passaggio in giudicato di un provvedimento giurisdizionale o amministrativo che abbia accertato la natura abusiva di determinate clausole, continui ciononostante ad utilizzare clausole siffatte nei regolamenti negoziali predisposti per disciplinare i rapporti che instaura con i consumatori.

Proprio al fine di dare attuazione al nuovo art. 8-*ter* dir. 93/13/CEE il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26, ha apportato ulteriori modifiche all'art. 37-*bis* (nonché all'art. 27) c.cons., completando a livello di diritto interno la riforma avviata dall'art. 37 della l. europea 2019-2020.

4. Gli elementi costitutivi del nuovo illecito amministrativo contemplato dall'art. 37-bis c.cons

Il coordinamento non pienamente riuscito fra il comma 1° ed il nuovo comma 2°-*bis* dell'art. 37-*bis* c.cons. non rende semplice la puntuale individuazione degli elementi costitutivi del nuovo illecito amministrativo contemplato dalla disposizione in parola.

Di sicuro vi è soltanto che non si rende responsabile di tale illecito il professionista che si limiti a stipulare con un consumatore un contratto per adesione c.d. individuale (e cioè un contratto i cui contenuti siano stati da lui unilate-

ralmente e preventivamente predisposti per regolamentare un singolo, determinato rapporto) contenente clausole contrastanti con i precetti dettati dalle disposizioni attuative della dir. 1993/13/CEE.

I procedimenti amministrativi di cui all'art. 37-*bis* c.cons. possono infatti essere avviati soltanto per sottoporre al controllo amministrativo di Agcm "le clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli o formulari" (comma 1°, esplicitamente richiamato *in parte qua* dal nuovo comma 2°-*bis*), e cioè le clausole inserite in regolamenti negoziali predisposti unilateralmente dal professionista per disciplinare in modo uniforme una pluralità indefinita di rapporti contrattuali con consumatori.

Sembra poi doversi riconoscere che anche in queste ipotesi i poteri sanzionatori di cui è munita Agcm possano essere esercitati soltanto se ed in quanto il professionista abbia effettivamente già instaurato con una pluralità di consumatori una serie di rapporti contrattuali validamente assoggettati alle suddette condizioni generali, non potendo essere irrogata alcuna sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti di un professionista che non abbia ancora stipulato concretamente alcun contratto utilizzando lo standard negoziale da lui stesso predisposto.

Non è chiaro se il nuovo controllo amministrativo debba riguardare soltanto la vessatorietà o possa estendersi anche alla trasparenza delle clausole dei contratti standard *b-to-c*.[18]. Merita infatti di essere ricordato che la for-

18. Con riferimento all'art. 37-*bis* c.cons. – nella formulazione testuale anteriore alle modificazioni apportate nel 2022 e nel 2023 – si era pronunciata esplicitamente in senso favorevole, avallando la prassi applicativa dell'Agcm, la Corte di cassazione (Cass. civ. 31 agosto 2021, n. 23655), sulla base tuttavia di argomenti a dir poco discutibili, dai quali si evince una certa difficoltà della Suprema Corte nell'affrontare la delicata questione del rapporto (e della differenza) fra giudizio (*ex* art. 33, comma 1°, e art. 34 c.cons.) di vessatorietà contenutistica e giudizio (*ex* art. 35, comma 1°, c.cons.) di trasparenza della formulazione di una clausola inserita in un contratto *b-to-c*. Una testimonianza evidente di questa difficoltà è l'affermazione contenuta nella massima ufficiale della sentenza secondo cui, nei contratti conclusi tra professionista e consumatore, «le clausole redatte in modo non chiaro e comprensibile possono essere considerate vessatorie o abusive, e pertanto nulle, se determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, e ciò anche nel caso in cui riguardino la stessa determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi». Sia per le clausole c.d. accessorie che per le clausole principali, infatti, la violazione del principio di trasparenza della formulazione

mulazione non trasparente di una clausola, di per sé, non consente né impone di considerare la clausola stessa, per ciò solo, vessatoria: come tale la clausola può infatti a rigore essere qualificata soltanto se – eventualmente *anche* alla luce della formulazione poco chiara e comprensibile – essa risulta determinare a carico del consumatore quel "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" che solo può giustificare la qualificazione della clausola in termini di vessatorietà. Ciò vale anche per le clausole attinenti all'oggetto e alle prestazioni principali contemplate dal contratto, le quali sono assoggettabili al controllo (contenutistico) di vessatorietà soltanto se formulate in termini non chiari e/o non comprensibili per il consumatore medio (art. 34, comma 2°, c.cons.).

Ciò precisato, è dubbio se si renda responsabile dell'illecito amministrativo di cui all'art. 37-*bis* c.cons. soltanto il professionista che utilizzi condizioni generali di contratto contenenti clausole contenutisticamente vessatorie (e cioè tali da determinare un "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti", ai sensi del comma 1° dell'art. 33 c.cons.) ovvero anche il professionista che utilizzi condizioni generali contenenti clausole formulate in termini non chiari e/o non comprensibili, per il solo fatto che tali clausole sono redatte in violazione del precetto di trasparenza dettato dall'art. 35 c.cons. e a prescindere dalla entità e dalla significatività (nonché dalla contrarietà a buona fede) dello squilibrio eventualmente causato dalla loro presenza nel regolamento negoziale.

non è mai, *ex se*, sufficiente per consentire di qualificare le clausole come vessatorie, essendo per contro sempre necessario accertare che dalla clausola derivi uno squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto in contrasto con i dettami della buona fede oggettiva. Ora, per le clausole c.d. accessorie la circostanza che una clausola sia formulata in termini non chiari e/o non comprensibili è soltanto uno degli elementi che debbono essere presi in considerazione ai fini della valutazione della "significatività" dello squilibrio e della contrarietà a buona fede dello stesso, valutazione che sola (in caso di esito positivo) consente ed impone di riconoscere la vessatorietà (e la conseguente nullità) della clausola. Per contro, per le clausole c.d. principali, l'accertamento della non trasparente formulazione è imprescindibile affinché la clausola possa essere assoggettata ad un controllo contenutistico (dal momento che le clausole "principali" formulate in modo chiaro e comprensibile sono in linea di principio sottratte al controllo contenutistico di vessatorietà *ex* art. 34, comma 2°, c.cons.), che potrà sfociare tuttavia in una valutazione di vessatorietà soltanto se, e nella misura in cui, venga appurato che la clausola "principale" dà vita (eventualmente *anche* a causa della sua formulazione non trasparente, ma certamente *non soltanto* per questa ragione) ad un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi in contrasto con la buona fede.

Nel primo senso parrebbero orientare la terza proposizione del comma 1° dell'art. 37-*bis*, laddove si discorre di Autorità che "dichiara la vessatorietà delle clausole", ed il comma 2°-*bis* dell'art. 37-*bis*, ove si si parla di Autorità che "accerta l'utilizzo di clausole vessatorie come definite nell'art. 33, comma 1 (cod. cons.)", anche in considerazione del fatto che alle sanzioni amministrative di cui all'art. 37-*bis* trova applicazione diretta il principio di legalità dettato dall'art. 1, comma 2°, l. n. 689/1981[19].

Nella seconda direzione parrebbe invece deporre, da un lato, la circostanza che nella seconda proposizione del medesimo comma 1° dell'art. 37-*bis* si fa più genericamente riferimento a (tutte le) violazioni della dir. 1993/13/CEE (e quindi anche alle violazioni del precetto di trasparenza di cui all'art. 5 della direttiva) e dall'altro – e soprattutto – l'esigenza di interpretare la disposizione nazionale in senso conforme all'art. 8-*ter*, dir. 1993/13/CEE, che impone agli Stati membri di comminare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive "applicabili" alle violazioni delle disposizioni nazionali attuative della direttiva, senza distinguere fra la violazione dell'obbligo di formulare in termini chiari e comprensibili le clausole dei regolamenti negoziali unilateralmente predisposti dai professionisti e la violazione del divieto di inserire in siffatti regolamenti negoziali clausole contenutisticamente idonee a determinare un significativo squilibrio a carico del consumatore.

In ogni caso, sia con riguardo alla trasparente formulazione che con riguardo alla vessatorietà contenutistica delle clausole va rilevato che ai fini del relativo accertamento, nell'ambito dei procedimenti amministrativi di competenza di Agcm (così come nell'ambito dei procedimenti inibitori di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria), la valutazione dovrà necessariamente essere condotta "in astratto", cioè tenendo conto in via esclusiva del tenore e dei contenuti del regolamento negoziale standardizzato nel quale le clausole sono inserite, senza poter attribuire alcuna rilevanza alle circostanze concrete che precedano ed accompagnino la stipulazione del singolo, concreto contratto nonché alle spe-

19. "Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati".

cifiche peculiarità "soggettive" che connotano la controparte "consumatrice"[20].

Il parametro da utilizzare sarà così, inevitabilmente, quello (astratto) del "consumatore medio", normalmente critico ed informato – ben noto alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette – e non potrà essere utilizzato il canone di interpretazione oggettiva *in dubio pro consumatore* [21].

In caso di dubbio, la clausola dovrà anzi essere interpretata nel senso più sfavorevole al consumatore, laddove ciò conduca a riconoscerne la vessatorietà: e ciò al fine di prevenire il rischio che vengano impiegate clausole anche solo potenzialmente compatibili con l'attribuzione di un significato tale da renderle idonee a dar vita ad un "significativo squilibrio" dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (arg. *ex* art. 35, comma 3°, c.cons.).

Va infine rilevato che non si rende responsabile dell'illecito amministrativo di cui all'art. 37-*bis* c.cons. il professionista che utilizzi – per regolamentare in modo uniforme rapporti contrattuali che instaura con consumatori – standards contrattuali contenenti clausole formulate in termini chiari e comprensibili e contenutisticamente non vessatorie, la cui nullità si fondi su di una disposizione (del c.c., del c.cons. o di altri atti normativi) diversa dall'art. 36, commi 1° e 3°, c.cons.: l'impiego di clausole siffatte non può infatti essere qualificato come una "violazione della direttiva 93/13/CEE" e non rientra pertanto nell'ambito di applicazione del novellato art. 37-*bis* c.cons.

5. *Il procedimento e i poteri istruttori e d'indagine dell'Autorità*

Il procedimento volto all'accertamento della vessatorietà (ed eventualmente della non trasparenza) delle clausole inserite nel regolamento negoziale predisposto unilateralmente da un professionista per disciplinare in modo uniforme e standardizzato rapporti contrattuali che tale professionista in-

20. Nel medesimo senso, con riferimento all'art. 37-*bis* nella formulazione previgente, v. già M. Farneti, Sub *art. 37-bis c.cons.*, in G. De Cristofaro - A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, *cit.*, p. 425.

21. Nel 3° co. dell'art. 35 c.cons. trova infatti espressione un principio valevole a nostro avviso non soltanto per i procedimenti "collettivi" inibitori di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria di cui all'art. 37 c.cons., ma anche per i procedimenti amministrativi di cui all'art. 37-*bis* c.cons.

staura con consumatori può essere avviato dall'Autorità su denuncia di qualsivoglia interessato ovvero anche d'ufficio[22].

Con riguardo alla fase istruttoria, l'art. 37-*bis* non reca alcun precetto *ad hoc*, limitandosi a dichiarare applicabile, per un verso, l'art. 27 c.cons. (recante la disciplina del procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette) e, per altro verso, i commi 2°, 3° e 4° dell'art. 14, l. n. 287/1990 (concernenti il procedimento in materia di illeciti anticoncorrenziali).

Il legislatore non sembra aver tenuto conto della circostanza che l'art. 14, l. n. 287/1990 è stato recentemente modificato ed integrato, onde ci si può chiedere se il richiamo debba oggi ritenersi comprensivo anche dei commi dal 2°-*bis* al 2°-*octies*, nonché dei commi dal 5° all'8°, del suddetto art. 14, inseriti dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185.

In ogni caso, la disciplina dei poteri istruttori dettata dalle disposizioni citate dev'essere coordinata ed integrata con la disciplina dei "poteri d'indagine" delle Autorità nazionali competenti dettata dall'art. 9, par. 3, reg. UE 2017/2394: non v'è dubbio infatti che nell'ambito dei procedimenti instaurati *ex* art. 37-*bis* c.cons. l'Agcm disponga di siffatti poteri istruttori, anche quando tali procedimenti si riferiscano a condizioni generali di contratto predisposte da professionisti con sede in Italia e utilizzate esclusivamente per regolamentare rapporti contrattuali intercorrenti con consumatori residenti in Italia (le c.d. infrazioni non transfrontaliere: art. 27, comma 2°, e art. 144-*bis*, comma 2°, c.cons.).

6. Le conseguenze dell'accertamento della vessatorietà (e/o della non trasparenza) delle clausole inserite negli standards contrattuali predisposti unilateralmente dal professionista: misure cautelari e ordini inibitori

L'art. 37-*bis* c. cons. non prevede testualmente che l'Autorità, una volta accertata la natura vessatoria (e/o la formulazione non trasparente) di una o più clausole inserite nello standard contrattuale utilizzato dal professionista, possa adottare nei confronti di quest'ultimo un provvedimento inibitorio. Cionon-

22. Nel senso che il procedimento può essere avviato anche d'ufficio dall'Autorità, cfr. art. 37-*bis*, comma 1°, e art. 27, comma 2°, c.cons.

dimeno, che un potere siffatto competa alla Autorità non sembra poter essere messo in discussione.

Sia perché il comma 1° dell'art. 37-*bis* richiama espressamente l'art. 27 c.cons., che attribuisce all'Autorità (comma 2°) il potere di inibire la continuazione delle pratiche commerciali scorrette, precisando (comma 8°, prima proposizione) che a tal fine, una volta accertata la natura scorretta della pratica commerciale sottoposta al suo esame, l'Autorità ne vieta la diffusione – qualora ancora non sia stata portata a conoscenza del pubblico – ovvero la continuazione – qualora il professionista abbia in concreto già iniziato a fare ricorso alla pratica.

Sia perché l'art. 9, par. 4, reg. UE 2017/2394 (applicabile, come si è sopra ricordato, anche ai procedimenti aventi ad oggetto infrazioni di rilevanza e portata meramente nazionali e non transfrontaliere), annovera, fra i poteri minimi di *enforcement* di cui gli Stati membri debbono munire le Autorità nazionali competenti per l'attuazione delle norme europee di protezione dei consumatori, sia il potere di "obbligare per iscritto l'operatore a cessare le infrazioni", sia il potere di "far cessare o vietare le infrazioni" (lett. *e* ed *f*).

Accertata la natura vessatoria (e/o non trasparente) delle condizioni generali di contratto predisposte dal professionista, l'Autorità può pertanto sicuramente vietare a quest'ultimo di utilizzarle per disciplinare i rapporti contrattuali destinati ad essere instaurati con consumatori posteriormente all'adozione del relativo provvedimento, nonché vietargli di farle concretamente valere e di applicarle nei confronti dei consumatori con i quali, anteriormente all'adozione del provvedimento, siano già stati instaurati rapporti contrattuali regolamentati da siffatte condizioni generali.

Ancorché l'art. 37-*bis* c.cons. non contempli la relativa possibilità, deve infine riconoscersi che, almeno in linea di principio, le misure inibitorie possano essere adottate dall'Autorità – oltre che nel provvedimento che definisce e chiude il procedimento di cui all'art. 37-*bis* – anche con un provvedimento provvisorio di natura cautelare.

Tra le disposizioni dell'art. 27 c.cons. suscettibili di trovare applicazione al procedimento di cui all'art. 37-*bis* c.cons. (in forza del richiamo espresso contenuto nel comma 1° di quest'ultimo) vi è infatti sicuramente anche la prima proposizione del comma 3°, che consente all'Autorità di "disporre, con prov-

vedimento motivato, la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette", subordinando l'esercizio di siffatto potere alla sussistenza di una "particolare urgenza".

D'altra parte, lo stesso reg. UE 2017/2394 impone agli Stati membri di attribuire alle Autorità nazionali competenti (anche) il potere di "adottare misure *provvisorie* volte ad evitare il rischio di danno grave agli interessi die consumatori" (art. 9, par. 4, lett. *a*).

Considerata la delicatezza e la complessità delle valutazioni che l'Autorità deve condurre e l'impatto economico, organizzativo e gestionale rilevante che l'adozione di misure inibitorie e ripristinatorie di natura provvisoria e cautelare potrebbe avere sul professionista, riteniamo che il presupposto (la sussistenza di una "particolare urgenza") cui la disposizione del comma 3° dell'art. 27 c.cons. subordina la possibilità di disporre in via cautelare la sospensione provvisoria dell'impiego delle condizioni generali di contratto contenutisticamente vessatorie (e/o non formulate in termini chiari e comprensibili) debba essere interpretato in senso stretto e rigoroso e coordinato con le limitazioni espressamente contemplate dal reg. UE 2017/2394, che per un verso stabilisce che le misure provvisorie possano essere assunte soltanto al fine di prevenire "il rischio di un *danno grave agli interessi* (*collettivi*) *dei consumatori*", per altro verso sancisce la necessaria proporzionalità di siffatte misure, disponendo che esse non possano andare al di là di quanto strettamente "necessario per il raggiungimento dell'obiettivo di porre fine o vietare le infrazioni" (cfr. 14° *considerando*).

Il professionista che, posteriormente all'adozione di un provvedimento inibitorio (provvisorio o definitivo) da parte dell'Autorità, ometta di attenersi agli ordini impartiti da quest'ultima, continuando ad utilizzare (per la stipulazione di nuovi contratti) le condizioni generali di cui sia stata riconosciuta la vessatorietà (e/o la non trasparenza) e/o applicando e facendo valere clausole siffatte con riferimento ai rapporti contrattuali precedentemente instaurati (e non ancora esauriti), si rende responsabile di un illecito amministrativo per il quale può essere irrogata nei suoi confronti dalla stessa Agcm una sanzione amministrativa pecuniaria il cui importo massimo è stato ora elevato da 5 a 10 milioni di euro (art. 27, comma 12°, c.cons.). È dubbio se ciò valga (come a noi parrebbe preferibile) soltanto nell'ipotesi in cui tali condotte vengano te-

nute dopo che il provvedimento Agcm sia divenuto definitivo (per intervenuta scadenza del termine per la sua impugnazione ovvero per intervenuto passaggio in giudicato della sentenza del giudice amministrativo che abbia rigettato l'impugnazione eventualmente proposta) ovvero anche nell'ipotesi in cui tali condotte vengano tenute in pendenza dell'impugnazione del provvedimento Agcm davanti ai giudici amministrativi.

7. *Segue: l'eliminazione degli effetti prodotti dalle violazioni accertate: ordini restitutori e risarcitori?*

L'art. 27 c.cons. attribuisce all' Agcm, oltre al potere di inibire la continuazione delle pratiche commerciali scorrette, anche il potere di "eliminarne gli effetti" (comma 2°, prima proposizione): l'eventuale inottemperanza del professionista ai relativi provvedimenti "di rimozione degli effetti" costituisce un illecito amministrativo per il quale viene comminata (comma 12°) una sanzione amministrativa pecuniaria il cui importo può oggi arrivare fino ad un massimo di 10 milioni di euro (comma 12°).

È dubbio se la disposizione, *in parte qua*, possa ritenersi applicabile anche ai procedimenti di cui all'art. 37-*bis* e – in caso di risposta affermativa – quali potrebbero essere i contenuti dei provvedimenti "di rimozione degli effetti" suscettibili di essere adottati in esito all'accertamento della formulazione non trasparente e/o del contenuto vessatorio delle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto utilizzate dal professionista.

In proposito, merita fra l'altro di essere segnalato che il potere di ordinare al professionista di attivarsi per porre rimedio, eliminandole o riducendole, alle conseguenze prodotte dalla infrazione della quale si sia reso responsabile non viene annoverato fra i poteri di *enforcement* di cui le Autorità nazionali competenti per l'attuazione delle normative UE di protezione dei consumatori *debbono necessariamente* essere munite ai sensi del reg. UE 2017/2394. Poiché tuttavia quelli elencati nel par. 4, art. 9, reg. UE 2017/2394 sono soltanto poteri "minimi" di *enforcement*, agli Stati membri non può considerarsi preclusa la possibilità di attribuire – sulla base di una propria autonoma scelta di politica del diritto – alle suddette Autorità, in aggiunta ai poteri minimi di *enforcement*

di cui all'art. 9, par. 4, reg., poteri diversi ed ulteriori, purché strumentali al perseguimento degli obiettivi e dei compiti istituzionali ad esse assegnati.

