

L'efficacia delle decisioni dell'AGCM nei giudizi *follow on*

Vincenzo Tommaso Ciorra*

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La decisione dell'AGCM nei giudizi civili follow on ante direttiva 104/2014/UE ovvero la graduale "erosione" dei diritti di difesa dell'impresa convenuta - 3. La trasposizione della direttiva nell'ordinamento italiano: innovazioni e problemi di compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento - 4. Osservazioni conclusive con riferimento al perdurante problema del rispetto dei diritti di difesa.

1. Introduzione.

Come affermato dal considerando n. 14 della direttiva 104/2014/UE (1) “Le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell’Unione o nazionale richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica”. Tali azioni (di c.d. *private enforcement*) sono strutturalmente connotate, infatti, oltre che da un’asimmetria conoscitiva tra l’impresa danneggiante ed il soggetto danneggiato, dall’estrema tecnicità del presupposto di fatto, l’illecito anticoncorrenziale, che si riverbera nella difficoltà per il soggetto che si ritiene leso da una violazione delle regole della concorrenza di assolvere non solo all’onere della prova, ma financo a quello di allegazione degli elementi tipici dell’illecito civile (elemento soggettivo (2), fatto illecito, danno, nesso di causalità) (3).

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l’Avvocatura generale dello Stato.

(1) *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*, su www.juscivile.it/normativaeuropea/.

(2) Per superare l’oggettiva difficoltà della prova dell’elemento soggettivo, maggior parte della dottrina (*ex multis*, CAIAZZO, *L’azione risarcitoria, l’onere della prova gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene Editore, 2013 p. 324), ascrivendo la fattispecie nell’alveo dell’art. 2043 c.c., ritiene possibile applicare in via analogica la previsione di cui all’art. 2600 c.c., secondo il quale “accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume”. Tale ragionamento appare, tuttavia, contraddittorio. Bisogna rilevare come l’applicazione analogica di una norma giuridica presupponga una lacuna dell’ordinamento, che nulla prevede per una determinata fattispecie. Di contro, qualora si ascrivesse l’ipotesi di danno cagionato da condotte anticoncorrenziali all’art. 2043 c.c., non vi sarebbe alcuna lacuna, perché l’art. 2043 c.c. prevede che l’elemento soggettivo debba essere imputabile (almeno) a titolo di colpa. Per tali motivi sembra molto opportuno il rilievo di ALPA (*Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le corti nazionali e la corte di giustizia dell’unione europea*, in *Contratto e Impr.*, 2016, 6, p. 1227), secondo cui il risarcimento del danno a fronte di violazioni delle norme antitrust sarebbe in realtà da intendersi come ipotesi tipica di responsabilità oggettiva, atteso che la colpa “consiste nella (semplice) violazione di norme che prescrivono un determinato comportamento”. Bisogna comunque rilevare che la giurisprudenza è consolidata nell’ascrivere la responsabilità dell’impresa per danni cagionati dal mancato rispetto della normativa antitrust all’art. 2043 c.c. (cfr., Cass. del 4 febbraio 2005, n. 2007, su www.pa.leggiditalia.it). Da non condividere, invece, quella dottrina (CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Giuffrè, 2012, pp.

Preso atto di tale realtà, gli sforzi del legislatore euro-unitario nell'elaborazione della direttiva 104/2014/UE, trasposta nell'ordinamento nazionale con il d.lgs n. 3 del 2017 (4), si sono precipuamente concentrati nel predisporre una serie di misure, in larga parte di tipo processuale, volte a "bilanciare" la disparità tra le parti del giudizio di *private enforcement* nei confronti dei fatti di causa e a rendere il diritto al risarcimento del danno cagionato da violazione delle norme antitrust, come aveva già sancito la giurisprudenza comunitaria (5), "effettivo" (6).

172-173) che con riferimento all'elemento soggettivo ritiene di applicare l'art. 2600 c.c. solo in via diretta quando il medesimo fatto integri, allo stesso tempo, sia una violazione delle norme antitrust che di quelle della concorrenza sleale, applicandosi l'art. 2043 c.c. qualora il fatto integri la violazione delle sole norme antitrust.