In linea di principio, riteniamo che il potere di adottare provvedimenti di "rimozione degli effetti" competa all'Autorità anche nei procedimenti *ex* art. 37-*bis* c.cons.: deve infatti escludersi che con l'espressione "in materia di accertamento e di sanzione delle violazioni della direttiva 1993/13/CEE" (comma 1°, art. 37-*bis*) il nostro legislatore – nel sancire l'applicabilità dell'art. 27 c.cons. ai citati procedimenti – abbia voluto richiamare soltanto i precetti specificamente e precipuamente concernenti l'accertamento (della vessatorietà e/o della non trasparenza delle condizioni generali) e la sanzione amministrativa pecuniaria suscettibile di essere irrogata, escludendo i diversi ed ulteriori provvedimenti suscettibili di essere adottati dall'Autorità ai sensi dell'art. 27 c.cons.

In cosa possa poi sostanziarsi il potere di disporre la rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dalla condotta (illecita) del professionista e quali contenuti possano essere dati al relativo provvedimento nell'ambito specifico della nuova competenza attribuita all' Agcm con riferimento alla disciplina italiana di recepimento della dir. 1993/13/CEE, è questione del tutto aperta, stante la laconicità e la genericità della formulazione testuale delle due disposizioni degli artt. 27 e 37-*bis* c.cons.

Sembra invero plausibile che l'Autorità possa ordinare al professionista di modificare il tenore ed il contenuto delle clausole di cui sia stata accertata la vessatorietà (e/o la non trasparenza), con atto unilaterale di esercizio dello *ius variandi* eventualmente spettante al professionista stesso sulla base di una norma di legge o di una apposita previsione contrattuale ovvero rivolgendo al consumatore una proposta modificativa dei contenuti del contratto già concluso.

Assai più dubbio è se l'Autorità possa ordinare al professionista di restituire ai consumatori, che abbiano con lui instaurato rapporti contrattuali disciplinati dalle condizioni generali sottoposte al suo esame, le somme indebitamente percepite dal professionista stesso in esecuzione di clausole (civilisticamente nulle) di cui sia stato accertato il contenuto vessatorio (e/o la formulazione non trasparente) ed eventualmente il risarcimento dei danni (patrimoniali) sofferti dal consumatore a causa della presenza nel contratto (e della concreta applicazione) di clausole siffatte.

Il potere in questione viene infatti esplicitamente riconosciuto ad alcune Autorità amministrative di regolazione settoriale – Banca d'Italia[23], AGCOM[24] e ARERA[25] – dalla normativa speciale ad esse applicabile, con particolare riguardo al rimborso di somme indebitamente percepite in esecuzione di clausole nulle e al pagamento di indennizzi – quantificati secondo parametri fissati da apposite delibere delle stesse Autorità – spettanti ai clienti a fronte di inadempimenti della controparte professionale.

Disposizioni così puntuali e specifiche non si rinvengono tuttavia nell'art. 27 né tantomeno nell'art. 37-*bis* c.cons. Può ritenersi che il generico potere di adottare "misure di ripristino" volte alla eliminazione degli effetti pregiudizievoli prodotti dalle condotte illecite del professionista includa anche – quantomeno – quello di ordinare la restituzione delle somme versate dai consumatori in attuazione di clausole nulle perché vessatorie e/o non trasparenti? Spetterà all'interprete stabilirlo. Quel che dev'essere qui sottolineato è che una soluzione siffatta, pur non essendo *imposta* (come sopra ricordato) dal diritto

23. Cfr. l'art. 128-*ter*, lett. *a*, t.u.b., che attribuisce alla Banca d'Italia il potere di ordinare la restituzione di somme indebitamente percepite e "altri comportamenti conseguenti".

24. Cfr. l'art. 30 del codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come modificato da ultimo dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207, attuativo della dir. 2018/1972/UE, recante il codice europeo delle comunicazioni elettroniche), che espressamente attribuisce all'Agcom il potere di ordinare all'operatore (resosi responsabile della violazione di alcuni precetti dettati dallo stesso codice delle comunicazioni elettroniche a tutela degli utenti dei servizi di comunicazione elettronica) "il rimborso delle somme ingiustificatamente addebitate agli utenti, indicando il termine entro cui adempiere, in ogni caso non inferiore a trenta giorni" (comma 19°). Analogo potere viene riconosciuto all'Agcom (comma 20° art. 30) nei confronti dell'operatore che si sia reso responsabile di violazioni del reg. UE relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione europea. In entrambi i casi il potere in questione viene attribuito all'Agcom *in aggiunta* al potere di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria di importo assai rilevante nei confronti del professionista responsabile della violazione.

25. Cfr. l'art. 2, comma 20°, lett. *d*, l. 14 novembre 1995, n. 481, che conferisce alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità il potere di imporre al professionista erogatore del servizio l'obbligo di corrispondere l'indennizzo "automatico" spettante all'utente (in forza delle delibere assunte dalla stessa Autorità ai sensi dell'art. 1, comma 12°, lett. *g*, del citato art. 2) a fronte del mancato rispetto delle clausole contrattuali o della fornitura di un servizio di livello inferiore rispetto a quello stabilito nel regolamento di servizio.

UE[26], non sarebbe *incompatibile* con lo stesso diritto UE[27]: le argomentazioni addotte in proposito dalla Corte di giustizia UE nella recente sentenza *Green Network*[28] con riguardo al potere di ordinare il pagamento degli indennizzi attribuito dalla legislazione italiana ad ARERA si prestano infatti senz'altro ad essere considerate integralmente valide anche per l'eventuale riconoscimento all'Agcm del potere di ordinare ai professionisti la restituzione delle somme indebitamente pagate dai consumatori in esecuzione di clausole vessatorie.

8. Segue: l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie

Al fine di dare attuazione al precetto dettato dall'art. 8-*ter*, dir. 1993/13/CEE, il nuovo comma 2°-*bis* dell'art. 37-*bis* prevede che l'Agcm, una volta accertata la natura vessatoria (*ex* art. 33, comma 1°, c.cons.) delle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto utilizzate dal professionista per regolamentare i rapporti contrattuali instaurati con i consumatori, applichi una sanzione pecuniaria "nella misura prevista" dal primo periodo del comma 9°, art. 27 c.cons.

26. Né dal reg. UE 2017/2394, che (come sopra ricordato) non annovera tale potere nell'elenco dei poteri minimi di cui debbono essere dotate le Autorità nazionali competenti per l'esecuzione delle normative di protezione dei consumatori, né dal nuovo art. 8-*ter*, dir. 1993/13/CEE (introdotto dalla dir. 2019/2161/UE), che si limita ad imporre ai legislatori nazionali di comminare *sanzioni* (*penalties*) proporzionate, dissuasive ed efficaci nei confronti dei professionisti che si rendano responsabili di infrazioni delle disposizioni della dir. 1993/13/CEE.

27. Il nuovo art. 8-*ter*, dir. 1993/13/CEE impone infatti genericamente agli Stati membri di "prendere tutte le misure necessarie per garantirne l'attuazione", e l'attribuzione del potere di impartire ordini restitutori potrebbe appunto configurarsi come una misura finalizzata ad assicurare la piena e pronta attuazione della direttiva. Per altro verso, posto che quelli contemplati nel par. 4 dell'art. 9 reg. sono soltanto poteri "minimi", nulla impedisce agli Stati membri di attribuire alle Autorità nazionali competenti poteri ulteriori ed aggiuntivi, quali appunto il potere di impartire ordini restitutori, laddove ciò appaia opportuno ed utile ai fini dell'*enforcement* della direttiva.

28. Sentenza del 30 marzo 2023, in causa C-5/22, *Green Network SpA c. SF, YB, ARERA*, con la quale la Corte di giustizia UE si è pronunciata su di una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato, escludendo che la dir. 2009/72/CE, relativa a norme comuni per il mercato dell'energia elettrica – oggi abrogata e sostituita dalla dir. 2019/944/UE del 5 giugno 2019 – osti ad una norma nazionale che conferisca all'Autorità nazionale di regolazione il potere (non annoverato dalla direttiva stessa fra i "poteri minimi" di cui le Autorità nazionali di regolazione debbono necessariamente essere dotate ai fini dell'*enforcement* delle sue disposizioni) di ordinare alle società distributrici di energia elettrica di restituire ai loro clienti finali le somme versate da questi ultimi in applicazione di una clausola contrattuale considerata da tale Autorità illegittima in quanto contrastante con gli obblighi di trasparenza tariffaria posti a carico delle società stesse.

Quest'ultima disposizione è stata modificata dal d.lgs. del 2023, che – fermo restando l'importo minimo della sanzione amministrativa pecuniaria suscettibile di essere irrogata nei confronti del professionista che abbia fatto ricorso ad una pratica commerciale scorretta, rimasto fissato in 5.000 euro – ha elevato a 10 milioni di euro l'importo massimo della sanzione stessa, che prima era stabilito in 5 milioni di euro.

Ne deriva che il professionista che abbia utilizzato, per regolamentare i rapporti istaurati con controparti consumatrici, condizioni generali contenenti clausole delle quali l'Autorità abbia accertato la natura vessatoria (e cioè l'attitudine a determinare un "significativo squilibrio", a carico del consumatore, degli obblighi e dei diritti scaturenti dal contratto)[29] è potenzialmente soggetto ad un sanzione amministrativa pecuniaria particolarmente afflittiva[30], per condotte che prima dell'entrata in vigore della riforma erano (dal punto di vista

29. Il comma 2°-*bis* fa esplicitamente riferimento alle sole clausole "vessatorie come definite nell'art. 33, comma 1, cod. cons.", senza menzionare le clausole formulate in modo non chiaro e/o non comprensibile, in violazione del precetto di trasparenza dettato dal comma 1° dell'art. 35 c.cons. Se questo significhi che all'Autorità sia preclusa la possibilità di irrogare la sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti del professionista il quale utilizzi clausole che, seppure formulate in modo non trasparente, sul piano contenutistico non diano vita ad un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, è dubbio: in questo senso parrebbe infatti deporre il principio di tipicità degli illeciti amministrativi, consacrato nell'art. 1, l. n. 689/1981; in senso opposto parrebbe tuttavia spingere la necessità di interpretare il combinato disposto degli artt. 27, comma 9°, e 37, comma 2°-*bis*, c.cons., in senso conforme all'art. 8-*ter*, par. 1, dir. 1993/13/CEE (v. anche *supra*, *sub* par. 4).

30. Tant'è che nella sentenza del 14 settembre 2023 che ha definito la causa C-27/22, *Volkswagen Group Italia SpA, Volkswagen Aktiengesellschaft c. AGCM* (instaurata in seguito alla proposizione, da parte del Consiglio di Stato, di una domanda pregiudiziale con la quale è stato chiesto alla Corte di giustizia UE di stabilire se sia compatibile con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE una normativa nazionale che consenta al giudice amministrativo, davanti al quale sia stato impugnato un provvedimento con cui l'Autorità indipendente di uno Stato membro abbia irrogato una *sanzione amministrativa pecuniaria di natura sostanzialmente penale* nei confronti di una persona giuridica per condotte qualificate "pratiche commerciali scorrette" nel senso della dir. 2005/29/CE, di confermare e rendere definitivo tale provvedimento nell'ipotesi in cui, prima della proposizione della impugnazione, in un diverso Stato membro sia passata in giudicato una sentenza penale di condanna della persona giuridica per le stesse condotte – la Corte di giustizia UE non ha esitato a qualificare la sanzione amministrativa contemplata dall'art. 27, comma 9°, c.cons. (nella versione anteriore alle modifiche apportate nel 2023) come *sanzione sostanzialmente penale* ai sensi e ai fini dell'art. 50 Carta dir. UE, sia in ragione della sua oggettiva severità (da riconoscersi a prescindere dalle dimensioni e dal fatturato prodotto dall'impresa nei confronti della quale venga irrogata), sia alla luce della circostanza che tale sanzione persegue (ancorché non in via esclusiva) una finalità repressiv. Queste affermazioni valgono a maggior ragione oggi, alla luce dell'incremento da 5 a 10 milioni di euro dell'importo massimo della sanzione.

pubblicistico) pienamente lecite, e con riferimento a clausole la cui "illiceità" non deriva dalla incompatibilità contenutistica con chiari ed inequivoci precetti legislativi, bensì dalla attitudine a dar vita ad un "significativo squilibrio" il cui riscontro costituisce l'esito di valutazioni che ben potrebbero rivelarsi, per un verso, particolarmente complesse e, per altro verso, altamente discrezionali[31].

La scelta del Governo di portare a 10 milioni di euro il tetto massimo della sanzione amministrativa contemplata dal comma 9° dell'art. 27 appare di dubbia legittimità, oltre che criticabile nel merito, onde è auspicabile che essa venga al più presto rimeditata.

In primo luogo, questo importo appare intrinsecamente sproporzionato se si pone mente all'ambito di operatività dell'art. 27 c.cons. Quest'ultima disposizione trova infatti applicazione non soltanto ai procedimenti amministrativi di competenza dell' Agcm instaurati per l'accertamento della violazione del divieto (art. 20, comma 1°, c.cons.) di ricorrere a pratiche commerciali scorrette e (ora pure) della violazione del divieto di inserire nelle condizioni generali di contratto clausole vessatorie, ma anche ai procedimenti amministrativi di competenza di Agcm instaurati per l'accertamento (e l'irrogazione delle conseguenti sanzioni amministrative pecuniarie) delle violazioni:

a) delle norme di recepimento della dir. 2011/83/UE (contratti conclusi a distanza e fuori dai locali commerciali e obblighi informativi precontrattuali gravanti sui professionisti che offrono beni mobili, servizi non finanziari o servizi digitali o contenuti digitali a consumatori), contenute negli artt. 45-65 e nell'art. 66-*quinquies* c.cons.[32];

31. Il Governo ha infatti consapevolmente (e improvvidamente, a nostro avviso) preferito evitare di avvalersi della possibilità – che gli veniva offerta dal par. 2, art. 8-*ter*, dir. 1993/13/CE – di prevedere che le sanzioni amministrative pecuniarie fossero irrogabili soltanto nelle ipotesi in cui un professionista utilizzi nelle sue condizioni generali clausole "espressamente definite abusive in qualsiasi circostanza nel diritto nazionale" (ed inserite in apposite "liste nere" predisposte dal diritto interno) ovvero clausole la cui vessatorietà fosse già stata accertata con provvedimenti (amministrativi o giurisdizionali) passati in giudicato.

32. L'art. 66 c.cons. prevede infatti espressamente che l'Agcm, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, "accerta le violazioni" delle disposizioni contenute nelle sezioni I-IV, capo I, titolo III, parte III, c.cons., "ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti" (comma 2°), aggiungendo (comma 3°) che "in materia di accertamento e sanzione delle violazioni, si applica l'articolo 27, commi da 2 a 15, cod. cons.".

b) degli obblighi di informare i consumatori in merito alle procedure di ADR, posti a carico dei professionisti dai commi 1°, 2° e 3°, art. 141-*sexies* c.cons.[33];
c) delle norme concernenti i contratti di *timesharing* immobiliare[34];
d) delle norme di recepimento della dir. 2015/2302/UE, concernente i contratti di "vendita" di pacchetti turistici e i contratti di fornitura di "servizi turistici collegati"[35];
e) delle disposizioni del reg. UE 2018/302 del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno (c.d. *geoblocking*)[36];
f) del divieto di discriminazioni nella prestazione di servizi dettato dall'art. 29, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, attuativo della dir. 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno[37];

33. L'art. 66 c.cons. prevede infatti espressamente che l'Agcm, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, "accerta le violazioni dell'articolo 141-*sexies*, commi 1, 2 e 3, ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti" (comma 2°), aggiungendo (comma 3°) che "in materia di accertamento e sanzione delle violazioni, si applica l'articolo 27, commi da 2 a 15, cod. cons.".

34. Dopo aver stabilito (comma 1°) che il professionista che "contravviene alle norme di cui agli articoli 70, commi 1 e 2, 71, 72, 72-*bis*, 75, 76 e 77, è punito, per ogni singola violazione, con la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 euro a 5.000 euro", l'art. 81 c.cons. aggiunge infatti (comma 3°) che "ai fini dell'accertamento dell'infrazione e dell'applicazione della sanzione, si applica l'articolo 66 cod. cons.": il comma 3° di quest'ultimo articolo statuisce appunto che "in materia di accertamento e sanzione delle violazioni, si applica l'articolo 27, commi da 2 a 15, del presente Codice".

35. Ai sensi dell'art. 51-*octies* c.tur. (allegato al d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79), infatti, l'Agcm – designata quale Autorità nazionale responsabile dell'applicazione della dir. 2015/2302/UE, ai sensi dell'art. 5, reg. UE 2017/2394 sulla cooperazione fra le Autorità nazionali responsabili per l'applicazione del diritto UE dei consumatori – "d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, accerta le violazioni delle disposizioni di cui all'articolo 51-*septies*, ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti, avvalendosi a tal fine degli strumenti, anche sanzionatori, previsti dal decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206". Si aggiunge poi (comma 1°-*bis*) che, "in materia di accertamento e di sanzione delle violazioni della citata direttiva (UE) 2015/2302, si applica l'articolo 27 del codice del consumo".

36. Il comma 9°-*bis* dell'art. 144-*bis* c.cons., infatti, dopo aver designato l'AGCM quale "Autorità nazionale responsabile" dell'applicazione del reg. UE 2018/302, ai sensi dell'art. 5, reg. UE 2017/2394 sulla cooperazione fra le Autorità nazionali responsabili per l'applicazione del diritto UE dei consumatori, stabilisce che "in materia di accertamento e sanzione delle violazioni del medesimo regolamento (UE) 2018/302, si applica l'articolo 27, commi da 2 a 15, del presente codice".

37. Ai sensi del comma 1°-*bis*, art. 30, d.lgs. n. 59/2010, infatti, laddove le iniziative assunte

g) dell'art. 9[38], reg. UE 2012/260 relativo ai requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro (art. 3, comma 4°[39], e art. 5, comma 1°[40], d.lgs. 18 agosto 2015, n. 135);
h) degli obblighi informativi contemplati dall'art. 4, reg. UE 2021/1230, relativo ai pagamenti transfrontalieri nell'Unione, commesse dai soggetti diversi dai prestatori di servizi di pagamento che forniscano servizi di conversione valutaria presso uno sportello di prelievo automatico o presso un punto vendita (art. 4, comma 1°-*ter*[41], e art. 5, comma 1°, d.lgs. 18 agosto 2015, n. 135).

Anche ad ammettere che l'incremento dell'importo massimo della sanzione amministrativa pecuniaria possa giustificarsi per le pratiche commerciali scorrette, in ragione della speciale attitudine di queste ultime a pregiudicare gli interessi economici dei consumatori e a condizionare negativamente il mercato, deve certamente escludersi che considerazioni siffatte possano ra-

---

dal Centro europeo dei consumatori per l'Italia al fine di assicurare il rispetto del divieto di discriminazioni di cui all'art. 29 non sfocino nell'adozione, da parte del fornitore dei servizi, delle misure a tal fine necessarie, lo stesso Centro europeo dei consumatori per l'Italia invia un documentato rapporto all'AGCM, la quale "può intervenire applicando i poteri di cui all'articolo 27 del citato codice di cui al decreto legislativo n. 206 del 2005, e successive modificazioni".

38. Art. 9 (Accessibilità del pagamento) "1. Il pagatore che effettua un bonifico a un beneficiario titolare di un conto di pagamento interno all'Unione non specifica in quale Stato membro è situato tale conto di pagamento, sempre che il conto di pagamento sia raggiungibile conformemente all'articolo 3. 2. Il beneficiario che accetta un bonifico o riceve fondi mediante addebito diretto da un pagatore titolare di un conto di pagamento interno all'Unione non specifica lo Stato membro nel quale è situato tale conto di pagamento, sempre che il conto di pagamento sia raggiungibile conformemente all'articolo 3".

39. "Salvo che il fatto costituisca reato, alla violazione di cui all'articolo 9 del regolamento (UE) n. 260/2012 si applica, nei confronti dei soggetti di cui al medesimo articolo 9, l'articolo 27 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206".

40. "La Banca d'Italia è autorità competente ai sensi dell'articolo 9 del regolamento (CE) n. 924/2009 e dell'articolo 10 del regolamento (UE) n. 260/2012 anche ai fini dell'irrogazione delle sanzioni amministrative, cui si applica l'articolo 145 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. Resta salva la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per le sanzioni di cui all'articolo 3, comma 4, e all'art. 4, comma 1-*ter*, del presente decreto, nonché nelle ipotesi di violazioni del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, nella materia del presente decreto".

41. "Salvo che il fatto costituisca reato, alle violazioni dell'art. 4 del regolamento (UE) 2021/1230 commesse dai soggetti, diversi dai prestatori di servizi di pagamento, che forniscono servizi di conversione valutaria presso uno sportello di prelievo automatico (*Automated Teller Machine – ATM*) o presso il punto vendita, si applica l'articolo 27 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206".

gionevolmente essere estese alla disciplina attuativa della dir. 1993/13/CEE e alle altre discipline di protezione dei consumatori sopra menzionate.

A ciò si aggiunga che nessun altro Paese UE, in sede di attuazione della dir. 2019/2161/UE, ha compiuto scelte anche solo lontanamente paragonabili a quelle adottate dal Governo italiano. Da un confronto anche sommario con le legislazioni degli altri Paesi membri (nessuna delle quali prevede per i professionisti responsabili della violazione delle normative concernenti le clausole vessatorie, le pratiche commerciali scorrette e i contratti a distanza e fuori dai locali commerciali sanzioni pubblicistiche pecuniarie di importo pari o anche solo avvicinabile ai 10 milioni di euro)[42] emerge che gli importi massimi delle sanzioni previste dal diritto interno degli altri Paesi è notevolmente inferiore a quello previsto dal novellato comma 9°, art. 27 c.cons.

Ne deriva, per un verso, che deve sicuramente escludersi che l'incremento del massimo edittale a 10 milioni di euro fosse *indispensabile* ai fini del corretto recepimento della dir. 2019/2161/UE; per altro verso, che le sanzioni contemplate oggi dall'art. 27, comma 9°, c.cons. sicuramente non rispettano il fondamentale parametro della *proporzionalità*, espressamente contemplato dall'art. 8-*ter*, dir. 1993/13/CEE, dall'art. 13, dir. 2005/29/CE e dall'art. 24, dir. 2011/83/

42. Lussemburgo: ammende da 251 a 120.000 euro; Portogallo: sanzioni amministrative pecuniarie da 4.000 euro a 90.000 euro; Svezia: da 1.200 euro al 4% del fatturato del professionista; Romania: massimo edittale delle sanzioni amministrative pecuniarie comminate per la violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette fissato in circa 20.000 euro; Bulgaria: massimo edittale delle sanzioni amministrative pecuniarie comminate per la violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette fissato in circa 25.000 euro; Spagna: massimo edittale delle sanzioni amministrative pecuniarie comminate per la violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette fissato in 1 milione di euro; Grecia: massimo edittale delle sanzioni amministrative pecuniarie comminate per la violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette fissato in 1,5 milioni di euro; Slovenia: massimo edittale delle sanzioni amministrative pecuniarie comminate per la violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette e per il divieto di inserire nei contratti clausole abusive o non trasparenti fissato in 50.000 euro; Croazia: massimo edittale delle sanzioni amministrative pecuniarie comminate per la violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette e per il divieto di inserire nei contratti clausole abusive o non trasparenti fissato in 200.000 euro; Belgio: sanzione penale dell'ammenda fino ad un massimo di 100.000 euro elevabile fino al 6 % del fatturato totale annuo dell'ultimo esercizio concluso prima dell'imposizione della sanzione; Francia: ammenda penale di importo massimo di 300.000 euro, che può essere elevato, in misura proporzionale ai vantaggi ricavati dal professionista responsabile della violazione, fino ad una somma pari al 10% del fatturato medio annuale dei tre anni precedenti alla commissione dell'infrazione.

UE, come modificati dalla dir. 2019/2161/UE.

A ciò si aggiunga che una forbice edittale ampia come quella attualmente contemplata dal comma 9° dell'art. 27 (da un minimo di 5.000 euro ad un massimo di 10 milioni), oltre ad essere sistematicamente aberrante[43] appare sicuramente incompatibile con la nostra Carta costituzionale.

Vi è poi da rilevare un evidente ed assurdo paradosso: mentre per le infrazioni "transfrontaliere"[44] – quelle cioè commesse dall'imprenditore che utilizzi standards contrattuali contenenti clausole vessatorie per concludere contratti non soltanto con consumatori residenti in Italia, ma anche con consumatori residenti in uno o più Paesi UE diversi dall'Italia – si prevede per l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria un *tetto massimo* pari al 4% del fatturato annuo realizzato dal professionista in Italia ovvero negli Stati membri in cui risiedono i consumatori interessati dalla infrazione (comma 2°-*bis*), manca una previsione di analogo tenore per le infrazioni meramente interne, nonostante queste ultime risultino, almeno nella prospettiva del diritto UE, certamente meno gravi rispetto alle infrazioni meramente "transfrontaliere", se non altro per la loro inattitudine a pregiudicare il mercato nella sua dimensione europea.

In ragione di questa immotivata ed ingiustificabile disparità di trattamento, le imprese italiane (che nella stragrande maggioranza sono microimprese o imprese piccole o medie[45]) che dovessero rendersi responsabili di una infrazione "meramente interna" si troveranno esposte al rischio di subire una sanzione amministrativa pecuniaria di importo di gran lunga superiore al 4% per

43. Basti pensare soltanto alla circostanza che la disposizione generale dell'art. 10, l. n. 689/1981 prevede che, in linea di principio (e salvo espressa disposizione di legge in senso contrario), il limite massimo della sanzione amministrativa pecuniaria non dovrebbe, per ciascuna violazione, superare il decuplo del limite minimo.

44. E cioè le infrazioni di cui all'art. 21, reg. UE 2017/2394 sulla cooperazione fra Autorità nazionali responsabili dell'enforcement delle norme UE di protezione dei consumatori.

45. Si ricorda che una impresa si definisce "media" quando ha un fatturato non superiore a 50 milioni di euro; "piccola" quando ha un fatturato non superiore ai 10 milioni di euro; "microimpresa" quando ha un fatturato non superiore a 2 milioni di euro. L'importo massimo della sanzione amministrativa pecuniaria contemplata dal comma 9°, art. 27 c.cons. è dunque pari al quintuplo del fatturato massimo di una microimpresa, in un Paese come l'Italia nel quale il 95% circa delle imprese attive è rappresentato da microimprese!

cento del fatturato, rischio che invece non correranno se porranno in essere infrazioni "transfrontaliere", posto che in quest'ultimo caso potranno giovarsi del tetto del 4% del fatturato espressamente contemplato dal comma 2°-*bis*, art. 37-*bis* c.cons.

Riteniamo infine che il Governo non potesse considerarsi legittimato, in sede di stesura del decreto legislativo di recepimento della dir. 2019/2161/UE, ad apportare una così rilevante e significativa modificazione in materia di importo delle sanzioni amministrative pecuniarie contemplate dall'art. 27 c.cons., e sia conseguente incorso in un eccesso di delega. L'art. 4, l. 4 agosto 2022, n. 127 (*legge di delegazione europea 2012*), che fissa i principi e i criteri direttivi cui il Governo avrebbe dovuto attenersi nell'esercizio della delega conferitagli dal Parlamento per il recepimento della dir. 2019/2161/UE, lungi dal contemplare espressamente una modificazione di tale portata si limitava invero ad autorizzare il Governo a "revisionare e adeguare l'apparato sanzionatorio amministrativo, già previsto dal codice del consumo, di cui al decreto legislativo n. 206 del 2005, nelle materie oggetto della direttiva (UE) 2019/2161, attraverso la previsione di sanzioni efficaci, dissuasive e proporzionate alla gravità delle relative violazioni". Ora, che la delega ad effettuare una (mera) operazione di adeguamento e revisione dell'apparato sanzionatorio possa considerarsi idonea a "coprire" e ricomprendere anche il raddoppio del (già molto elevato) massimo edittale della sanzione amministrativa di cui al comma 9° dell'art. 27 c.cons., appare difficilmente sostenibile, anche in ragione del fatto che l'art. 14, commi 24°-*bis* e 24°-*ter*, l. 28 novembre 2005, n. 206, stabilisce che gli atti di recepimento di direttive UE "non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse", dovendosi intendere per "livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive" *l'introduzione o il mantenimento di sanzioni*, procedure o meccanismi operativi *più gravosi* o complessi *di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive* (lett. *c*).

Quanto infine ai criteri in applicazione dei quali l'Autorità deve condurre la delicata e difficile operazione di quantificazione dell'ammontare della sanzione amministrativa pecuniaria, il comma 2°-*ter* dell'art. 37-*bis* c.cons. oggi li riporta in modo analitico (riproducendo pedissequamente l'art. 8-*ter*, dir. 1993/13/CEE).

Si tratta tuttavia, per un verso, di un elenco non tassativo ma meramente esemplificativo, che può e deve essere integrato con parametri ivi non espressamente contemplati, quali ad es. quello delle condizioni economiche del professionista (art. 27, comma 9°, c.cons. e art. 11, l. n. 689/1981).

Per altro verso, i parametri individuati sono posti tutti sul medesimo piano, senza una graduazione gerarchica, sicché il comma 2°-*ter* dell'art. 37 c.cons. (al pari del comma 9°-*ter* dell'art. 27 c.cons.) appare del tutto inidoneo a prevenire il rischio di quantificazioni fondate su valutazioni e motivazioni ampiamente discrezionali, se non addirittura arbitrarie, rendendo estremamente difficile il controllo dell'apparato motivazionale dei provvedimenti Agcm da parte dei giudici amministrativi.

9. *Gli impegni assunti dal professionista*

Ai sensi dell'art. 27, comma 7°, prima proposizione, c.cons., l'Autorità "può ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa ovvero modificandola in modo da eliminarne i profili di illegittimità".

Non vè motivo per escludere che questa disposizione trovi applicazione anche ai procedimenti di cui all'art. 37-*bis* c.cons.

Sia in ragione della circostanza che l'art. 27 viene integralmente richiamato dal comma 1° dell'art. 37-*bis* c.cons., sia in considerazione del fatto che l'art. 9, par. 4, reg. UE 2017/2394 annovera espressamente fra i poteri "minimi" di *enforcement* di cui debbono essere dotate le Autorità nazionali competenti (poteri di cui l'Agcm è investita non solo nei procedimenti inerenti ad infrazioni transfrontaliere ma anche in quelli aventi ad oggetto infrazioni di rilevanza meramente nazionale: v. art. 27, comma 2°, e art. 144-*bis*, comma 2°, c.cons.) anche il potere di "cercare di ottenere o di accettare" impegni "a porre fine all'infrazione" assunti dal professionista nei confronti del quale sia stato avviato il procedimento.

È dunque pacifico che il professionista, di sua iniziativa o su sollecitazione della stessa Autorità, possa offrire all'Autorità impegni aventi ad oggetto la cessazione dell'utilizzazione di condizioni generali di contratto contenenti

clausole in merito alle quali l'Autorità abbia avviato una istruttoria suscettibile di sfociare in una valutazione di vessatorietà e/o di non trasparenza, segnatamente dell'impegno ad espungere puramente e semplicemente le clausole in questione dallo standard contrattuale ovvero a modificarne la formulazione ed i contenuti precettivi con modalità tali da renderle pienamente chiare e comprensibili e inidonee a dar vita ad un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti del contratto.

A fronte di una proposta siffatta, qualora giudichi "idonei" gli impegni che il professionista si è offerto di assumere, l'Autorità può chiudere il procedimento avviato con un provvedimento che "rende" gli impegni "obbligatori per il professionista" senza procedere all'accertamento della infrazione (e conseguentemente senza adottare ordini inibitori né misure di ripristino e soprattutto senza procedere all'irrogazione della conseguente sanzione amministrativa pecuniaria).

Il professionista che, dopo la pronuncia di un provvedimento siffatto, venga meno agli impegni così assunti ed "accettati" dall'Autorità, concludendo con consumatori contratti per adesione contenenti clausole identiche o equiparabili a quelle che si era obbligato ad espungere ovvero clausole formulate con modalità diverse da quelle che si era obbligato ad adottare, si rende responsabile di un illecito amministrativo, per il quale viene comminata dal comma 12° dell'art. 27 una sanzione amministrativa pecuniaria il cui importo massimo è fissato oggi in 10 milioni di euro.

Alla luce dell'utilità e dell'efficacia che lo strumento degli impegni può presentare per garantire una piena e rapida attuazione della disciplina di recepimento della dir. 1993/13/CEE e la tempestiva eliminazione dal mercato di clausole formulate in violazione dei precetti di tale direttiva, riteniamo che nei procedimenti di cui all'art. 37-*bis* c.cons. debba essere interpretata in senso ristretto e rigoroso la previsione, contenuta nel comma 7°, in forza della quale nei "casi di manifesta scorrettezza e gravità" la proposta di impegni non può essere presentata dal professionista né accettata dall'Autorità, limitandone l'operatività a casi del tutto eccezionali.

Merita infine di essere rilevato che, alla luce di quanto statuito dal reg. UE 2017/2394, il contenuto della proposta di impegni può anche essere di-

verso e più ampio rispetto a quanto risulta dal comma 7° dell'art. 27 c.cons., ove si discorre di impegno a "*porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità*" [46]. Il par. 4 dell'art. 9 reg. impone infatti agli Stati membri di attribuire alle Autorità nazionali competenti anche il potere di ricevere "*impegni riparatori aggiuntivi*"[47], a beneficio dei consumatori interessati dalla presunta infrazione, ovvero – se del caso – di cercare di ottenere l'assunzione, da parte del professionista, di "impegni" ad "offrire rimedi adeguati" ai consumatori interessati da siffatta infrazione.

Con specifico riferimento alla disciplina contenuta negli artt. 33-36 c.cons., le "prestazioni riparatorie" suscettibili di formare oggetto degli impegni potrebbero consistere nella restituzione di somme riscosse in esecuzione delle clausole (che rischiano di essere riconosciute dall'Agcm come) vessatorie e/o non trasparenti e/o nel risarcimento dei pregiudizi patrimoniali sofferti dai consumatori in ragione della presenza e della concreta applicazione di clausole siffatte. Tali prestazioni possono costituire dunque – in aggiunta alla cessazione dell'impiego e/o alla riformulazione delle clausole in questione nelle condizioni generali utilizzate per la stipulazione di futuri contratti – oggetto degli impegni che il professionista si offre di assumere: impegni la cui accettazione vincola giuridicamente il professionista (quantomeno nei confronti dell'Autorità) ad eseguire quanto promesso consentendogli di evitare che venga accertata la sua responsabilità per l'infrazione e che vengano adottati nei suoi confronti i conseguenti provvedimenti sanzionatori.

46. E ciò, a dire il vero, non soltanto per i procedimenti in materia di clausole vessatorie e non trasparenti inserite in contratti standard, ma in tutti i procedimenti di competenza dell'Agcm nell'ambito dei quali quest'ultima è chiamata ad accertare eventuali infrazioni di normative di protezione del consumatore nella veste di Autorità nazionale responsabile dell'*enforcement* di normative siffatte.

47. *Additional remedial commitments*, *Engagements supplémentaires en matière de mesures correctives*, *Zusätzliche Abhilfezusagen.*

10. *La pubblicazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità ai sensi dell'art. 37-bis c.cons*

Il comma 2° dell'art. 37-*bis* c.cons., la cui formulazione non è stata modificata dagli interventi di riforma del 2021 e del 2023, prevede testualmente che "il provvedimento che accerta la vessatorietà della clausola" debba essere "diffuso": sia mediante il suo inserimento – anche solo per estratto – nell'apposita sezione dedicata del sito istituzionale dell'Autorità e nel sito internet del professionista che abbia predisposto ed utilizzato le condizioni generali di contratto contenenti la clausola; sia mediante pubblicazione da effettuarsi, a cura e spese del professionista, con qualsiasi altro mezzo ritenuto idoneo a soddisfare l'esigenza di assicurare che il pubblico dei consumatori sia adeguatamente e compiutamente informato.

Ancorché la disposizione faccia riferimento soltanto (al capo del provvedimento dell'Autorità inerente) all'accertamento della vessatorietà, deve senz'altro ritenersi che l'Autorità sia legittimata a disporre che venga diffuso e pubblicato, a cura e spese del professionista, il contenuto dell'*intero* provvedimento adottato dall'Autorità, incluse le misure inibitorie, ripristinatorie e/o sanzionatorie adottate nei suoi confronti, con chiara ed esplicita indicazione della sua identità: lo si ricava inequivocabilmente dalla seconda proposizione del comma 8° dell'art. 27 c.cons. e dall'art. 9, par. 7, reg. UE 2017/2394.

Il mancato rispetto, da parte del professionista, delle prescrizioni impartite dall'Autorità in merito alla diffusione e alla pubblicazione del provvedimento adottato nei suoi confronti costituisce a sua volta un illecito amministrativo, per il quale lo stesso comma 2° dell'art. 37-*bis* commina una sanzione amministrativa pecuniaria il cui importo massimo è fissato in 50.000 euro.

11. *Il rapporto fra i procedimenti amministrativi di competenza dell'Agcm ex art. 37-bis c.cons. e i giudizi civili "individuali" e "collettivi"*

Le nuove competenze attribuite all'Agcm nell'ambito dei procedimenti amministrativi disciplinati dal novellato art. 37-*bis* c.cons. pongono inevitabilmente un delicato problema di rapporti fra i provvedimenti amministrativi

assunti nell'ambito di procedimenti siffatti (e le sentenze pronunciate dal Tar Lazio-Roma e dal Consiglio di Stato nell'ambito dei giudizi amministrativi instaurati in seguito alla proposizione di impugnazioni contro tali provvedimenti) e i giudizi civili nell'ambito dei quali l'autorità giudiziaria ordinaria venga chiamata a pronunciarsi sulla vessatorietà e/o sulla trasparenza delle clausole inserite in contratti stipulati da consumatori con professionisti: *a*) giudizi civili "individuali" (instaurati cioè da un singolo consumatore nei confronti della propria controparte professionale o viceversa); *b*) giudizi civili inibitori promossi da associazioni dei consumatori o dei professionisti ai sensi dell'art. 37 c.cons.; *c*) giudizi civili instaurati da associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 c.cons. con azioni "rappresentative" esperite (ai sensi degli artt. 140-*ter* ss. c.cons.) per ottenere la pronuncia di provvedimenti inibitori e/o di provvedimenti "compensativi" nei confronti di professionisti che utilizzino condizioni generali di contratto contenenti clausole vessatorie e/o non trasparenti pregiudicando l'interesse generale dei consumatori o comunque gli interessi economici di una pluralità di consumatori.

A ciò si aggiungano i tradizionali (e mai affrontati *ex professo* dal nostro legislatore) problemi del rapporto fra giudizi civili collettivi inibitori (e ora anche giudizi promossi con azioni rappresentative) e giudizi individuali successivamente instaurati fra le parti di un rapporto contrattuale disciplinato da condizioni generali di contratto la cui vessatorietà (e/o trasparenza) sia già stata valutata nell'ambito di un giudizio "collettivo" definito con sentenza passata in giudicato.

Nulla, in proposito, viene stabilito dal codice del consumo, se si eccettua la previsione inserita nella 5ª proposizione del comma 7° dell'art. 140-*septies* c.cons., che (sul modello della identica previsione contenuta nella 3ª proposizione del comma 3° dell'art. 840-*ter* c.p.c., in materia di azione di classe) attribuisce al tribunale investito di una azione "rappresentativa" il (mero) potere (discrezionale) di sospendere il giudizio quando "sui fatti rilevanti ai fini della decisione" sia in corso un'istruttoria davanti a un'Autorità indipendente ovvero sia in corso un giudizio (*scilicet*: instaurato attraverso la proposizione di una impugnazione contro un provvedimento assunto da una Autorità indipendente) davanti al giudice amministrativo.

Ne consegue che il tribunale (sezione specializzata in materia di impresa)

è soltanto *facoltizzato* – ma *non è tenuto* – a sospendere il "giudizio collettivo" nell'ambito del quale si controverta in merito alla possibile vessatorietà o non trasparenza di una o più clausole inserite nelle condizioni generali di contratto utilizzate dal professionista convenuto con una azione rappresentativa (esperita *ex* art. 140-*ter* ss. c.cons.), laddove risulti che, con riferimento alle medesime condizioni generali, sia in corso di svolgimento un procedimento amministrativo avviato presso l'Agcm *ex* art. 37-*bis* c.cons. nei confronti del medesimo professionista convenuto nel giudizio civile "collettivo" ovvero un giudizio amministrativo davanti al Tar Lazio-Roma o al Consiglio di Stato per la trattazione dell'impugnazione proposta contro il provvedimento dell'Agcm che abbia definito il procedimento svoltosi *ex* art. 37-*bis* c.cons. nei confronti del medesimo professionista convenuto nel giudizio civile "collettivo".