(3) Che legislatore euro-unitario avesse piena considerazione delle difficoltà in cui incorre l'attore nei giudizi di risarcimento del danno causato da condotte anticoncorrenziali lo si può agevolmente comprendere dal sopraccitato considerando 14 della Direttiva, che qui si riporta per intero, secondo il quale "Le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica. Gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore. In tali circostanze, rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati possono impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento garantito dal TFUE". Inoltre, non si dimentichi come la relazione che ha accompagnato la proposta di direttiva in oggetto abbia avuto cura di sottolineare che tra gli ostacoli che si oppongono alla creazione di un sistema di risarcimento del danno vi fosse "l'ottenimento delle prove per dimostrare un caso" e "la mancanza di un chiaro valore probatorio delle decisioni delle ANC" (*Proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli stati membri e dell'unione europea, COM(2013) 404 finale, su eur-lex.europa.eu*). Sulle difficoltà che incontra un processo civile in materia antitrust, DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA*, fasc. 1, 2015, p. 100.

(4) Peraltro la giurisprudenza nazionale ha dimostrato di tenere in considerazione i principi della direttiva ben prima della trasposizione nell'ordinamento interno. La sentenza della Corte di Cassazione n. 11564 del 2015 (disponibile su *DeJure*), interpretando le disposizioni del processo civile alla luce della direttiva 104/2014/UE, ha affermato che "In tema di risarcimento del danno derivante da paventate violazioni agli artt. 2 e seguenti della legge 10 ottobre 1990, n. 287, il giudice non può decidere la causa applicando meccanicamente il principio dell'onere della prova, ma è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in giudizio, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, sicché, fermo restando l'onere dell'attore di indicare in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale, il giudice è tenuto a valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata". Critico nei confronti delle argomentazioni della Suprema Corte PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*, in *Il Foro Italiano*, 2015, I, p. 2752.

Si badi, sebbene le norme introdotte dalla direttiva “tutel(i)no i diritti soggettivi garantiti dal diritto dell’Unione nelle controversie tra privati” (7), non è stato questo l’unico intento del legislatore. Come già poteva desumersi dal *landmark case* in materia, la sentenza *Courage c. Crehan* (8), e come fa notare attenta dottrina (9) analizzando le disposizioni della direttiva (10), il convincimento di politica legislativa sotteso al considerato intervento è che il rispetto degli articoli 101 e 102 TFUE, ovvero il mantenimento di un livello di *workable competition* tra le imprese operanti nel mercato unico, passi non solo attraverso i procedimenti iniziati dalla Commissione Europea o dalle Autorità Nazionali (c.d. *public enforcement*), ma anche attraverso l’efficacia deterrente (11) dell’iniziativa dei privati che incardinano dinanzi alle giurisdizioni nazionali domande di risarcimento del danno subito da una condotta anticoncorrenziale.

Tra le varie misure introdotte dal legislatore euro-unitario in materia riveste peculiare importanza quella prevista dall’art. 9 della sopracitata direttiva, ai sensi del quale la decisione “definitiva” emanata da un’autorità nazionale della concorrenza o confermata dal “giudice del ricorso” che abbia accertato la violazione degli articoli 101 e 102 TFUE vincola il giudice nazionale nel successivo giudizio di risarcimento dei danni (c.d. azioni *follow on*, che si distinguono da quelle *stand alone*, intentate dall’attore senza che la violazione sia stata già accertata da un provvedimento dell’autorità garante).

Anzitutto, bisogna precisare che la decisione vincola solamente il giudice della stessa nazionalità dell’autorità che ha emanato il provvedimento. Di contro, qualora si faccia questione dell’efficacia di un provvedimento emanato da un’autorità di uno stato membro diverso da quello dinanzi alle cui giurisdizioni

(5) Corte Giust. UE, C-295/04 e C-298/04, *Vincenzo Manfredi e altri c. Lloyd Adriatico Assicurazioni e Altri*, su curia.europa.eu, dispositivo 2.

(6) Proprio al concetto di effettività della tutela fa riferimento il Considerando n. 4 della Direttiva 104/2014/UE, secondo il quale “Il diritto al risarcimento previsto dal diritto dell’Unione per i danni derivanti dalle violazioni del diritto della concorrenza dell’Unione e nazionale richiede che ciascuno Stato membro disponga di norme procedurali che garantiscano l’effettivo esercizio di tale diritto”.