Né l'art. 27, né l'art. 37-*bis* c.cons. attribuiscono espressamente al giudice civile (giudice di pace o tribunale ordinario, a seconda del valore e dell'oggetto della controversia) il potere di disporre una analoga sospensione del "giudizio individuale" nell'ambito del quale si controverta in merito alla possibile vessatorietà o non trasparenza di una o più clausole inserite nelle condizioni generali di contratto che disciplinano il rapporto contrattuale *b-to-c* cui il giudizio si riferisce, nell'ipotesi in cui risulti che, con riferimento alle medesime condizioni generali, sia in corso di svolgimento un procedimento amministrativo avviato presso l'Agcm *ex* art. 37-*bis* c.cons. nei confronti dello stesso professionista attore o convenuto nel giudizio civile "individuale", ovvero un giudizio amministrativo davanti al Tar Lazio-Roma o al Consiglio di Stato per la trattazione dell'impugnazione proposta contro il provvedimento dell'Agcm che abbia definito il procedimento svoltosi *ex* art. 37-*bis* c.cons. nei confronti del medesimo professionista attore o convenuto nel giudizio civile "individuale": è assai dubbio – e parrebbe doversi escludere – che la relativa lacuna si presti ad essere colmata attraverso l'applicazione analogica delle citate previsioni contenute nell'art. 140-*septies*, comma 7°, c.cons. e nell'art. 840-*ter*, comma 3°, c.p.c.

Ciò posto, il codice del consumo, in primo luogo, continua a non attribuire, al giudicato formatosi nell'ambito del giudizio civile collettivo, alcuna attitudine a dispiegare effetti di qualsivoglia genere nell'ambito dei (successivi)

giudizi individuali inerenti a rapporti contrattuali disciplinati dalle medesime condizioni generali di contratto già valutate nell'ambito del giudizio collettivo.

In secondo luogo, né il c.p.c. né il c.cons. statuiscono alcunché in merito alla possibile rilevanza giuridica – nell'ambito di giudizi civili "individuali" o di giudizi "collettivi" instaurati con "azioni di classe" o "azioni rappresentative" – degli accertamenti contenuti in provvedimenti dell'Agcm non tempestivamente impugnati, ovvero impugnati con ricorsi respinti dai giudici amministrativi, omettendo di chiarire se, in presenza di quali presupposti, con quale intensità ed entro quali limiti il giudice civile chiamato a pronunciarsi sulla vessatorietà e/o la trasparenza di una o più clausole di contratti *b-to-c* (nell'ambito di un giudizio individuale o di un giudizio collettivo) possa e debba considerarsi "vincolato" agli accertamenti già condotti (e coperti da giudicato) da Agcm.

Manca infatti, sia nel c.p.c. sia nel c.cons., una disposizione paragonabile a quella dell'art. 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 (attuativo della dir. 2014/104/UE), che espressamente disciplina gli effetti delle decisioni dell'Agcm nei giudizi civili instaurati con azioni volte ad ottenere la condanna al risarcimento dei danni cagionati da illeciti concorrenziali: stabilendo che nell'ambito di giudizi siffatti *si ritiene definitivamente accertata*, nei confronti dell'autore, *la violazione del diritto della concorrenza* constatata da una decisione dell'Agcm non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso ovvero da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato, precisando che ciò vale con riferimento alla "natura della violazione" e alla "sua portata materiale, personale, temporale e territoriale" ma non con riferimento al nesso di causalità e all'esistenza del danno-conseguenza, e specificando altresì che la decisione *definitiva* con cui Agcm accerta una violazione del diritto della concorrenza *costituisce prova*, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, *valutabile insieme ad altre prove*.

L'assenza, nel c.p.c. e nel c.cons., di una disposizione di analogo tenore riferita alle decisioni assunte dall' Agcm nell'ambito dei procedimenti amministrativi di cui agli artt. 27 e 37-*bis* c.cons. non può certamente essere imputata al caso, costituendo per contro il frutto di una consapevole e voluta scelta del

nostro legislatore interno, il quale – sulle orme del legislatore UE[48] – non ha voluto estendere alle decisioni in questione il regime normativo speciale dettato dall'art. 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 per gli effetti delle decisioni dell'Agcm nei giudizi civili instaurati con azioni, "individuali" o "di classe"[49], volte ad ottenere la pronuncia di condanne al risarcimento di danni cagionati da illeciti concorrenziali[50]: regime normativo speciale del quale pertanto deve senz'al-

48. Che a sua volta si è ben guardato dall'inserire – nella dir. 2019/2161/UE sulla modernizzazione e sull'*enforcement* dei diritti dei consumatori o nel reg. UE 2017/2394 sulla cooperazione fra Autorità nazionali responsabili dell'*enforcement* del diritto UE dei consumatori – una disposizione che, per le violazioni delle norme UE di protezione dei consumatori, contenesse un precetto paragonabile a quello dettato per le violazioni del diritto UE della concorrenza dall'art. 9, par. 1, dir. 2014/104/UE (il quale impone agli Stati membri di provvedere affinché "una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva dell'Autorità nazionale garante della concorrenza – o da una sentenza del giudice nazionale davanti al quale sia stata impugnata una decisione dell'Autorità nazionale garante della concorrenza – *sia ritenuta definitivamente accertata* ai fini dell'azione risarcitoria proposta dinanzi ai giudici nazionali ai sensi degli artt. 101 o 102 Tratt. FUE o del diritto nazionale della concorrenza"). Per altro verso, la stessa dir. 2020/1868/UE sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori si limita a sua volta (art. 15) ad imporre genericamente agli Stati membri l'obbligo di provvedere affinché una decisione definitiva di un'autorità amministrativa di uno Stato membro relativa all'esistenza di una infrazione lesiva degli interessi collettivi dei consumatori "*possa essere usata da tutte le parti come prova*" nell'ambito di eventuali altre azioni promosse dinanzi agli organi giurisdizionali di quello Stato al fine di ottenere la pronuncia di provvedimenti "risarcitori" nell'ambito dei giudizi collettivi instaurati con azioni rappresentative promosse nei confronti dello stesso professionista per la medesima condotta, "*conformemente al diritto nazionale in materia di valutazione delle prove*".

49. Cfr. quanto statuito dal comma 1°, art. 1, d.lgs. n. 3/2017: "il presente decreto disciplina, *anche con riferimento alle azioni collettive di cui al titolo VIII-bis del libro quarto del c.p.c.*, il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese".

50. Non è invece possibile promuovere azioni "rappresentative" *ex* art. 140-*ter* ss. c.cons. per ottenere l'adozione di provvedimenti "compensativi" nei confronti dei professionisti che – con condotte tenute in violazione delle nome UE ed interne in materia concorrenziale – abbiano leso (anche) gli interessi economici di una pluralità di consumatori, dal momento che le norme UE ed interne in materia di concorrenza non sono state inserite nell'elenco (tassativo) delle disposizioni la cui violazione, da parte di un professionista, può legittimare l'esperimento di una azione rappresentativa a tutela degli interessi dei consumatori che ne siano stati pregiudicati (elenco che si rinviene nell'Allegato II-*septies* al c.cons.). In ragione di ciò, appare completamente priva di senso la statuizione contenuta nell'ultima proposizione del comma 7°, art. 140-*septies* c.cons. (frutto di un ottuso ed irragionevole "copia-incolla" della seconda proposizione del comma 4°, art. 840-*ter* c.p.c.), in forza della quale "restano ferme le disposizioni del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3". Le disposizioni del d.lgs. n. 3/2017 possono infatti trovare applicazione (onde ha senso prevedere espressamente che esse "restino ferme") soltanto ai giudizi risarcitori "collettivi" instaurati con le azioni di classe esperite ai sensi degli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., non invece ai giudizi risarcitori "collettivi" instaurati con le azioni rappresentative di cui agli artt. 140-*ter* ss. c.cons., e ciò per la semplice ragione che queste ultime azioni non possono essere esperite per far valere i diritti al risarcimento dei danni cagionati da violazioni del diritto UE ed interno della concorrenza.

tro escludersi l'applicabilità analogica a fattispecie diverse da quelle in esso espressamente contemplate, quali appunto i giudizi civili individuali e collettivi nell'ambito dei quali si controverta in merito alla vessatorietà e/o alla non trasparenza di clausole inserite in contratti per adesione *b-to-c*.

Il completo silenzio serbato dal nostro legislatore è, probabilmente, la più grave fra le molteplici criticità che caratterizzano i contenuti dei due decreti legislativi del marzo 2023 che hanno dato attuazione alle dir. 2019/2161/UE e 2020/1828/UE.

Preso atto dell'ennesima occasione malamente sprecata, l'interprete non può far altro che sforzarsi di individuare le conseguenze che ne derivano per il sistema.

In primo luogo, sembra inevitabile riconoscere che il giudice civile investito di una controversia "individuale" possa e debba (continuare a) considerarsi pienamente libero di pervenire – in sede di valutazione della vessatorietà e/o della trasparenza delle clausole del contratto *b-to-c* sottoposto al suo esame – ad esiti diametralmente opposti a quelli cui in ipotesi sia già pervenuto il (diverso) giudice civile investito, con riferimento alle clausole inserite nel medesimo standard contrattuale predisposto ed utilizzato dallo stesso professionista, di una azione inibitoria promossa *ex* art. 37 c.cons. ovvero di una azione "rappresentativa" inibitoria *ex* art. 140-*octies* c.cons. promossa dalle associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 c.cons. Non soltanto perché manca una disposizione che espressamente estenda ai "giudizi individuali" il giudicato formatosi sui provvedimenti inibitori "collettivi"[51], ma anche perché nell'ambito del giudizio individuale la valutazione della vessatorietà e della trasparenza dev'essere condotta "in concreto", e cioè tenendo conto delle specifiche peculiarità del caso di specie, ed in particolare

51. Disposizione presente invece nell'ordinamento di altri Paesi UE: v. ad es. il § 11 ("Effetti della sentenza") della legge tedesca sulle azioni inibitorie nel settore del diritto dei consumatori (*Unterlassungsklagengesetz*) del 26 novembre 2001, ai sensi del quale, se il professionista tiene una condotta contrastante con il divieto (impostogli da una sentenza inibitoria) di continuare ad utilizzare, per la regolamentazione dei rapporti contrattuali che instaura con le proprie controparti, condizioni generali di contratto di cui (nel giudizio inibitorio) sia stata accertata la natura vessatoria, le relative clausole debbono considerarsi inefficaci (*unwirksam*) se ed in quanto – nell'ambito di un giudizio "individuale" – la parte aderente invochi l'applicazione e gli effetti della sentenza che ha definito il procedimento inibitorio.

delle circostanze che hanno preceduto, accompagnato e seguito la formazione dell'accordo contrattuale, nonché delle caratteristiche soggettive delle parti, del comportamento che esse hanno tenuto e dei rapporti fra di esse intercorrenti: tutti elementi dei quali inevitabilmente non può tenersi conto in un giudizio "astratto" come quello che si svolge nell'ambito di un procedimento inibitorio, funzionale ad impedire la (e/o a porre fine alla) utilizzazione su larga scala di condizioni generali di contratto non rispondenti ai requisiti posti dalla dir. 1993/13/CEE, onde prevenire i pregiudizi che siffatta utilizzazione è suscettibile di arrecare agli interessi economici della generalità dei consumatori potenzialmente interessati ad acquistare i beni o i servizi offerti dal professionista che tali condizioni generali abbia predisposto.

Ad identica conclusione ci sembra debba pervenirsi anche con riguardo alla possibile rilevanza, nell'ambito di giudizi civili "individuali" o "collettivi", degli accertamenti e delle valutazioni contenute in provvedimenti inibitori, di rimozione degli effetti e sanzionatori pronunciati dall'Agcm *ex* art. 37-*bis* c.cons., a maggior ragione laddove siano pendenti i giudizi amministrativi instaurati attraverso la proposizione di apposite impugnazioni.

Invero, con specifico riferimento a provvedimenti con i quali l'Agcm – sulla base dell'art. 37-*bis* c.cons. nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte nel 2022 e nel 2023 – aveva accertato la formulazione non trasparente di alcune clausole inserite in condizioni generali di contratto utilizzate per disciplinare rapporti contrattuali aventi ad oggetto servizi bancari[52], la sez. I della Corte di cassazione (sent. 31 agosto 2021, n. 23655) ha recentemente affermato che "il provvedimento con il quale l'Agcm accerti l'assenza di chiarezza e comprensibilità di alcune clausole contrattuali determina, nel giudizio civile avente ad oggetto un contratto contenente le medesime clausole, una *presunzione legale (relativa) suscettibile di prova contraria*", che pur non essendo sancita espressamente dalla legge "scaturisce dalla funzione sistematica assegnata agli strumenti di *public enforcement*" e fa insorgere in capo al giudice civile che ef-

52. Senza adottare misure inibitorie e senza irrogare alcuna sanzione amministrativa pecuniaria, ma limitandosi ad imporre la diffusione del provvedimento mediante pubblicazione a cura e spese del professionista.

fettui una valutazione diversa un "*dovere di motivazione e di specifica confutazione*" delle argomentazioni addotte dall'Agcm a sostegno della propria decisione.

In questa sentenza la S.C. riconosce invero che l'orientamento interpretativo (ormai consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità) secondo cui – nei giudizi civili ordinari instaurati *ex* art. 33, l. n. 287/1990 per ottenere il risarcimento dei danni cagionati da illeciti anticoncorrenziali – gli accertamenti compiuti dall'Agcm hanno una *efficacia probatoria rafforzata* e i provvedimenti assunti dall'Agcm costituiscono *prova privilegiata* in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, è un orientamento che fa riferimento all'accertamento e alla ricostruzione di fatti storici rilevanti ai fini del *private enforcement* e non solo alla valutazione della loro antigiuridicità, mentre il giudizio sulla chiarezza e comprensibilità delle clausole di un testo contrattuale "non attiene propriamente a un preciso fatto storico e si risolve piuttosto in un *giudizio di fatto* espresso sul tenore di un documento contrattuale", valutato a monte nella sua potenzialità di adeguata capacità esplicativa per un comune contraente consumatore.

Cionondimeno, omettendo sorprendentemente di considerare le abissali differenze che intercorrono fra le due fattispecie, la S.C. non esita ad affermare in modo del tutto apodittico che anche in quest'ultima ipotesi ricorrono "le ragioni che hanno indotto all'attribuzione di un valore privilegiato e presuntivo agli accertamenti dell'Autorità Garante", onde gli stessi principi enunciati con riferimento agli illeciti *antitrust* debbono ritenersi valevoli, *mutatis mutandis*, anche in materia di clausole vessatorie o abusive con riguardo ai relativi accertamenti e alle relative valutazioni da parte dell'Agcm, "tenuto conto delle ragioni ispiratrici che prendono le mosse dalla funzione stessa assolta nel sistema dalla pubblica tutela erogata attraverso gli strumenti di *public enforcement*, tanto più che a fronte dell'attività amministrativa dell'Autorità Garante l'imprenditore gode del diritto alla difesa, al contraddittorio e all'impugnazione in sede giurisdizionale.".

Ne consegue, sempre secondo la S.C., che alla valutazione espressa dall'AGCM nel provvedimento che ha accertato la non trasparenza delle clausole inserite nello standard contrattuale sottoposto al suo esame deve essere attribuito un valore privilegiato, dovendo siffatta valutazione, nel giudizio ci-

vile "individuale" inerente al contratto contenente le stesse clausole, essere ritenuta *presuntivamente corretta*[53]. Di qui l'insorgenza, in capo al giudice che ritenesse di effettuare una diversa e contrapposta valutazione, di un onere di "motivazione rafforzata" e di "specifica confutazione" delle argomentazioni e della motivazione del provvedimento dell'Agcm, onere tanto più necessario quando il dissenso riguardi in via esclusiva il giudizio sulla trasparenza della formulazione delle clausole in sé e per sé, e non si fondi invece sulla valorizzazione di elementi di fatto ulteriori attinenti allo specifico, concreto rapporto intercorrente fra professionista e consumatore.

Il giudice civile che intendesse discostarsi dalle valutazioni dell'Agcm non potrebbe conseguentemente limitarsi a motivare ed argomentare *in positivo* per quali ragioni (giuridiche) ha ritenuto di escludere che una clausola fosse formulata in termini chiari e comprensibili (ovvero, aggiungiamo noi, che una clausola desse vita ad uno squilibrio a tal punto "significativo" e contrastante con la buona fede da giustificarne la qualificazione in termini di vessatorietà), ma avrebbe altresì l'onere di confutare in modo puntuale ed analitico le argomentazioni addotte dall'AGCM a sostegno della sua (opposta) decisione: un onere, quest'ultimo, il cui mancato assolvimento inficerebbe *ex se* la decisione assunta dal giudice civile, a prescindere dalla bontà, dalla solidità e dalla correttezza delle argomentazioni addotte *in positivo* da quest'ultimo a sostegno della propria, divergente valutazione.

Le affermazioni contenute in questa sentenza [54]non meritano a nostro avviso di essere condivise, a maggior ragione alla luce delle scelte compiute in sede di recepimento delle dir. 2019/2161/UE e dir. 2020/1828/UE dal Governo, che si è ben guardato dall'attribuire – con apposite disposizioni – qualsivoglia tipo di rilevanza ai provvedimenti dell'AGCM ai fini del *private enforcement* giudiziale delle discipline di protezione del consumatore.

In primo luogo, tali affermazioni manifestano una sorprendente propen-

53. Si tratterebbe, secondo la S.C., di una "presunzione legale, pur suscettibile di prova contraria, non sancita espressamente dalla legge ma *desunta dal sistema* e in particolare *dalla funzione stessa assegnata nel nostro ordinamento agli strumenti di public enforcement*".

54. Sostanzialmente avallate dalla successiva Cass., sez. I, 3 novembre 2023, n. 30556.

sione della (prima sezione della) Suprema Corte ad avallare una sorta di supino assoggettamento del giudice civile ordinario all'Autorità amministrativa indipendente (e al giudice amministrativo chiamato in sede di impugnazione a pronunciarsi sui provvedimenti di quest'ultima) con riferimento a giudizi che – diversamente da quelli aventi ad oggetto la responsabilità civile per illecito concorrenziale, che postulano l'accertamento dell'infrazione delle regole *antitrust* – sono squisitamente ed esclusivamente civilistici, in quanto attengono alla delicata e complessa valutazione dell'equilibrio "normativo" e (nel caso di clausole "principali" formulate in termini non trasparenti) "economico/normativo" del contenuto del regolamento contrattuale e/o alla trasparenza della formulazione delle relative clausole, in funzione della possibile declaratoria di nullità delle stesse.

In secondo luogo, l'intero apparato argomentativo della sentenza poggia su di un presupposto quantomeno discutibile: la piena equiparabilità fra giudizi civili promossi (da consumatori) per ottenere il risarcimento dei danni cagionati da illeciti *antitrust* e giudizi civili individuali nei quali si controverta in merito alla validità di una o più clausole di un contratto stipulato da un consumatore con un professionista. Una piena equiparabilità che, nonostante la totale assenza di disposizioni di rango legislativo che la prevedano, giustificherebbe ed imporrebbe la estensione incondizionata ed acritica ai secondi dei principi elaborati dalla giurisprudenza per i primi.

Altro è, invero, la complessa ricostruzione – fattuale e giuridica – degli elementi costitutivi di una intesa vietata o di un abuso di posizione dominante (ricostruzione che richiede competenze tecniche, professionalità ed esperienza certamente possedute dal personale dell'Agcm e non necessariamente presenti nei giudici civili), altro è la valutazione di trasparenza e vessatorietà di una clausola, la quale postula essenzialmente ed esclusivamente competenze e conoscenze (del diritto privato comune dei contratti e del diritto privato dei contratti dei consumatori) che appartengono al patrimonio culturale di base di qualsiasi giudice civile ordinario.

Non si vede pertanto per quale ragione (in assenza, lo ripetiamo, di una disposizione di legge che espressamente lo preveda) un giudice civile chiamato a pronunciarsi sulla vessatorietà e/o sulla trasparenza di una o più clausole di

un contratto *b-to-c* dovrebbe considerarsi vincolato alle precedenti valutazioni (*giuridiche*, e non certo di mero fatto, come erroneamente affermato dalla S.C.) compiute dall'Agcm in un provvedimento adottato *ex* art. 37-bis c.cons. (a maggior ragione se non si è formato il giudicato su di un provvedimento siffatto) ed essere conseguentemente gravato – nell'ipotesi in cui ritenesse di non condividere siffatte valutazioni – dall'onere di confutare in modo compiuto ed analitico le relative argomentazioni, senza limitarsi a motivare e giustificare *in positivo* le proprie valutazioni.

Quanto infine ai provvedimenti di "accettazione" degli impegni a porre fine all'infrazione e degli "impegni riparatori aggiuntivi" assunti dal professionista, essi non contengono alcun accertamento dell'intervenuta infrazione delle disposizioni attuative della dir. 1993/13/CEE, né alla proposta di impegni formulata dal professionista può attribuirsi la valenza di implicito riconoscimento della vessatorietà e/o della non trasparenza delle clausole inserite negli *standards* contrattuali originariamente utilizzati dal professionista medesimo.

In linea di principio, nulla impedisce pertanto al giudice civile – chiamato in un giudizio individuale a pronunciarsi sulla validità di clausole standardizzate inserite in un contratto che un consumatore abbia stipulato con un professionista prima che quest'ultimo assumesse (nell'ambito di un procedimento avviato nei suoi confronti *ex* art. 37-*bis* c.cons.) l'impegno a modificare il tenore e la formulazione delle proprie condizioni generali di contratto – di escludere la vessatorietà delle clausole in questione e/o di riconoscere che esse fossero formulate in termini chiari e comprensibili.

Né, d'altra parte, il provvedimento di "accettazione" degli impegni produce effetti giuridici diretti nei rapporti privatistici intercorrenti fra il professionista e le proprie controparti contrattuali.

Ne consegue che il professionista il quale, venendo meno all'impegno accettato con apposito provvedimento dall'Agcm, continuasse ad inserire nelle condizioni generali utilizzate per regolare i rapporti contrattuali instaurati *ex novo* con la propria clientela consumatrice le clausole che aveva promesso di eliminare del tutto ovvero di modificare, e/o continuasse ad applicare clausole che aveva promesso di non far concretamente valere nei confronti dei consumatori con i quali aveva già instaurato rapporti contrattuali ancora non esau-

riti, si renderebbe indubbiamente responsabile di un illecito amministrativo, ma ciò non sarebbe *di per sé solo* sufficiente per consentire e men che meno per imporre di qualificare come vessatorie e/o non trasparenti le clausole in questione, né per legittimare l'esperimento, da parte dei consumatori "vittime" di tali condotte, di una pretesa risarcitoria, a meno che non risultino ravvisabili in comportamenti siffatti gli estremi di una pratica commerciale scorretta (nel qual caso i consumatori potrebbero esperire i rimedi risarcitori *ex* comma 15°-*bis* dell'art. 27 c.cons. per il solo fatto che il professionista, omettendo di mantenere gli impegni accettati dall'Agcm con provvedimento portato alla loro conoscenza, abbia pregiudicato i loro interessi con comportamenti suscettibili di "falsarne" il comportamento economico, a prescindere dall'accertamento della natura vessatoria o della formulazione non trasparente delle clausole utilizzate o applicate in violazione degli impegni assunti nei confronti dell'Agcm).

CONCLUSIONI

IL MERCATO, E LA SUA TUTELA, TRA DIRITTO PRIVATO "RELAZIONALE" E DIRITTO PRIVATO "REGOLATORIO"

Francesco Denozza

Sommario: ***1.*** *Due diritti privati?* ***2.*** *Due logiche potenzialmente contraddittorie.* ***3.*** *Un inquadramento generale: la distinzione tra principle e policy.* ***4.*** *Principle e policy nell'interpretazione della disciplina antitrust…* ***5.*** *…e della disciplina del potere di mercato e contrattuale.* ***6.*** *Diritto privato e mercato: da equilibrio, mano invisibile e principle…* ***7.*** *…a disequilibrio, massimizzazione e policy.* ***8.*** *Conclusioni: principle, policy e differenti ideali di società.*

1. Due diritti privati?

Leggerò gli argomenti (*antitrust*, potere di mercato, potere contrattuale) oggetto di riflessione in questa giornata, come punti di emersione di una contraddizione profonda che dilania il diritto privato da decenni, che viene spesso segnalata[1], ma il cui studio approfondito richiede a mio avviso ancora molti sforzi.

Si tratta della presenza di logiche diverse, potenzialmente riferibili a norme

1. Sulla svolta c.d. regolatoria di una parte del diritto privato, v. ad es., H. Collins, *Regulating Contracts*, OUP, Oxford, 1999; H. Micklitz, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism* in *Competition and Regulation,* EUI LAW, 2008/14; M. Hesselink, *Contract theory and EU contract law,* in *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Edward Elgar Publishing, 2016; G. Comparato, *Public policy through private Law: Introduction to a debate on European Regulatory Private Law,* in *Eur. L.J.*, 2016, p. 621; Id., *What is European Regulatory Private Law? Stakes and perspectives*, in *Revue internationale de droit économique*, 2018, p. 123; G. Bellantuono, *Contract law and regulation*, in *Comparative Contract Law*. Edward Elgar Publishing, 2017; S. Osmola, *Corrective Justice, Freedom of Contract, and the European Contract Law*, in *AVANT Pismo Awangardy Filozoficzno-Naukowej*, 2019, p. 159; O. Cherednychenko, *Rediscovering the public/private divide in EU private law*, in *European Law Journal*, 2020, p. 27; S. Hedley, *Private Law Theory: The State of the Art* (September 5, 2021), SSRN: https://ssrn.com/abstract=3917777. Nella dottrina italiana, v. A. Zoppini, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio,* in *Ars interpretandi*, 2021, p. 37; R. Natoli, *Il diritto privato regolatorio,* in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, p. 134, e soprattutto C. Attanasio, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, ESI, Napoli, 2022, ed ivi altre citazioni.

che sono tutte qualificabili come norme di diritto privato (nel senso che sono tutte dirette a regolare i comportamenti che un privato deve tenere quando interagisce con un altro privato) e che però si ispirano a criteri, ed obiettivi, diversi.

Vari modi sono usati per descrivere questa diversità. Alcuni contrappongono norme che perseguono il solo fine di ottimizzare la disciplina della relazione intersoggettiva in sé considerata, a norme, qualificate come strumentali, che perseguono finalità che trascendono la considerazione della posizione delle due parti del rapporto[2]. Frequente è anche il ricorso a metafore geometriche: la contrapposizione diventa allora tra norme ispirate da una visione orizzontale, attenta solo alle caratteristiche del rapporto tra le due parti della relazione, e norme ispirate da una visione verticale, in cui i soggetti «*...interact as citizen...*»[3] e il rapporto viene inquadrato e valutato da un punto di vista più generale. Altri ricorrono all'immagine di un punto di vista "interno" contrapposto ad uno "esterno"[4].

In questo lavoro utilizzerò due locuzioni, più sinteticamente descrittive, e contrapporrò il diritto privato "relazionale" (quello orizzontale, interno, che considera rilevanti solo le posizioni delle due parti e vuole ottimizzare la disciplina del loro rapporto in base a criteri di giustizia commutativa) al diritto

2. C.U. Schmid, *The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code,* in *European Review of Contract Law,* 2005, p. 211; R. Michaels, *Of islands and the ocean: the two rationalities of European private law*, in R. Brownsword, e altri (a cura di), *The Foundations Of European Private Law, Hart Publishing*, 2011, p. 139; R. BROWNSWORD, *After brexit: regulatory-instrumentalism, coherentism, and the English law of contract* in *Journal of Contract Law*, 2017, p. 139; M. Papayannis, *El derecho privado como instrumento de la política pública*, in *Ars interpretandi*, 2021, 57.

3. V. ad es., H. Dagan, *Between Regulatory and Autonomy-Based Private Law*, in *European Law Journal*, 2016, p. 644. Il ricorso alla metafora è comunque piuttosto frequente, v. ad es. anche A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 185.

4. L'attuale contrapposizione tra un punto di vista interno ed uno esterno recupera la rigorosa visione relazionale del diritto privato presente in autori come E. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1995 o J. Coleman, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 2001, ma in parte modifica il quadro, (v. J. Goldberg - B. Zipursky, *Seeing Tort Law from the Internal Point of View: Holmes and Hart on Legal Duties*, in *Fordam Law Review*, 2006, p. 1563; B. Zipursky, *Legal Obligation and the Internal Aspect of Rules*, in *FordhamLaw Review*, 2006, p. 1229) e per certi versi lo complica fino al tentativo, che molti considerano caratteristico della c.d. *New Private Law* (su cui A.S. GOLD, *Internal and External Perspectives: On the New Private Law Methodology*, in, *The Oxford Handbook of the New Private Law,* Oxford University Press, New York, 2021; P. Miller, J. Pojanowski, *The Internal Point of View in Private Law* in *The American Journal of Jurisprudence*, 2022, p. 247), di coordinare i due punti di vista (interno ed esterno).

privato "regolatorio" (quello verticale, esterno, che disciplina i rapporti tra le parti in modo da raggiungere finalità generali che riguardare l'intera società).

2. *Due logiche potenzialmente contraddittorie*

Le varie impostazioni, cui ho accennato nel paragrafo precedente, tendono a mettere in ombra un punto che mi sembra invece molto importante, e cioè il fatto che la distinzione tra diritto privato relazionale e diritto privato regolatorio evoca due logiche entrambe potenzialmente presenti in tutto il diritto privato contemporaneo e non, come a volte la dottrina sembra pur ritenere, due insiemi di norme relativamente separate[5]

Nessuna delle due logiche (secondo necessario chiarimento) può essere totalmente delegittimata. Le due prospettive sono destinate a convivere. L'idea che tutto il diritto privato possa essere ricostruito sulla base di logiche esclusivamente relazionali, oppure di logiche esclusivamente regolatorie, è impraticabile.

Credo, infine, che non sia possibile confinare i problemi nascenti dalla convivenza tra diritto privato relazionale e regolatorio al solo livello della ricerca di un adeguato coordinamento dei rispettivi ambiti di applicazione[6] .

Occorre prendere invece atto che le due logiche, distinte e tendenzialmente contraddittorie, sono potenzialmente utilizzabili nell'interpretazione di qualsiasi norma e possono spingere la disciplina delle varie fattispecie in direzioni

5. Ha una certa diffusione in Europa l'opinione che vede nel diritto prodotto a livello di Unione Europea il veicolo attraverso cui il diritto regolatorio penetra nei diritti, relazionali, dei singoli stati (v. ad es. A. Zoppini, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars interpretandi*, 2021, p. 37, p. 39, che definisce come diritto privato regolatorio «...quella parte della normativa che si pone fuori del codice civile e di origine comunitaria che corregge l'autonomia privata, rendendola funzionale agli obiettivi della tutela dell'integrità del mercato, e che si esplica, per l'appunto, nei settori regolamentati»). In realtà la contrapposizione tra le due logiche è presente in tutti gli ordinamenti occidentali (come dimostra la varia provenienza della dottrina ricordata nelle note del paragrafo precedente). A puro titolo di esempio, ricordo che già diversi anni fa due illustri studiosi del diritto contrattuale (A. Schwartz - R. Scott, *Contract theory and the limits of contract law*, in *Yale L.J.*, 2003, p. 541) constatavano, con riferimento agli Stati Uniti, che la disciplina dei rapporti professionisti – consumatori non va considerata parte del diritto contrattuale privato, ma "*consumer protection law*".

6. Per la descrizione di alcuni dei possibili modelli di coordinamento tra norme relazionali e norme regolatorie, v. O. Cherednychenko, *Islands and the ocean: Three models of the relationship between EU market regulation and national private law*, in *The Modern Law Review*, 2021, p. 1294.

diverse e, a volte, inconciliabili.

Prima di riprendere il filo del discorso generale, vorrei chiarire questo punto fondamentale ricorrendo ad un paio di esempi.

Il primo tocca un aspetto fondamentale della concezione della responsabilità civile e riguarda il tema dei c.d. risarcimenti punitivi.

L'accettazione della possibilità di legittime liquidazioni di danni di entità superiore a quella necessaria per compensare le vittime, viene spesso razionalizzata invocando la c.d. poli– o multi-funzionalità della responsabilità civile[7], che avrebbe, nel nostro come in altri ordinamenti, funzioni diverse: compensatoria, deterrente, afflittiva, ecc. [8]

Questa visione in qualche modo consolatoria (il sistema non perde la sua coerenza, diventa semplicemente multilaterale o pluralista) in realtà, a mio avviso, non regge[9].

Compensazione, deterrenza, ecc. sono effetti. Per farle diventare funzioni occorre il coerente inserimento in un quadro sensato di obiettivi. La deterrenza, che è un effetto comunque presente anche in un sistema in cui l'unico danno risarcibile è quello corrispondente alla disutilità subita dalla vittima (e nulla più), diventa invece una funzione se si adotta la prospettiva politico-economica di una responsabilità civile usata per scoraggiare una, o altra, attività che la società non intende vietare del tutto.

L'adozione di quest'ultima prospettiva, non comporta solo la possibilità

7. Il riferimento è diffuso in dottrina e si trova puntualmente in Cass. S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, pubblicata, ad es., in *Resp civ. prev*., 2017, p. 1198.

8. In realtà, per gli stessi risarcimenti puntivi («...etichetta di per sé davvero troppo comprensiva, ed inevitabilmente ambigua...» come dice C. Scogamiglio, *Le prospettive di sviluppo del problema dei "risarcimenti punitivi"*, in *Nuovo diritto civile*, 2017, p. 26) si può immaginare lo svolgimento di diverse funzioni (nel suo lavoro del 2005 dedicato all'argomento, Calabresi contava almeno cinque funzioni dei danni punitivi, G. Calabresi, *The Complexities of Torts: The case of Punitive Damages*, in S. Madden (a cura di), *Exploring Tort Law*, Cambridge University Press, 2005, pp. 346 s.). Qui non è possibile fare troppe distinzioni e nel testo mi riferirò a quella che mi sembra divenuta con il tempo la più caratteristica, e cioè la funzione di calibrare un'adeguata deterrenza di certi comportamenti potenzialmente dannosi (in particolare, quelli difficili da scoprire) che, in una prospettiva di puro risarcimento del danno di volta in volta arrecato, possono apparire all'autore addirittura convenienti.

9. Per altri rilievi e citazioni rinvio a F. Denozza, *I risarcimenti puntivi tra razionalità e ragionevolezza*, in G. Bellantuono - U. Izzo (a cura di), *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto*, Università di Trento, Quaderni della facoltà di giurisprudenza, 2022, p. 55.

che il criterio della deterrenza possa entrare, in singoli casi, in rotta di collisione con il criterio della compensazione[10]. Comporta in realtà l'adozione di un intero apparato concettuale in cui le nozioni fondamentali dell'istituto della responsabilità civile acquisiscono significati completamente diversi da quelli che hanno nella tradizionale concezione compensatoria e commutativa.

Il discorso potrebbe essere molto complesso, ma ai nostri fini basterà qualche cenno. Nella prospettiva relazionale - compensatoria il ricorso ad una visione causalistica è fondamentale. Solo se si è stabilito che qualcuno ha invaso illegittimamente la sfera di un altro si può coerentemente stabilire che quest'ultimo deve essere compensato dal primo. Nella prospettiva strumentale-deterrente, si nega, invece, l'esistenza di un rapporto di causalità rilevante. Si constata che due attività (allevamento del bestiame e coltivazione del suolo, per ricordare uno dei celebri esempi di Coase[11]) interferiscono e ci si pone il problema di quanto possa essere utile scoraggiare più l'una o più l'altra. L'esito di questo giudizio, non il rapporto di causalità, decide se, chi e quanto deve essere risarcito. Il risarcimento al "danneggiato" non è né scontato, né necessariamente dovuto in maniera integrale.

Quanto alla sanzione, questa, nella concezione relazionale – compensatoria, serve a compensare i danneggiati in tutti i casi in cui non si è riusciti ad evitare che persone ragionevoli compiano illeciti. Nella prospettiva strumentale - deterrente serve invece a segnalare a persone razionali quali sono gli illeciti che è conveniente compiere, e quali sono quelli che non devono essere compiuti in quanto troppo "cari".

Quanto infine al danno, dal punto di vista relazionale, esso coincide e con l'ingiuria inflitta alla sfera di libertà e autonomia dell'individuo. Nella visione regolatoria i singoli individui, e i loro danni, non contano come tali, ma solo

10. Chi afferma la polifunzionalità, o il pluralismo, del sistema di responsabilità civile dovrebbe darsi immediatamente carico di rispondere ad una lunga serie di interrogativi. Nella esemplificazione di C. Robinette, *Torts Rationales, Pluralism, and Isaiah Berlin*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 2006, p. 329, p. 330: «*Do the plural rationales work together as a seamless whole? Do the rationales conflict? If they conflict, how does one choose among them? Does the entire system devolve into adjudicative relativism, whereby a judge has no rational basis for choosing among the rationales in the case of a conflict? To summarize, if a pluralist theorized about the tort system, what would he or she say?*».

11. R. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, 1.

come addendi di un totale generale, il c.d. benessere complessivo.

Il secondo esempio è più specifico e riguarda la direttiva c.d. PSD2 (Direttiva 2015/2366 del 25 novembre 2015) che stabilisce, con riferimento a certi pagamenti, che quando il pagamento sia disconosciuto dal cliente, l'intermediario debba provare che l'operazione in questione è stata approvata con una procedura che ha richiesto, a chi la ha autorizzata, l'utilizzazione di un doppio fattore di autenticazione, la c.d. SCA (cioè l' autenticazione forte realizzata utilizzando due strumenti di accesso - spesso due *password* - prodotti in due modi diversi e indipendenti l'uno dall'altro). In assenza di tale prova il cliente non sopporta alcuna perdita, neppure in caso di sua colpa grave[12].

In questo quadro normativo, una delle fattispecie che solleva maggiori dubbi è quella in cui un truffatore riesce (in genere spacciandosi per dipendente dell'intermediario) a guadagnare la fiducia del cliente ed a farsi comunicare da quest'ultimo le *password* necessarie al compimento delle varie operazioni. Nel caso in cui l'intermediario non riesca a dare la prova della ricorrenza nella specie della doppia autenticazione ci si chiede se del danno debba rispondere l'intermediario stesso, oppure, considerata la sua colpa grave, il cliente.

In casi come questo il problema sorge dal fatto che la falla nel sistema dell'intermediario, che non ha richiesto la doppia autenticazione, non ha avuto nessuna incidenza causale sul sinistro. Si potrebbe dire, paradossalmente, che se anche le autenticazioni fossero state tre, o quattro, o più, il danno si sarebbe prodotto in ogni caso, posto che comunque il cliente, caduto in balia del truffatore, avrebbe verosimilmente continuato a trasmettergli tutti i dati necessari ad effettuare l'operazione.

È evidente che qui la prospettiva privatistica e quella regolatoria conflig-

12. Così descrive efficacemente la disciplina M.C. Paglietti, *Restitution and Liability in the Multilevel Regulatory Framework of Unauthorized Digital Payment Transactions*, in *European Review of Private Law*, 2022, p. 30: «*...in the event of failure to adopt a two-factor authentication system (made essential by Art. 97), the user's liability is also excluded even when acting intentionally or with gross negligence; here liability attaches only when acting fraudulently (Art. 74, para. 2). In such a case, the 'imposition' of liability stems from an intention to sanction (the guilty party who acted in breach of an obligation) rather than to obtain reimbursement, thereby emphasizing the regulatory dimension of civil liability*». In argomento v. anche M. Kjørven, *Who pays when things go wrong? Online financial fraud and consumer protection in Scandinavia and Europe*, in *European Business Law Review*, 2020, p. 31.

gono apertamente. Nella visione orizzontale, focalizzata sul rapporto tra i due soggetti, il ragionamento svolto pocanzi in ordine all'irrilevanza delle modalità di autenticazione può avere un ruolo addirittura decisivo, nel senso di imporre una conclusione che, valorizzando la colpa gravissima del cliente, finisca per soprassedere alla rilevazione dell'assenza della SCA.

Dal punto di vista regolatorio, la questione può apparire invece in una luce molto diversa. La norma può essere letta come istitutiva di una forma di sanzione nei confronti degli intermediari che non organizzano un valido e sistematico meccanismo di autenticazione a due fattori. Sanzione che potrebbe apparire tutt'altro che persecutoria ed eccessiva, se si considera che la mancata introduzione di un rigoroso sistema di SCA rappresenta nell'immediato un risparmio di costi materiali, e magari anche un alleggerimento degli oneri di autenticazione, e conseguenti fastidi, imposti ai clienti, elementi che possono facilmente concorrere ad un aumento dei guadagni dell'intermediario.

Considerato, poi, che l'assenza di un sistema di SCA diventa rilevante in un numero relativamente limitato di casi problematici ed è (almeno a fini privatistici) irrilevante nella stragrande maggioranza delle operazioni regolari andate a buon fine, l'elevato numero dei casi in cui l'intermediario ha la possibilità di sfuggire a responsabilità può indirizzare i suoi calcoli di convenienza nella perversa direzione di preferire un guadagno immediato, accompagnato da un relativamente modesto rischio futuro, al costo certo che deriverebbe dall'istituzione di un efficace sistema di SCA.