(7) Considerando n. 3, Direttiva 104/2014/UE.

(8) Corte Giust. Ue, C-453/99, *Courage Ltd. c. Bernard Crehan*, su eur-lex.europa.eu. Tale arresto, riconoscendo per la prima volta l’esistenza di un diritto al risarcimento del danno in capo ai soggetti lesi dalle violazioni di norme antitrust, ha precisato come “Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest’ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un’effettiva concorrenza nella Comunità”.

(9) Per tutti, CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell’AGCM*, in *Dir. Industriale*, 2016, 4, p. 314.

(10) Segnatamente il Considerando n. 6 secondo il quale “I due canali (*private e public enforcement* n.d.r.) devono agire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole della concorrenza”.

(11) Deterrente ma non punitiva, come ci tiene a precisare l’art. 3 secondo il quale “Il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura”.

è stata incardinata la domanda di risarcimento del danno, gli stati membri provvedono a che la decisione abbia “almeno” l’efficacia di prova “*prima facie*”.

Si deve subito rilevare come il legislatore nazionale (12), trasponendo la direttiva nel nostro ordinamento, abbia esteso la predetta disposizione anche alle decisioni che concernono le violazioni di cui agli artt. 2, 3 e 4 della legge 287/90 quando autonomamente applicati, a fronte di una direttiva che si era limitata a prevedere il vincolo solamente per le violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE (quand’anche applicati parallelamente alle norme antitrust nazionali). Insomma, il legislatore nazionale ha esteso il vincolo anche alle decisioni dell’AGCM che accertino la violazione di sole norme nazionali.

L’art. 9 della Direttiva ha dotato le decisioni delle autorità antitrust nazionali della stessa efficacia di cui già godevano le decisioni della Commissione ai sensi dell’art. 16 del regolamento 1/2003, seppur con alcune differenze. Anzitutto, l’efficacia vincolante riguarda solamente i provvedimenti nazionali che hanno accertato una violazione del “diritto della concorrenza”; diversamente le decisioni della Commissione vincolano il giudice nazionale qualunque sia, in linea di massima (13), la loro natura. Inoltre, le decisioni delle autorità nazionali vincolanti sarebbero solamente quelle “definitive”, mentre le decisioni della Commissione vincolano anche se non definitive (14).

Sebbene l’articolo 16 del regolamento 1/2003 abbia posto non pochi problemi di coordinamento con l’ordinamento nazionale, le problematiche che schiude l’art. 9 della direttiva, oggi trasposto nell’art. 7 del d.lgs n. 3 del 2017, sono sensibilmente differenti.

Pur non potendo dare conto delle ipotesi ricostruttive (15) elaborate dalla

(12) Come auspicava gran parte della dottrina. *Ex multis*, VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell’attuazione*, in *Corriere Giur.*, 2015, 3, p. 301; BRUZZONE e SAJA, *Verso il recepimento della direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 257.

(13) Per una completa analisi dell’art. 16 del regolamento 1/2003 e della portata del vincolo da questo stabilito in relazione ai vari esiti del procedimento iniziato dalla Commissione Europea si rimanda a L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., e più precisamente al cap. 4 (*I rapporti tra public e private enforcement dei divieti antitrust*), parte II, dell’opera.

(14) Anche se solo “contemplate” durante il procedimento. A tal fine il giudice nazionale può decidere, sempre ai sensi dell’art. 16, anche di sospendere il giudizio di risarcimento del danno in attesa della decisione della Commissione.

(15) Numerose voci in dottrina (NEGRI, *Procedimenti paralleli in materia antitrust: (ir)ragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della commissione CE*, in *Int'l Lis*, 2009, 3-4, p. 133; RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell’autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust in Società*, 2014, 7, p. 784; TROTTA, *Il rapporto*, cit., pp. 363-364) non hanno mancato di rilevare come l’art. 16 del regolamento 1/2003, rendendo vincolante per il giudice civile l’accertamento in punto di fatto e di diritto compiuto dalla Commissione, autorità amministrativa, porrebbe problemi di coordinamento con i principi fondamentali del nostro ordinamento sanciti dagli artt. 24, 101 e 102 della Costituzione, tanto da chiamare in causa la nota teoria dei “controllimiti” (valuta invece positivamente l’art. 16 del reg. 1/2003 LIBERTINI, *Diritto della Concorrenza dell’Unione Europea*, Giuffrè, 2014, pp. 459-461). Vi è anche chi (VASQUES, *Private enforcement della*