La decisione di tenere l'intermediario responsabile anche quando il suo inadempimento è stato causalmente irrilevante ai fini della produzione del danno, considerata nella prospettiva da ultimo descritta, non ha perciò nulla di anomalo. Si muove anzi all'interno di una logica ben consolidata, e su un modo di fare calcoli e previsioni che, nell'ambito degli interventi regolatori, è ovvio ed abituale.

3. *Un inquadramento generale: la distinzione tra principle e policy*

Chiarita la natura, e l'entità, dei problemi creati dalla presenza delle due logiche di cui ci stiamo occupando, vorrei ora tentare di riesaminare i termini generali della questione.

A mio avviso, le varie contrapposizioni da cui siamo partiti (orizzontale - verticale; interno - esterno; rispetto dell'autonomia delle parti e ottimizzazione del rapporto interindividuale - appropriata incentivazione e ottimizzazione del risultato complessivo; giustizia commutativa - efficienza e/o giustizia distributiva; ecc.) fanno riferimento ad elementi caratterizzanti, e a fattori di distinzione, la cui precisa identità e portata non risulta sempre chiarissima, che, per di più, si intrecciano spesso gli uni con gli altri, creando un quadro nel complesso abbastanza confuso. La matassa che ne risulta è troppo complicata per potere essere compiutamente sbrogliata in questa sede.

Qui mi limito ad indicare la possibilità che un altro schema in grado di inquadrare meglio il fenomeno che abbiamo di fronte, possa essere ricavato, con le opportune elaborazioni, dalla tesi proposta (in verità a tutt'altri fini[13]) da Ronald Dworkin, che distingue tra "*policy*", definita come «*...that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community...*» e "*principle*", «*...a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality*». Per cui, esemplificando: «*...the standard that automobile accidents are to be decreased is a policy, and the standard that no man may profit from his own wrong is a principle*»[14].

La tesi, calata nel presente contesto, richiede alcune elaborazioni[15].

Una prima considerazione è che lo schema non va interpretato come ba-

13. Come è noto, la distinzione cui si accenna nel testo venne elaborata da Dworkin (v. *cit.* alla nota seguente) per risolvere problemi di teoria generale dell'interpretazione. Sulla possibilità di utilizzare a questo fine la distinzione, esiste un rilevante e risalente dibattito. V. ad es., in senso critico, F. Schauer, *On The Relationship Between Law and Legal Reasoning*, in *New Essays on the Nature of Legal Reasoning*, Hart Publishing, 2021 (SSRN: https://ssrn.com/abstract=3752911).

14. R. Dworkin, *The model of rules*, in *U. Chi. L. rev.*, 1967, p. 14, p. 23; v. anche Id., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1986, p. 221 e *passim.*

15. Alcune delle osservazioni che seguono ricalcano precisazioni presenti già nel pensiero di Dworkin (v. *Law's Empire*, *cit.*, pp. 243, 310, 338). Per un riepilogo dei problemi che la distinzione solleva, v., nella dottrina più recente, K. Tuori, *Principles and policies: once more*, in *The Quest for Rights*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 215. Con riferimento al diritto privato, J. Plunkett, *Principle and policy in private law reasoning*, in *The Cambridge Law Journal*, 2016, p. 366; P. Jaffey, *Policy and principle and the character of private law*, in *Jurisprudence*, 2020, p. 387.

sato su una contrapposizione assoluta, ma come una distinzione tra due punti di vista che ben possono intrecciarsi. La scelta tra diverse possibili *policy* ben può essere guidata anche da considerazioni di giustizia, così come la scelta dei modi e limiti con cui viene affermato un *principle,* ben può essere guidata non solo da considerazioni di giustizia, ma anche da considerazioni attinenti agli effetti che un certo tipo di protezione può avere sul bene comune. La schematizzazione delle due diverse prospettive che il legislatore può adottare quando decide di disciplinare una certa situazione resta importante, ma non va intesa nel modo rigido di due strade che non si intrecciano mai.

Un secondo punto meritevole di segnalazione è che l'adozione dell'una o dell'altra prospettiva non va immaginata come condizionata da fattori estrinseci, ma va intesa come frutto essa stessa di una scelta in ordine alle situazioni che si ritiene debbano essere governate da obiettivi di giustizia, e situazioni che si ritiene debbano essere governate da obiettivi pratici. Il riferimento ai principi non deve evocare il riconoscimento di diritti immaginati sostanzialmente come naturali, o come meccanicamente derivabili da certe premesse attinenti alla natura (relazionale, orizzontale, ecc.) e ai compiti (garantire uguale libertà, giustizia commutativa nelle relazioni, ecc.) del diritto privato. La contrapposizione tra *principle* e *policy* indica qui il semplice fatto che a seconda delle diverse situazioni, e delle diverse concezioni di volta in volta dominanti, si può ritenere che una certa serie di problemi vada inquadrata in un sistema di principi e diritti, oppure vada affrontata con l'elaborazione di opportune politiche.

Il terzo punto riguarda le implicazioni della scelta dell'una o dell'altra prospettiva. Al contrario di quello che sembra emergere in alcune estreme formulazioni (specialmente quelle che contrappongono il rispetto di autonomia, e giustizia commutativa, al perseguimento di fini imposti dall'esterno) non credo che la decisione di ricorrere a *principle* anziché a *policy* abbia di per sé un valore decisivo in ordine alla scelta del tipo di società che si intende costruire.

In realtà entrambi i diritti, sia quello regolatorio, sia quello relazionale, possono assumere connotazioni molto diverse tra loro ed evocare modelli di società addirittura opposti.

Ciò è evidentissimo per la prospettiva regolatoria, che può orientarsi verso la massimizzazione dell'efficienza, oppure verso la realizzazione di forme di

giustizia distributiva, o verso la soluzione equitativa di specifici problemi, ecc. Non è però meno vero con riferimento al diritto relazionale. Qui il discorso è più complicato, ma come ho cercato di argomentare più ampiamente altrove[16], i pilastri che dovrebbero definire le caratteristiche di questo diritto non sono in realtà meno mobili dei fini che possono ispirare il diritto regolatorio. Il concetto di autonomia è un *essentially contested concept* mentre quello di giustizia commutativa è, per quanto interessa noi qui, un concetto sostanzialmente vuoto. Si tratta di riferimenti concettuali che, nonostante siano stati spesso presentati come immediata espressione di una specifica concezione (in senso ampio, liberale), devono essere in realtà riempiti, e solo la riflessione in ordine a quale sia il tipo di società che si intende realizzare può suggerire gli appropriati contenuti.

Tirando le somme del discorso, la contrapposizione che propongo, adattando lo schema originariamente elaborato da Dworkin, dà anzitutto un preciso contenuto alla diversità tra la logica che ispira il diritto privato relazionale (basato su principi e diritti) e quella che ispira il diritto privato regolatorio (orientato dal perseguimento di specifici obiettivi di *policy*). Ritiene però che il ricorso all'una o all' altra impostazione, per quanto differenti esse siano, non implichi alcuna definiva scelta in favore di una o di altra visione generale della società e non sia imposta da condizionamenti esterni (la necessità di riconoscere diritti, o altre situazioni, presunte naturali) ma dipenda semplicemente da valutazioni attinenti alla disciplina che si ritiene più appropriata nelle singole situazioni di volta in volta rilevanti.

4. Principle e policy nell'interpretazione della disciplina antitrust...

Possiamo tornare al tema del rapporto tra diritto privato e mercato. Vorrei ora utilizzare lo schema delineato nel paragrafo precedente per sostenere l'esistenza di una tendenza, che ha investito anche le materie su cui si è concentrata l'attenzione del convegno, a ridurre il ricorso a discipline basate su

16. F. Denozza, *Disciplina del contratto e "non-moral goods"*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2022, I, p. 367.

principi, per privilegiare invece discipline ispirate da obiettivi di *policy*.

Cominciamo dal diritto *antitrust,* che alcuni decenni fa venne definito come "*a comprehensive charter of economic liberty*"[17] il cui scopo era immaginato come quello di assicurare una piena realizzazione dei valori di libertà connessi ad un certo modello di mercato concorrenziale.

Questa concezione del diritto *antitrust*, che fa riferimento a valori, e che è potenzialmente orientata alla creazione di diritti, è stata soppiantata, nel corso degli ultimi quattro o cinque decenni, da una concezione in cui questo obiettivo (realizzare i valori considerati tradizionalmente propri del mercato concorrenziale) è stato progressivamente sostituito da obiettivi di *policy* quali principalmente la massimizzazione del c.d. *consumer welfare*[18], o la promozione dell'innovazione attraverso la promozione della concorrenza c.d. dinamica [19].

17. *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 *U.S.* 1 (1958); *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 *U.S.* 596, 610 (1972): «Antitrust laws in general, and the Sherman Act in particular, are the Magna Carta of free enterprise».

18. R. Bork, *The antitrust paradox: A policy at war with itself,* The Free Press, Maxwell Macmillan Canada, 1993 [1973] p. 51. Ho criticato questa impostazione in vari lavori (v. ad es. F. Denozza, *The future of antitrust: concern for the real interests at stake, or etiquette for oligopolists?* in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 1/2017, e, già prima, in Id., *Intellectual Property and Refusal to Deal: 'Ad Hoc' v. 'Categorical' Balancing*, in G. Gaggiano e altri (a cura di), *Competition Law And Intellectual Property Essays,* Wolters Kluwer, 2012, p. 259; Id., *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 1057). Con specifico riferimento al diritto europeo v. F. Denozza - Toffoletto, *Contro l'utilizzazione dell'"approccio economico" nell'interpretazione del diritto antitrust,* in *Mercato concorrenza regole*, 2006, p. 563.

19. La tutela della c.d. concorrenza dinamica (su cui v. tra i tanti M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 35 ss.; Id., *Economia e politica nel diritto antitrust*, in R. Sacchi, A. Toffoletto (a cura di) *Esiste uno stile giuridico neoliberale?*, *Atti dei seminari per Francesco Denozza,* Giuffrè, Milano, 2019, p. 137) si presenta come *policy*, e non come *principle*, in quanto non è ispirata dal perseguimento di valori, ma da una prospettiva (di tipo sostanzialmente schumpeteriano) che propone di consentire alle imprese il godimento di posizioni monopolistiche, nella misura in cui ciò possa favorire l'innovazione. Si tratta in sostanza di un baratto tra equilibrio e sviluppo. I problemi che allora si pongono, e che solo bilanciamenti di tipo politico possono risolvere, sono, ad esempio: quale è il tasso di innovazione ottimale per la società nel suo complesso, e a quanto ammontano i premi in termini di solidità ed estensione delle posizioni monopolistiche (e conseguenti rendite) che è opportuno riconoscere agli innovatori per incoraggiarli a compiere una certa quantità di nuove invenzioni? Quanti sacrifici, in termini di minore concorrenza, sono necessari per ottenere un certo risultato in termini di sviluppo? Chi, e in base a quali criteri, decide quanti sacrifici sono necessari? Come devono essere ripartiti i relativi costi?
Molti problemi nascono dal fatto che l'idea di incrementare l'innovazione consentendo alle imprese di affrancarsi dalla concorrenza è un'arma a doppio taglio. In generale una protezione contro la concorrenza può fino ad un certo punto incentivare le imprese ad innovare per godere del premio, ma da un certo punto in poi, se il premio è troppo grande, può disincentivare innovazioni da parte

Il prevalere di queste concezioni ha finito per favorire la diffusione di una visione del diritto *antitrust* come strumento non più per garantire la massima libertà per tutti, ma per calmierare i prezzi e per favorire un certo tipo di crescita. La differenza tra queste due visioni, in sostanza tra un diritto *antitrust* concepito come *policy* e uno concepito come *principle*, si riflette su un'ampia serie di questioni.

La concezione dell'*antitrust* come *policy* favorisce la focalizzazione dell'attenzione sull'analisi, caso per caso, degli effetti che la singola pratica può produrre. L'assetto strutturale generale dei mercati è ignorato, o è oggetto di minor considerazione, sia dal punto di vista analitico (esistenza di barriere all'ingresso, prospettive evolutive complessive, ecc.) sia dal punto di vista normativo (la minore importanza attribuita alla libertà di scelta dei consumatori porta inevitabilmente con sé una minor considerazione per gli elementi strutturali)[20].

A ciò si aggiunga che un diritto *antitrust* votato alla protezione di diritti è portato a considerare come senz'altro illecite le pratiche che possono violare il nucleo centrale di un diritto, anche a prescindere dagli effetti eventualmente benefici che tali pratiche potrebbero avere su altri piani. Nascono da questa considerazione i c.d. divieti *per se* che erano ampiamente presenti nel diritto *antitrust* tradizionale e che la concezione del diritto antitrust come *policy* tende invece ad eliminare, ritenendoli potenziali fonti di inefficienze.

In questa prospettiva va inquadrato anche l'ambiguo (almeno in Europa) successo del famigerato criterio del c.d. *As efficient competitor test*,[21] che, in nome di una male intesa politica di promozione dell'efficienza, vorrebbe privare della protezione contro le pratiche abusive delle imprese dominanti i concorrenti che sono meno efficienti di tali imprese. A parte la discutibile prospettiva generale in cui si inquadrano le ragioni a sostegno di questa im-

---

delle altre imprese, e anche ulteriori innovazioni da parte della stessa impresa innovatrice, indotta ad evitare altri rischi e a godersi invece la sua rendita di monopolio (P. Aghion e altri, *Competition, imitation and growth with step-by-step innovation* in *The Review of Economic Studies*, 2001, p. 467).

20. Per una migliore illustrazione di questi aspetti, v. F. Denozza, *Consumer welfare e shareholder value*: *le comuni radici, i limiti e i difetti di due teorie neoliberali,* in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2023, p. 587, pp. 608 ss.

21. R. Posner, *Antitrust Law*, 2a ed., University of Chicago Press, Chicago, 2001, pp. 193 ss.

postazione[22], a parte, anche, la sostanziale miopia da cui essa è affetta (l'impresa meno efficiente potrebbe essere l'agguerrito concorrente di domani[23], cosa che non diverrà mai se viene, per così dire, strozzato nella culla), il punto qui centrale è che la visione in termini non di *policy*, ma di diritti, imposta il problema in termini completamente diversi, e si interroga sulla esistenza di una legittima pretesa a non essere vittima di abusi che tutti, anche i meno efficienti, possono ugualmente vantare.

Per molti aspetti si può dire che il diritto *antitrust*, quando concepito come una *policy*, cessa di proteggere la concorrenza[24], intesa come uno stato ideale in cui importanti valori trovano la loro realizzazione, e si dedica invece ad indirizzare la rivalità tra oligopolisti verso il perseguimento di politiche di efficienza.

Anche sul piano di sanzioni e rimedi è facile notare le differenze. Nella prima concezione, quella in cui le norme *antitrust* sono norme di principio, colui che viola le regole del gioco non è semplicemente uno che magari rallenta un po' la realizzazione di qualche obiettivo politico, ma è un ladro che si appropria di qualcosa che sottrae ad altri, e su cui non ha alcun diritto (questa è la ragione per cui in molti ordinamenti chi si comporta in questo modo non solo risarcisce i danni, ma può andare incontro a sanzioni penali).

Anche il recente dibattito svoltosi nel nostro ordinamento in ordine alla sorte dei contratti stipulati a valle di intese ed abusi, evoca questa differenza di visioni. Accantonata la teoria che fa riferimento alla distinzione tra norme di comportamento e norme di validità[25], il problema realmente rilevante è quello di capire quali sono gli interessi in gioco nell'interpretazione dell'art. 1418,1. Di capire, in particolare, quale sia l'interesse che si contrappone a quello (che

22. Sulle implicazioni filosofico economiche di questa questione, v. ora M. Grillo, *Market competition, efficiency and economic liberty*, in *International R. of Econ.*, 2023, p. 1.

23. A. Pezzoli, *L'abuso di dipendenza economica e la concorrenza. Analisi economica di un ibrido,* in G. Colangelo, V. Minervini (a cura di), *La nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica*, Il Mulino, Bologna, 2023, pp. 137, 138.

24. Che in effetti deve cambiare nome e diventare massimizzazione del *consumer welfare*, concorrenza dinamica, ecc.

25. Per una critica radicale della teoria e della sua applicazione all'*antitrust* v. F. Denozza, Principle vs Policy: *spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale "regolatoria"*, in *Nuova giur. comm.*, 2022, pp. 670 ss.

spinge verso la conservazione del contratto) alla protezione dell'interesse alla sicurezza dei traffici. Se si immagina che questo interesse sia solo quello a non ostacolare una certa *policy,* il quadro che emerge è ben diverso da quello che si presenta là dove l'interesse leso dalla conservazione del contratto sia presentato come quello a rimuovere gli effetti della violazione di un diritto e a disincentivare comportamenti contrari a fondamentali principi[26].

5. ...e della disciplina del potere di mercato e contrattuale

Quanto alla disciplina dell'abuso di potere contrattuale, cominciando dal tema della dipendenza economica, possiamo rilevare che mentre la prospettiva relazionale indirizza la ricerca dello scopo della disciplina sul terreno dell'autonomia delle parti, la prospettiva regolatoria suggerisce di cercare tra obiettivi inerenti alla protezione di certi assetti del mercato o di certi settori economici. Nella prima prospettiva la libertà di operare consapevoli scelte è il riferimento centrale. Nella seconda, anche pattuizioni concordate in maniera pienamente volontaria potrebbero risultare in contrasto con i fini politici perseguiti, ed essere perciò coerentemente vietate e sanzionate.

Un chiaro punto di emersione della differenza tra queste due prospettive riguarda la rilevanza da attribuire alla distinzione tra la situazione anteriore alla conclusione del contratto e quella posteriore[27].

Una tutela finalizzata alla difesa di libertà, che deve ovviamente massimizzare l'autonomia di *entrambe* le parti, non può spingersi fino al punto da proteggerne una (per debole che sia) anche contro gli effetti per lei negativi delle clausole di un contratto che ha consapevolmente sottoscritto in condizioni in cui godeva di una sufficiente possibilità di rivolgersi ad altre controparti.

Con ciò non intendo affatto affermare che abbiano torto coloro che ritengono applicabile il divieto anche alle vicende precontrattuali, e agli atti cui la

26. Trovo, per questa ragione, convincente e coerente il ragionamento con cui Cass. civ. S. U. 30 dicembre 2021, n. 41994 ha fatto riferimento all'ordine pubblico economico per giustificare la sua conclusione favorevole alla nullità.

27. Sul punto insiste in particolare A. Pezzoli, *cit.* a nt. 23.

parte debole ha bensì acconsentito, ma in situazioni di scelta limitata o di c.d. asimmetria informativa[28]. Sostengo, invece, che il riferimento all'autonomia non è in grado di giustificare una dilatazione della protezione oltre certi limiti e che un tale eventuale allargamento può essere giustificato solo con l'evocazione di adeguate ragioni di *policy*.

Per restare all'esempio più semplice, quello delle asimmetrie informative, io non credo che la difesa dell'autonomia possa giustificare la protezione contro la volontaria accettazione di una clausola (ad es., una possibilità di recesso *ad nutum*) che chiunque percepisce immediatamente come idonea a mettere in pericolo il recupero degli eventuali investimenti idiosincratici che la natura del rapporto può richiedere di effettuare.

Forse neanche la difesa della concorrenza potrebbe giustificare la protezione contro una simile ingenuità (vale la pena difendere la sopravvivenza di imprenditori che non sono in grado di fare un semplice calcolo previsionale?)[29]. Forse esistono altri obiettivi politici che sono invece in grado di offrire valide giustificazioni.[30] Il punto che mi limito a ribadire è che queste ragioni non possono essere trovate nella difesa dell'autonomia.

L'ultimo tra i temi su cui vorrei soffermarmi riguarda gli obblighi di trasparenza. Come è ben noto, l'introduzione di questi obblighi, e l'eccezionale importanza loro attribuita, sono state giustificate sia con argomenti che fanno riferimento a logiche di tipo relazionale, sia con argomenti di tipo regolatorio.

---

28. V. ancora A. Pezzoli, nt. 23, pp. 143 ss. e in particolare V. Bachelet, *Abusi "contrattuali" tra imprese: per una rilettura dell'art. 9 della legge sulla subfornitura industriale*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2021, I, p. 8.

29. Si tratta anche di vedere (come rileva M. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 141, n. 21) quale sia l'idea di concorrenza che si ritiene rilevante. Un conto è identificare la concorrenza con la massima apertura del mercato, altro conto è identificare la concorrenza con l'efficienza allocativa. Al tema, a mio avviso fondamentale, delle diverse idee di concorrenza dedicherò i prossimi paragrafi di questo lavoro.

30. Una possibilità che andrebbe ulteriormente approfondita riguarda la possibile esistenza di un problema di azione collettiva: il massimo sfruttamento delle controparti contrattuali che ciascuna impresa "forte" mette in atto nel proprio individuale interesse, corre il rischio di innescare processi distruttivi dei mercati a monte o a valle, con potenziale danno per tutte (un mercato popolato da imprese che subiscono il potere delle controparti, e si reggono solo sull'ipersfruttamento di tutte le loro risorse, è un mercato ovviamente instabile; ad es., una diminuzione del tasso di disoccupazione può rendere impossibile l'ipersfruttamento dei lavoratori dipendenti e provocare la temporanea scomparsa dell'intero mercato).

I primi evocano la solita tematica delle parti deboli e l'opportunità di metterle in grado di esercitare la loro autonomia intesa non in senso formale, come semplice assenza di vincoli, ma in senso sostanziale, come disponibilità dei mezzi (qui le informazioni) necessari per potere assumere decisioni effettivamente consapevoli[31].

Gli argomenti di tipo regolatorio si basano invece sulla nota teoria (tratta dal caso, analizzato da Akerlof, della vendita di auto usate[32]) che vede nell'asimmetria informativa esistente tra le due parti un potenziale fattore distruttivo del mercato[33]. Qui il fine ultimo della disciplina invece di essere la protezione delle parti deboli (questione di principio), è il buon funzionamento del mercato (questione di *policy*), ma il risultato è sostanzialmente lo stesso.

Questo quadro di relativa armonia è oggi improponibile. La disciplina della trasparenza si trova in realtà a confrontarsi con possibili interventi che non sono razionalizzabili con la teoria delle asimmetrie informative, e ad affrontare situazioni in cui la prospettiva privatistica e quella regolatoria spingono verso soluzioni confliggenti.

Non sono in grado qui di dimostrare compiutamente questa tesi. Mi limiterò ad illustrare una di queste situazioni, quella relativa ai mutui in valuta, che esaminerò con riferimento alla decisione assunta al riguardo dalla Corte di giustizia[34] in relazione alla vicenda francese[35].

---

31. Per usare le parole del più recente ed agguerrito sostenitore di questa tesi, il diritto privato deve essere compreso come volto a promuovere «...individual autonomy as self-determination (rather than independence) and thus to substantive (not formal) equality», v. H. Dagan *cit.* a nt. 3, p. 645). V. anche M. Hesselink, *Reconstituting the Code of Capital: Could A Progressive European Code of Private Law Help us ReduceInequality and Regain Democratic Control?* in *European Law Open*, 2022, p. 316, che parla di una "strongly materialised conception of private autonomy".

32. G. Akerlof, *The market for "lemons": Quality uncertainty and the market mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1970, p. 488.

33. L'obbligo, posto a carico della parte informata, di rivelare le informazioni che possiede, consente all'altra parte di proporzionare la sua offerta alla qualità effettiva del prodotto, e previene l'eventualità che il mercato sia distrutto dal fatto che nessuno è disposto ad offrire prezzi maggiori per prodotti la cui vantata migliore qualità non può essere da lui accertata.

34. Corte giust., sentenze del 10 giugno 2021 causa 609/19 e cause riunite da 776/19 a 782/19 (caso *BNP Paribas Personal Finance*).

35. La vicenda francese è particolarmente interessante perché l'intervento della Corte di giustizia si innesta in un quadro caratterizzato da un orientamento della giurisprudenza francese – e in particolare della Cour de Cassation - prevalentemente orientato nel senso di riconoscere in genere

La Corte parte ribadendo anzitutto un punto già chiarito nei suoi precedenti, e cioè che il dovere di trasparenza impone che le informazioni fornite dal professionista siano adeguate non solo dal punto di vista della loro chiarezza e completezza formale, ma da un punto di vista sostanziale. Esse devono essere cioè tali da consentire alla parte debole di valutare esattamente gli effetti economici dell'operazione che sta andando a compiere.

Qui, in verità, già si afferma un principio che a mio avviso il modello delle asimmetrie informative fa fatica a giustificare. A me sembra, infatti, che nel modello di Akerlof il contraente forte deve fornire le informazioni che egli, grazie alla sua posizione, possiede in esclusiva, e che l'altra parte non potrebbe procurarsi agevolmente in nessun altro modo. Il principio di cui si è detto, così come formulato dalla Corte, sembra implicare, invece, che il professionista debba fornire, se del caso, anche informazioni che l'altra parte potrebbe procurarsi da sola. In effetti se devono essere fornite anche informazioni basilari sul funzionamento dei rapporti di cambio tra le monete, e sulle implicazioni delle loro variazioni[36], informazioni che sono in pratica alla portata di tutti, siamo ben lontani dal caso del venditore della automobile usata che ha informazioni assolutamente esclusive (private, come si usa dire) sulle qualità del prodotto che vende.

Per di più, mi sembra che la Corte stia finendo per dare sempre maggiore importanza non solo, e non tanto, alla veridicità e completezza delle informazioni fornite, ma anche al modo in cui vengono trasmesse. Sembra infatti di capire che la parte più informata non può limitarsi a fornire notizie, ma deve organizzare una presentazione completa, procedendo, se del caso, non ad una semplice rivelazione, ma ad un apposito assemblaggio di informazioni all'uopo organizzate[37].

---

la piena regolarità e validità dei mutui in valuta. In argomento v. C. Helaine, *De la bonne information sur le fonctionnement d'un prêt libellé en devise étrangère,* in *Dalloz Actualité,* 6 Octobre 2022.

36. Il consumatore deve essere posto (43) «*...in grado di comprendere il funzionamento concreto di tale clausola e di valutare così, sulla base di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche...*».

37. Il che comporta obblighi che non appaiono razionalizzabili in termini di trasparenza, posto che quest'ultima allude al fatto di eliminare un ostacolo alla visibilità di un oggetto, e non ad un obbligo di intervenire sull'oggetto in questione per migliorarne la visibilità.

La Corte allude anche ad un obbligo del mutuante di fornire al mutuatario informazioni sul contesto economico in cui si svolgerà l'operazione, nella specie l'esecuzione di un mutuo venticinque-trentennale[38]. Ora, è evidente che qui non ci si sta riferendo a informazioni che qualunque mutuante potrebbe, ove richiesto, fornire su due piedi, ma si sta imponendo al mutuante di compiere un'adeguata riflessione su quali elementi del complessivo contesto economico potrebbero essere di decisivo interesse per il mutuatario. Sembra, nella specie, che la Corte finisca anche per dare rilevante importanza alla presenza, o assenza, dell'espressa menzione della parola rischio, al fatto cioè che il concetto di rischio, oltre ad essere spiegato, sia espressamente menzionato, in modo da evocare tutto il carico di ansia che la parola porta con sé.

La rilevanza attribuita alle modalità con cui le informazioni sono fornite crea poi un altro problema. Un'informazione come quella sulla esistenza, e sulla entità di un rischio, può essere data in modi diversi senza la possibilità di qualificarne uno solo come vero, e tutti gli altri come falsi. Il rischio di cambio può essere legittimamente presentato a tinte, per così dire, un po' più rosa (se si sottolinea, ad es., che la denominazione in valuta straniera espone ai rischi derivanti dalla fluttuazione dei cambi, ma consente, in ipotesi, di usufruire di tassi occasionalmente più bassi) o a tinte un po' più fosche (se si esaltano scenari in cui i redditi del debitore restano nominalmente costanti, mentre la moneta in cui sono denominati si svaluta drasticamente in rapporto alla moneta in cui devono essere effettuati i pagamenti).

Chi ritiene giusto (come, a quanto sembra, anche la Corte ritiene) incentivare l'intermediario a praticare (se non altro per prevenire le conseguenze per lui negative dell'accertamento *a posteriori* di un errore nel tono) l'alternativa a tinte fosche, non immagina il cliente come un autonomo soggetto, relativamente disinformato, e per il resto però capace di fare scelte autonome. Lo immagina, al contrario, come un soggetto altamente influenzabile. Lo slittamento, da tempo segnalato dalla dottrina, verso la creazione, a carico della parte

38. V. nt. 53 e *ivi* espresso riferimento al contesto economico.

forte, di obblighi di tipo consulenziale[39], mi sembra stia evolvendo nel senso di una responsabilizzazione della parte forte finalizzata non solo a fornire alla parte debole le informazioni necessarie per fare le scelte che meglio soddisfano le sue preferenze, ma addirittura a presentarle tutti gli argomenti che possono indurla a modificare le preferenze stesse.

Con riferimento al caso dei mutui in valuta, lo scenario che possiamo immaginare è quello di un mutuante che, di fronte ad un mutuatario allettato dalla possibilità di ottenere il prestito ad un tasso inferiore a quello corrente per la moneta locale, è obbligato a fornirgli non solo le informazioni necessarie a rendersi conto che esiste un rischio di cambio, ma addirittura a presentare tutti gli argomenti, che in base alle conoscenze del mutuante, potrebbero indurre il mutuatario a cambiare la sua preferenza ed a scegliere un contratto di mutuo nell'immediato più costoso, ma in prospettiva meno rischioso. Abbiamo insomma un mutuatario che parte con una preferenza per un mutuo nell'immediato meno oneroso, ma in prospettiva più rischioso, e un mutuante che ha l'obbligo di immaginare e presentare tutti gli argomenti che in base alle sue valutazioni potrebbero indurre una persona ragionevole a scegliere l'opposta soluzione di un mutuo più oneroso, ma meno rischioso. Gli argomenti, in sostanza, che potrebbero indurre il mutuatario a cambiare la sua preferenza[40].

A me sembra che, dal punto di vista dell'autonomia, l'estensione degli obblighi di trasparenza dovrebbe fermarsi là dove, da una parte, la difesa dell'autonomia si trasforma in paternalismo, e dall'altra, là dove la protezione di una parte finisce per incidere negativamente sull'autonomia dell'altra.

Dal punto di vista regolatorio la prospettiva ovviamente cambia, e i sacrifici

39. A. Nigro, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza"*? in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011, p. 11.

40. Va considerato infine che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, il test per accertare se esiste lo sbilancio che rende iniqua la clausola, deve consistere nel verificare se il contraente forte, in base alle informazioni in suo possesso, poteva ragionevolmente pensare che il contraente debole, in situazione di totale trasparenza (in sostanza, sembra di capire, se avesse avuto anche lui le stesse informazioni possedute dal contraente forte) avrebbe acconsentito alla stipulazione (n. 71): «*...il professionista non poteva ragionevolmente aspettarsi, rispettando il requisito di trasparenza nei confronti del consumatore, che quest'ultimo accettasse, a seguito di una negoziazione individuale, un rischio sproporzionato...*».

imposti alla parte obbligata vanno confrontati con i vantaggi che possono essere conseguiti in termini di maggiore efficienza dei mercati. Nel caso specifico che abbiamo esaminato, a me sembra che la disciplina modellata dalla Corte di giustizia non sia sicuramente giustificabile in termini relazionali. Gli obblighi di informazione come configurati dalla Corte, lungi dal bilanciare in maniera ragionevole l'autonomia delle due parti direttamente coinvolte, si configurano come uno strumento di governo del mercato, in quanto, da una parte, tendono, come si è visto, ad indirizzare le preferenze dei consumatori e, dall'altra, tendono a creare rischi a carico dell'obbligato all'informazione tali da produrre non solo un effetto procedurale, ma un effetto sostanziale di aumento dei costi e quindi, in definitiva, una disincentivazione alla stessa offerta del prodotto in questione.

6. *Diritto privato e mercato: da equilibrio, mano invisibile e* principle...

Ritornando al tema dei rapporti tra diritto privato e mercato, la tesi che vorrei proporre è che il motore dell'evoluzione, che ho cercato di esemplificare nei paragrafi precedente, verso una sempre maggior diffusione di una logica che privilegia norme di *policy*, è da ricercare in un processo storico di cambiamento che ha investito sia il diritto privato, sia la concezione del mercato e dei suoi meccanismi di funzionamento.

Procedendo in maniera inevitabilmente sintetica, partiamo dal criterio con cui sono assegnati i diritti in una prospettiva liberale classica, di tipo kantiano. Come è ben noto, in questa prospettiva il criterio di riferimento è quello che impone di confrontare la libertà di un soggetto con quella di tutti gli altri soggetti e di limitare la libertà di qualcuno solo quando ciò sia strettamente necessario per garantire la libertà di tutti[41]. L'assegnazione delle libertà e dei

41. Come è noto il pensiero di Kant in materia di libertà e di autonomia è complesso e la sua stessa riconducibilità alla tradizione liberale è contestata (un accenno a queste questioni in F. Denozza, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2014, I, p. 13). Qui mi basta tuttavia richiamare un aspetto fondamentale del suo pensiero che non mi sembra facilmente controvertibile e che è connesso alla famosissima affermazione per cui «*... Freiheit (Unabhängigkeit von eines Anderen nöthigender Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht*» (I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Parte prima,

diritti avviene perciò sulla base di un generalizzato confronto interpersonale che valuta le reciproche pretese di libertà e cerca di assicurare la soddisfazione di tutte le pretese nella maniera più estesa e più ugualitaria possibile.

In questa prospettiva[42] venne costruito quel diritto che Max Weber chiamava "formalmente razionale"[43] e che poi fu chiamato *Begriffsjurisprudenz*,[44] o "giurisprudenza meccanica"[45] o anche "diritto classico"[46] , e che aspirava a

"Anhang, Zur Einleitung in die Rechtslehre", p. 237). Come è stato notato, questa impostazione comporta che la libertà limita i diritti che possono essere acquisiti, mentre nessun altro diritto può restringere il diritto alla libertà. In definitiva «*...all other rights have to be acquired consistently with the original right to freedom*», L. Hodgson, *Kant on the right to freedom: A defense*, in *Ethics*, 2010, p. 791. V. anche F. Rauscher, *Kant's social and political philosophy,* in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022, 3, il quale nota che secondo Kant «*...a "universal principle of right" cannot be based upon happiness but only on something truly universal, such as freedom*».

42. «... there is a direct line from *Kant* to *Savigny* to the formal rationality of the private law system (*Weber*) which serves to constitute the capitalist society [corsivi dell'a.]» così H. Micklitz, *On the intellectual history of freedom of contract and regulation*, in *Penn St. JL & Int'l Aff.*, 2015, p. 13. Sulla influenza esercitata dal pensiero kantiano sui principali esponenti del pensiero giuridico dell'epoca, cfr. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,* 2a ed., Goettingen, 1967, par. 20, I, p. 3. Con specifico riferimento a Savigny, cfr. A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa,* Bologna, 2007, p. 506; P. Caroni, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 1980, p. 96, e ivi altre citazioni. Quanto alla centralità del riferimento alla libertà, basta ricordare che il primo capitolo del *Cursus* di Puchta si apre con il paragrafo "Von der Freiheit", dove si legge, p. 4, la famosa affermazione, ricordata anche da Kelsen (H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. della prima edizione della Reine Rechtslehre, 2002, par 20, p. 40): «Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit» (G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, Breitkopf-Haertel, 1881).

43. Un diritto in grado, nelle parole di Max Weber, di realizzare una «...integration of all analytically derived legal propositions in such a way that they constitute a logically clear, internally consistent, and, at least in theory, gapless system of rules, under which, it is implied, all conceivable fact situations must be capable of being logically subsumed...». L'originale di questo brano si trova all'inizio della *Rechtssoziologie* (a p. 395 dell'edizione Tuebingen 1922: *Grundriss der Sozialoekonomie*, III Abteilung, *Wirtschaft und Gesellschaft*) dove Weber tenta di sintetizzare le caratteristiche del diritto moderno. La citazione in inglese è tratta dal prezioso volume curato da M. Rheinstein, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1954, 62.

44. Come causticamente osserva H.-P. Haferkamp, *Begriffsjurisprudenz/Jurisprudence of Concepts. Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, 2011, «Bei aller Einigkeit darüber, dass B[egriffsjurisprudenz] etwas Verwerfliches ist, besteht bis heute keine konsentierte Definition der B.». Ai presenti fini può essere sufficiente richiamare la definizione che Kelsen (nt. 42, par. 39, p. 84) elabora utilizzando come riferimento il pensiero di Puchta e che fa riferimento soprattutto alla possibilità di collegare logicamente le norme e di creare nuove norme per via di deduzione scientifica (caratteristica che comunque anche Haferkamp considera come parte del comune denominatore delle varie concezioni di *Begriffsjurisprudenz*).

45. R. Pound, *Mechanical Jurisprudence*, in *Columbia Law Review*, 1908, p. 605.

46. Che peraltro non coincide esattamente con il "classical legal thought" cui si riferisce D. Kennedy, *The rise & fall of classical legal thought*, Beard Books, 2006.

presentarsi come un sistema di proposizioni (*Rechtssätze*) in cui ogni decisione giuridica è l'applicazione di una proposizione ad una fattispecie concreta[47]. Un sistema dove «*...the criteria of decision are intrinsic to the legal system...*» e «*... rules or principles are consciously constructed by specialized modes of legal thought which rely on a highly logical systemization*»[48]. Un sistema che può mantenere "chiusura", autoreferenzialità, calcolabilità, solo a condizione di trovare il modo di mantenersi indipendente da ogni istanza di tipo politico o morale [49] e di astrarre dalla complessità della realtà regolata.

In questo sistema la massimizzazione dell'astratta libertà di agire, insieme alla centralità attribuita alla "signoria del volere"[50], erano in grado di giustificare decisioni che legittimavano l'assunzione di ogni genere di impegni[51] senza alcuna necessità di confrontarsi con la realtà degli effettivi rapporti di potere esistenti nella società.

Possiamo ora chiederci: questo modo di concepire il diritto (privato) è compatibile con il funzionamento del mercato? La risposta è: dipende da come si immagina che funzioni il mercato cui ci si riferisce.

Se si ha del mercato una visione in cui il libero agire dei soggetti conduce

47. R. Marra, *Max Weber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto*, in *Sociologia del Diritto*, 2005, p. 32.

48. D. Trubek, *Max Weber on law and the rise of capitalism* in *Wis. L. Rev.*, 1972, 720. La concezione (Savigny, Windscheid) per cui il diritto non deve servire ad alcun altro compito, neppure al bene pubblico, è sottolineata da F. Wieacker, *Diritto privato e società industriale*, trad. it. di G. Liberati, Napoli, 1983, p. 85 e considerata uno sviluppo delle tesi di Kant.

49. «This purely formal rational line of argumentation foregoes all considerations of economic, social or other policies.» M. Rheinstein, *cit.* a nt. 43, 52. Come osserva M. Reimann, *Nineteenth century German legal science*, in *BCL Rev.*, 1989, p. 891, «The function of law was the protection of one individual's freedom against another's, not the implementation of any sort of substantive morality or policy».

50. Secondo H.P. Haferkamp, *The science of private law and the state in nineteenth century Germany*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2008, pp. 667, 670, la centralità attribuita al soggetto è la prima delle sette strategie con cui la Scuola Storica mirava a mantenere il diritto privato protetto da interventi dello stato. In questa strategia la fonte del diritto privato era identificata, nelle parole di Savigny ricordate da Haferkamp, nella "...individual's full and unconditional sovereignty" e nel "power of the will" (Haferkamp ricorda, nt. 16, anche l'espressione usata da Puchta: "volle und unbedingte Herrschaft").

51. Come quelli a non iscriversi al sindacato, *Adair v. United States*, 208 *U.S.* 161 (1908), o a vendere la propria forza lavoro a qualsiasi prezzo, *Adkins v. Children's Hospital*, 261 *U.S.* 525 (1923), o per qualsiasi numero di ore, *Lochner v. New York*, 198 *U.S.* 45 (1905), ecc.

a generali equilibri, ed in cui opera una mano invisibile che automaticamente volge l'esercizio dei diritti di libertà di ciascuno verso il bene comune, a prescindere dalle stesse intenzioni soggettive dell'agente, è evidente che il criterio kantiano di assegnazione dei reciproci diritti non solo non entra in tensione con le esigenze del mercato, ma appare come direttamente strumentale al suo ottimale funzionamento. Ogni limitazione della libertà messa in atto da un soggetto, che si riveli ingiustificata dal punto di vista dei rapporti con la libertà di un altro soggetto, risulterà riprovevole sia dal punto di vista intersoggettivo, che dal punto di vista del funzionamento del mercato nel suo complesso.

Un mercato come quello concorrenziale, che si qualifica per la presenza di un numero tendenzialmente infinito di operatori, tutti perfettamente liberi di entrare e di uscire in ogni momento; un mercato in cui, per di più, si suppone che ogni corretto esercizio della libertà individuale verrà inevitabilmente incanalato verso un risultato di equilibrio e di massima utilizzazione delle risorse date, è un mercato in cui la difesa della libertà di tutti gli agenti è un imperativo centrale e, al contempo, una importante garanzia del suo (del mercato) corretto funzionamento.