dottrina nazionale con riferimento al vincolo disposto dall'art. 16 del regolamento 1/2003, che esulerebbero dall'oggetto della presente analisi, ci si può qui limitare a constatare come la violazione da parte del giudice nazionale della decisione della Commissione possa contrastare, come rilevato dalla Sentenza *Masterfoods* (16), col principio di leale collaborazione sancito dall'odierno art. 4 del TUE, atteso che l'efficacia vincolante delle decisioni della Commissione si giustifica col fine di garantire un'uniforme applicazione del diritto europeo della concorrenza. Tutte considerazioni che, a ben vedere, mal si attaglierebbero ai provvedimenti delle Autorità Nazionali.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, l'art. 9 della direttiva 104/2014/UE interviene su una giurisprudenza della Corte di Cassazione che, dopo iniziali tentennamenti, si era assestata nel riconoscere efficacia di "prova privilegiata" della violazione delle norme antitrust al provvedimento dell'AGCM, sul quale, inoltre, veniva fondata anche la presunzione della sussistenza del danno e del nesso di causalità. Un'efficacia probatoria dunque, suscettibile di una prova contraria che (seppur a maglie molto strette) veniva comunque riconosciuta all'impresa convenuta.

Obiettivo del presente lavoro è quello di analizzare la graduale evoluzione della giurisprudenza nazionale *ante* direttiva in materia al fine di provare a comprendere quale sarà il reale effetto innovatore del recente intervento operato dal legislatore europeo. Allo stesso tempo, cercheremo di identificare appigli normativi, se ve ne sono, in grado di coniugare il rispetto della normativa comunitaria ed i principi (anche costituzionali) che regolano il nostrano processo civile, i diritti dei soggetti danneggiati da una condotta anticoncorrenziale e i diritti di difesa dell'impresa convenuta.

2. La decisione dell'AGCM nei giudizi civili follow on ante direttiva 104/2014/UE ovvero la graduale "erosione" dei diritti di difesa dell'impresa convenuta.

Prima dell'avvento della direttiva e della espressa previsione di vincolatività della decisione emanata dalle Autorità nazionali nel giudizio civile di ri-

disciplina antitrust in italia: si può fare?, in *Danno e Resp.*, 2012, 8-9, p. 824), con l'intento di trovare una forma di compatibilità tra la norma in questione ed i sopracitati principi fondamentali, non ha ritenuto possibile attribuire efficacia vincolante alle decisioni della Commissione, che possono avere, al più, il valore di "prova particolarmente pregnante". Secondo tale ordine di idee, i fatti accertati da una decisione della Commissione sarebbero suscettibili di essere sconfessati da prova contraria. Tale interpretazione dell'art. 16 del regolamento 1/2003 non convince appieno in quanto eccessivamente "creativa" e lontana dal tenore letterale della norma, che fa indubbio riferimento ad un vincolo che viene stabilito dalle decisioni della Commissione.

(16) Corte Giust. UE, causa C-344/98, *Masterfoods ltd c. HB Ice cream ltd*, su *eur-lex.europa.eu*, punto 49 "Inoltre, dalla giurisprudenza della Corte emerge che l'obbligo, imposto agli Stati membri dall'art. 5 del Trattato, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto euro-unitario e di astenersi dall'adottare i provvedimenti che possono mettere in pericolo la realizzazione degli scopi del Trattato vale per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali".

sarcimento del danno, la Corte di Cassazione, partendo dal considerare la decisione dell'AGCM quale "*prova privilegiata*", era arrivata nelle pronunce più recenti ad estendere notevolmente (forse eccessivamente) l'efficacia probatoria della decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, riducendo, da un lato, gli oneri di parte attrice ad una minimale allegazione e, dall'altro, rendendo soverchiamente difficile (se non praticamente impossibile) la difesa dell'impresa convenuta nei giudizi *follow on*.