La profonda coerenza tra l'opera di razionalizzazione del diritto privato intorno alla centralità della nozione di libertà (formale), e il contemporaneo eccezionale sviluppo dei mercati, appare, in questa prospettiva, del tutto evidente[52].

7. ...*a disequilibrio, massimizzazione e policy*

Come tutti sanno, gradualmente, durante il secolo scorso, e durante l'attuale, le costruzioni giuridiche (diritto formalmente razionale) ed economiche (mano invisibile ed equilibrio generale) cui abbiamo fatto riferimento nel paragrafo precedente si sono completamente sgretolate.

Sul piano del pensiero economico, possiamo notare che la visione dell'equi-

52. Come osservato già da T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico,* in *Problemi giuridici,* vol. I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 37, alla teoria economica della mano invisibile corrispondono, sul piano giuridico, le teorizzazioni del diritto naturale, mentre alle teorie economiche dell'equilibrio corrispondono, sul piano giuridico, le teorizzazioni della Pandettistica.

librio, della concorrenza e della mano invisibile è stata progressivamente sostituita da una visione che prende atto dell'inesistenza di mercati reali coerenti con il tradizionale modello concorrenziale, riconosce che su tutti i mercati sono presenti posizioni di potere che limitano la libertà economica altrui, ed afferma però che l'eliminazione di queste posizioni non è possibile, e non è neppure opportuna, perché l' efficienza e lo sviluppo non dipendono dal libero operare della mano invisibile, ma dipendono proprio dalla presenza di posizioni di potere, e dalla lotta che le imprese ingaggiano tra loro per conservarle e ingrandirle [53].

Quanto al piano giuridico, possiamo registrare una serie di processi evolutivi che, in omaggio alle già evocate categorie weberiane, potremmo rubricare sotto la voce "materializzazione"[54], intesa come progressiva penetrazione nel diritto privato di istanze di razionalità materiale, sostenute, tra l'atro, dalla oramai conclamata impossibilità di ragionare in termini puramente astratti, ignorando i condizionamenti provenienti dalla realtà economico sociale di riferimento. Questi processi hanno comportato, da una parte, una reinterpretazione dei valori tradizionalmente riconosciuti come presenti in un sistema

53. Basterà qui ricordare la sintesi di questa posizione operata da Schumpeter, che merita una riproduzione letterale: «*Thus it is not sufficient to argue that because perfect competition is impossible under modern industrial conditions - or because it always has been impossible - the large-scale establishment or unit of control must be accepted as a necessary evil inseparable from the economic progress which it is prevented from sabotaging by the forces inherent in its productive apparatus. What we have got to accept is that it has come to be the most powerful engine of that progress and in particular of the long-run expansion of total output not only in spite of, but to a considerable extent through, this strategy which looks so restrictive when viewed in the individual case and from the individual point of time. In this respect, perfect competition is not only impossible but inferior, and has no title to being set up as a model of ideal efficiency. It is hence a mistake to base the theory of government regulation of industry on the principle that big business should be made to work as the respective industry would work in perfect competition*» (il brano si trova alla fine del cap. VIII, intitolato "Monopolistic Practices", di J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Routledge, London and New York, 2003 [1942], p. 106). Ho descritto e analizzato, in maniera più articolata, questo mutamento di prospettiva, in F. Denozza, *Prima della tempesta. Equilibrio, mercato e potere privato in uno degli ultimi saggi di Tullio Ascarelli*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2022, p. 43. Con particolare riferimento soprattutto al pensiero economico in materia di *antritrust*, v. anche F. Denozza, *cit.* a nt. 20.

54. V., tra i più importanti, J. Habermas, *Paradigms of law* in *Cardozo L. Rev.*, 1995, p. 771; C.-W. Canaris, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts-Tendenzen zu seiner, Materialisierung,* in *Archiv für die civilistische Praxis*,2000, 273; U. Preuss, *Rationality Potentials of Law-Allocative, Distributive, and Communicative Rationality,* in *German Law Journal*, 2011, pp. 488, p. 493; M. Auer, *Two Centuries of Private Law Theory on Formal and Material Equality*, in *From Formal to Material Equality*, Intersentia, 2023, p. 63 e nello stesso volume S. Grundmann, *From Formal to Material Equality: Key Insights from History and in a Multidisciplinary Perspective.*

di interazioni per il tramite di scambi volontari (libertà di scelta, uguali poteri delle due parti, ecc.) in un senso materiale, sensibile alla concreta realtà in cui gli scambi si svolgono, e, in un'altra prospettiva, che è quella dominante nell'analisi economica del diritto, hanno comportato una reinterpretazione della stessa funzione del diritto (privato e pubblico) concepito come un insieme di regole che fissano i prezzi delle condotte dei vari soggetti e in tal modo ne incentivano le scelte in una o in altra direzione.

Il punto centrale è però che queste parallele evoluzioni costringono giuristi ed economisti a fare i conti con un, molto problematico, riconoscimento: la limitazione della libertà altrui ad opera di poteri privati esiste e pensare di eliminarla è impossibile.

Da questo riconoscimento derivano molte rilevanti conseguenze.

La prima è che l'obiettivo di assicurare la massima libertà economica di tutti non può più essere assunto come stella polare di tutte le discipline che assegnano libertà e diritti. La massima diffusione del più alto livello di libertà individuale non assicura più l'automatica realizzazione del maggior bene comune. Come si è poco fa ricordato, l'esistenza di posizioni di potere è considerata espressione e strumento di efficienza[55].

Questa constatazione credo debba costringerci a rivedere anche un'idea, molto diffusa tra noi giuristi, a ritenere che la presenza di sbilanciati rapporti di forza interpersonali comprometta al contempo sia la realizzazione di ideali di autonomia, sia la concorrenzialità dei mercati[56]. Temo che questa idea possa

55. Nell'ambito del diritto *antitrust* il punto è diventato praticamente un luogo comune. Possiamo partire dal notoriamente influentissimo lavoro di Bork, *op. cit.*, per arrivare a Justice Scalia, che in *Verizon Communs, Inc. v. Trinko, LLP*, 540 U.S. (2004) pp. 398, 407, ebbe ad affermare che il monopolio «...is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system». Secondo molti l'avvento di quella che non molto tempo fa veniva chiamata *new economy* ha contribuito a rinforzare il fenomeno, R. Posner, *Antitrust in the New Economy*, in *Antitrust LJ*, 2001, p. 925; J. Farrell - M. Katz, *Competition or Predation? Schumpeterian Rivalry in Network Markets*, UC Berkeley Competition Policy Center, Working Paper No. CPC01-23, August 2001, 3; N. Petit - D. Teece, *Big Tech, Big Data, and Competition Policy: Favoring Dynamic Over Static Competition*, 2021, 8. In una prospettiva storica più generale, v. R. Mckenzie - D. Lee, *In defense of monopoly: How market power fosters creative production*, University of Michigan Press, 2008.

56. L'idea in questione è esposta con particolare chiarezza da Attanasio, *cit.* a nt. 1, 63, 86 e *passim*. Si tratta comunque di un pregiudizio molto diffuso (di "rapporto simbiotico" tra regole del contratto e regole della concorrenza parla ad es. F. Scaglione, *Il mercato e le regole della correttezza*, Cedam,

essere frutto di una tralaticia retorica, risalente ai tempi in cui i mercati efficienti erano identificati con quelli di concorrenza perfetta (o quasi). Una retorica, quindi, non più proponibile di fronte ad una concezione della concorrenza in cui l'esistenza di poteri privati è vista come un fattore di efficienza[57]. In questa concezione della concorrenza, che è quella oggi dominante, tra la difesa dell'autonomia dei soggetti, e la difesa della concorrenzialità dei mercati, non sussiste più alcuna automatica omologia[58].

Per di più, questa evoluzione nella concezione del funzionamento dei mercati non va nella direzione di sostituire una stella polare (la naturale esplicazione della massima libertà) con un'altra (come pensavano i neoliberali tedeschi quando invocavano l'"*ordo*"[59]). Non esiste in realtà nessun ordine di riferimento, perché nessun modello è in grado di indicare con precisione quali livelli di libertà devono essere comunque protetti e quanto potere (e relativo promesso benessere) deve essere accettato anche a scapito delle esigenze di mantenimento di un certo livello di libertà.

Quando si riconosce l'esistenza di ineliminabili posizioni di potere, e si accetta perciò che la concorrenza avvenga tra soggetti che non si muovono su un campo da gioco che è stato completamente ed effettivamente (non solo for-

---

Padova, 2010, p. 9) un pregiudizio che in parte io stesso ho condiviso in passato, e che dovrebbe essere invece sottoposto ad adeguata revisione.

57. Adattando al nostro contesto una concettualizzazione di Libertini (M. Libertini, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001,* in *Moneta e credito*, 2015, p. 365) potremmo dire che chi ragiona nel modo criticato nel testo, non si rende conto che le condizioni per la realizzazione della concorrenza come libero scambio, che è quella rilevante quando si ha riguardo alla libertà contrattuale e all'autonomia, non sono più considerate coincidenti con quelle necessarie per indirizzare positivamente la concorrenza come rivalità e competizione.

58. Il potenziale conflitto tra tutela della libertà e tutela della concorrenza, intesa come massimizzazione del *consumer welfare*, è stato notato da diversi autori. V. ad es., L. Lovdahl - Gormsen, *The Conflict Between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernization of Article 82 EC,* in *European Competition Journal*, 2007, p. 329; F. Maier-Rigaud, *On the Normative Foundations of Competition Law: Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete*, in *The Goals of Competition Law, (ASCOLA* Competition Law Series*),* Edward Elgar, 2012, p. 132; C. Ahlborn - C. Grave, *Walter Eucken and Ordoliberalism: an introduction from a consumer welfare perspective*, in *Competition Policy International*, 2006, p. 197 («...a policy which protects economic freedom risks treating efficiency as an offense.»).

59. V., al riguardo, F. Denozza, *Spettri del mitico "ordo": diritto e mercato nel neoliberalismo,* in *Moneta e Credito*, 2019, p. 327.

malmente) livellato, le possibili configurazioni che il mercato può assumere diventano numerosissime e nessuna di esse è più "vera" delle altre. [60]

Ulteriori complicazioni nascono infine dal fatto che nessun modello è in grado di stabilire un rapporto univoco e lineare tra l'entità dei poteri economici privati tollerati e l'entità dei benefici, in termini di efficienza e di sviluppo, che è possibile ottenere. Le conoscenze al riguardo restano molto approssimative. È diffusa (come si è più volte ripetuto) la convinzione che un certo grado di tolleranza nei confronti delle posizioni di potere sia indispensabile per sostenere e incentivare aumenti di efficienza ed impulsi allo sviluppo. Sembra però anche abbastanza certo che una eccessiva tolleranza conduca alla formazione di posizioni di potere così rilevanti da diventare un fattore di inefficienza e un ostacolo allo sviluppo. Quale possa essere il punto di equilibrio, nessuno è in grado di stabilire. [61]

Si può infine osservare che, in un certo senso, la stessa operazione contrattuale cambia natura. Lo scambio non è più considerato come l'occasione di incontro tra due *partner*, ma come uno strumento di massimizzazione (del benessere delle parti coinvolte e - in assenza di esternalità - del benessere complessivo).[62]

In conclusione, l' immagine che si è progressivamente affermata è quella di un mercato che non può più avere come obiettivo la massimizzazione della libertà di tutti, e che deve invece variamente tollerare l' esistenza di posizione di potere economico privato, per di più in assenza di modelli in grado di indicare i livelli ottimali di coordinamento tra tolleranza del potere e istanze di libertà individuale, o i limiti in cui la tolleranza del potere conserva la sua funzione di in-

60. Come nota giustamente N. Irti, *Introduzione. Diritto e Mercato*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1999, XV ("Vi sono *le* economie di mercato..." e "nessuna di esse è più <<vera>> dell'altra.").

61. V. *supra*, nt. 19 e, più diffusamente, Denozza, a nt. 20.

62. Uno spunto in questo senso (che ho tentato di elaborare in F. Denozza, *Lo stile giuridico neoliberale* e *Conclusioni: lo stile giuridico neoliberale e il suo superamento*, in Sacchi, Toffoletto, *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza,* Giuffrè, Milano, 2019, 1, p. 411) in M. Foucault, *The birth of biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978–1979*, New York, NY: Springer, 2008, p. 226. V. anche L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010, pp. 82 ss. A. Nervi, *Diritto dei contratti e disciplina dell'economia*, in *Rivista del diritto commerciale* 2023, pp. 319, 341, osserva: «...Il contratto di cui parliamo oggi, ossia il contratto "del mercato", poco ha a che vedere con l'accordo delle parti...» e «...ci appare sempre di più come un'operazione economica che si svolge, e deve svolgersi, in conformità ad una logica superiore...».

centivo all'efficienza e non si trasforma essa stessa in un fattore di inefficienza.

Ciò spiega la pluralità, e l'apparente non-sistematicità, degli interventi variamente rivolti a dosare i poteri che una parte contrattuale può esercitare nei confronti dell'altra. Il fatto è, lo ribadisco ancora, che il potere privato mentre non può essere (più) ignorato, non può essere d' altro canto eliminato, ma neppure può essere illimitatamente tollerato. La situazione che ne deriva è, a dir poco, confusa.

Sembrano allora abbastanza evidenti le ragioni che rendono altamente problematico il ricorso a discipline basate sul riconoscimento di principi e di diritti. Questo ricorso implica, sul lato dell'*input*, radicali prese di posizione in termini di giustizia, e, sul lato dell'*output,* una notevole rigidità della disciplina[63]. L'impostazione in termini di *policy* diventa perciò spesso inevitabile, perché è l'unica che consente di gestire le molteplici incertezze e le diverse tendenze che sono qui contraddittoriamente all'opera.

8. Conclusioni: principle, policy *e differenti ideali di società*

La schematizzazione basata sulla contrapposizione tra *principle* e *policy*, e la ricostruzione di una possibile storia dei rapporti tra diritto privato relazionale e diritto privato regolatorio, aprono la strada a più approfondite analisi della situazione attuale che qui non è ovviamente possibile fare.

Mi limito a due osservazioni. La prima riguarda il tema dei diritti. Io credo che dovrebbe essere adottata una prospettiva in cui l'attribuzione dei diritti viene sganciata, formalmente e definitivamente, da considerazioni relazionali. L'angusto schema kantiano, che suggerisce l'imparziale massimizzazione dell'uguale libertà di tutti, non riesce più a mio avviso a contenere e governare situazioni in cui alcuni soggetti privati godono ormai di poteri di fatto che sono assolutamente incommensurabili con quelli spettanti ad altri soggetti. Una

63. Come è ovvio, e come talora espressamente rilevato (v., ad es., W. Kerber, *Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law*, in *Economic theory and competition law*, Edward Elgar Publishing, 2009), un riconosciuto diritto di libertà oppone una certa resistenza a lasciarsi flessibilizzare da bilanciamenti con ragioni di efficienza.

effettiva applicazione dello schema richiederebbe sconvolgimenti della realtà economica oggi impensabili e la sua ostinata utilizzazione finisce per sfociare in finzioni consolatorie come quella, per tanto tempo dominante, che presenta l'introduzione di obblighi di informazione come rimedio a sperequazioni di potere che affondano le loro radici in un terreno ben più insidioso e profondo.

Invece di rassegnarsi all'inevitabile deriva che parte da una disciplina in qualche modo riconducibile ad un discorso di diritti e di autonomia, mentre approda poi gradualmente ad esiti sostanzialmente regolatori, credo sarebbe più opportuno ripensare i criteri di assegnazione dei diritti riconoscendo apertamente che esistono situazioni in cui certi soggetti meritano di vedersi attribuire diritti non al fine di ripristinare impossibili parità relazionali, ma perché la società ritiene di prendersi cura della situazione in cui si trovano e di dover intervenire per orientarla in modo confacente ai suoi (della società) obiettivi generali.

Non si tratta solo di porre su un piede di (più o meno formale) parità coloro che interagiscono scambiandosi promesse, o di realizzare una paritaria distribuzione dei rischi. La società ben può decidere di intervenire non (solo) sulle relazioni (per pareggiare, o per distribuire, o per altro) ma sulla struttura complessiva. Quindi non solo distribuendo i rischi esistenti, come se fossero un fatto naturale, ma impedendo, con un'adeguata attribuzione di diritti, che certi rischi possano essere creati.

La seconda osservazione riguarda invece le regole giustificate da ragioni di *policy*. Nella visione neo-kantiana del diritto privato, le caratteristiche fondamentali della società (che, in questa visione, sono definite dall'ideale della massimizzazione delle reciproche libertà) si riflettono nel modo in cui sono ripartiti i diritti nelle relazioni intersoggettive. Le regole ispirate da ragioni di *policy* (che in questa visione sono comunque fuori dai confini del diritto privato) sembrano giocare, su questo piano (definizione delle caratteristiche fondamentali della società), un ruolo del tutto secondario.

Io credo che questa divisione di competenze non sia opportuna e che debba essere assolutamente superata. Tutto sommato *principle* e *policy* sono semplici strumenti con cui certe discipline vengono concettualizzate e orientate. La scelta tra il ricorrere all'una impostazione, oppure all' altra, è la scelta, per così dire, "seconda". La scelta "prima" è la scelta in ordine al tipo di società in cui

si desidera vivere e che si vuole promuovere e realizzare.

La contrapposizione più importante non è tra principi (l'autonomia, la giustizia commutativa) e politiche (efficientiste o redistributive che siano), ma tra le diverse concezioni che si possono avere di principi come l'autonomia e di obiettivi come l'efficienza. Tornando al più semplice tra tutti gli esempi che abbiamo fatto, quello della PSD2, è evidente che la posta che lì è in gioco (al di là delle stesse finalità perseguite dal legislatore) è la scelta tra una società in cui i più sfortunati, e i più fragili, vengono protetti anche a costo di scaricare alcuni costi sui meno fragili, oppure una società totalmente basata sull'auto-responsabilità. Una società in cui si conta solo per il contributo che si riesce a dare in termini di comportamenti efficienti, o una società in cui rileva la qualità dei bisogni dei vari soggetti, ecc.

Dopo avere fatto queste, e simili, scelte, si potrà decidere quali sono le nozioni di autonomia, di efficienza, di giustizia, ecc. che sembrano con gli esiti di tali scelte più coerenti, e si potrà stabilire se, e dove, perseguirne la realizzazione creando principi, e dove ricorrere invece ad interventi di *policy*.

Autori

- **Giorgio Afferni** - *Professore associato di diritto privato presso l'Università degli studi di Genova*
- **Guido Alpa** - *Professore emerito di diritto civile presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza" e professore straordinario t.d. di diritto privato presso l'Università degli studi G. Marconi*
- **Anna Argentati** - *Responsabile della Direzione studi giuridici dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e professoressa straordinaria t.d. di diritto dell'economia presso l'Università degli studi G. Marconi*
- **Maria Annunziata Astone** - *Professoressa ordinaria di diritto privato presso l'Università degli studi di Messina*
- **Enrico Camilleri** - *Professore ordinario di diritto privato presso l'Università degli studi di Palermo*
- **Giovanni De Cristofaro** - *Professore ordinario di diritto privato presso l'Università degli studi di Ferrara*
- **Francesco Denozza** - *Professore emerito di diritto commerciale presso l'Università degli studi di Milano "La Statale"*
- **Alberto M. Gambino** - *Prorettore presso l'Università Europea di Roma e professore ordinario di diritto privato*
- **Anna Genovese** - *Professoressa ordinaria di diritto commerciale presso l'Università degli studi di Verona*
- **Mario Libertini** - *Professore emerito di diritto commerciale presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza"*
- **Marisaria Maugeri** - *Professoressa ordinaria di diritto civile presso l'Università degli studi di Catania*
- **Andrea Montanari** - *Professore associato di diritto privato presso l'Università delle Camere di Commercio "Universitas Mercatorum"*
- **Marcella Negri** - *Professoressa associata confermata di diritto processuale civile presso l'Università degli studi di Padova*
- **Giulia Puleio** - *Ricercatrice di diritto privato presso l'Università degli studi di Pisa*
- **Roberto Rustichelli** - *Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*
- **Claudio Scognamiglio** - *Presidente dell'Associazione Civilisti Italiani e professore ordinario di diritto civile presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata"*
- **Serena Stella** - *Vice Segretario generale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*

Progetto grafico
www.humancreative.it

Stampa e allestimento
Fotolito Moggio srl

AGCM
AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA
E DEL MERCATO