Anzitutto, il procedimento iniziato dall'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato (così come la sua eventuale appendice giurisdizionale) ed il giudizio civile di risarcimento dal danno sono stati tradizionalmente ritenuti nel nostro ordinamento indipendenti l'uno dall'altro (17). Come rilevato anche dalla giurisprudenza (18), infatti, i due procedimenti hanno funzionalità differenti, seppur affini: l'AGCM cura l'interesse pubblico dato dal corretto funzionamento del mercato, mentre la cognizione del giudice civile ha ad oggetto il diritto al risarcimento del danno cagionato dalla lesione di un "*interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del [...] carattere competitivo del mercato, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere*" (19).

Insomma, il procedimento amministrativo ed il giudizio civile di risarcimento del danno hanno formalmente corso (almeno fino all'entra in vigore della direttiva) su due binari paralleli. Non a caso veniva esclusa ogni forma di sospensione del processo civile in pendenza sia del procedimento amministrativo (20) che delle sue eventuali appendici giurisdizionali (21), a differenza

(17) Sul punto FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'unione europea*, EDI, 2015, pp. 213-215; RORDORF, *Il ruolo del giudice*, cit.; TROTTA, *Il rapporto*, cit., p. 363.

(18) Cass., SS.UU., del 4 febbraio 2005, n. 2207, su www.pa.leggiditalia.it. Tale arresto delle Sezioni Unite è di cruciale importanza perché i giudici di legittimità, cassando la sentenza di merito, hanno ritenuto legittimati attivi *ex art. 33 legge n. 287/1990* non solo gli imprenditori danneggiati, ma anche i consumatori, atteso che "la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato". Par tali motivi, la Corte rileva come, mentre il giudizio innanzi al giudice civile sia volto alla tutela di un interesse individuale del danneggiato dalla condotta anticoncorrenziale, il procedimento amministrativo abbia come preminente obiettivo la tutela "di un più generale bene giuridico" costituito da "la struttura concorrenziale del mercato di riferimento". Sulla diversità di presupposti e di fini del *private enforcement* rispetto al *public enforcement* e sulla consapevolezza di queste differenze da parte del legislatore euro-unitario nell'elaborazione della Direttiva in dottrina si veda MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della direttiva 104/2014/UE del 26 novembre 2014*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 1, 2015, p. 393.

(19) Cass., SS.UU., del 4 febbraio 2005, n. 2207.

(20) RORDORF, *Il ruolo del giudice*, cit.; LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1998, p. 659; TROTTA, *Il rapporto*, cit., p. 363; CASTELLI, *Disciplina antitrust*, cit., pp. 104-111; NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Giappicelli, 2006, pp. 141-145. In giurisprudenza si veda Cass. SS.UU. del 13 febbraio 2009, n. 3640, su www.pa.leggiditalia.it, che ha definito il giudizio di *private enforcement* "un binario percorribile in via autonoma rispetto alla tutela in via amministrativa".

(21) Su questo punto vi è però chi, (LIBERTINI, *Il ruolo del giudice*, cit.) ritenendo già prima della direttiva che il provvedimento dell'AGCM avesse efficacia vincolante nel processo civile conseguente,

di quanto previsto espressamente dall'art. 16 del regolamento 1/2003 che, con riferimento ai procedimenti iniziati dalla Commissione, si spinge fino a prevedere una peculiare ipotesi di sospensione facoltativa del giudizio civile in pendenza del procedimento amministrativo (22).

In tale quadro normativo le Sezioni Unite, avanzando nel solco già tracciato dalla sentenza n. 2207 del 2005 (23), hanno sancito con sentenza 3640 del 2009 (24) che la decisione dell'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato (pur non definitiva) era da considerarsi quale "prova privilegiata della sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita e del suo abuso". La sentenza, nonostante la creazione della figura, dai contorni indefiniti, della prova atipica "privilegiata", appariva tutto sommato abbastanza equilibrata e tarata sulle peculiarità del procedimento di *private enforcement* (25). La decisione dell'AGCM costituiva (soprattutto in virtù della natura estremamente tecnica dell'Autorità e dei suoi incisivi e penetranti poteri istruttori) prova privilegiata (26) del comportamento anticoncorrenziale,

potendo l'A.g.o. solamente disapplicarlo, giungeva a riconoscere un rapporto di pregiudizialità/dipendenza tra il provvedimento amministrativo ed il giudizio *follow on* e, conseguentemente, a ritenere che in pendenza del giudizio amministrativo di impugnazione quello civile dovesse essere sospeso *ex art.* 295 c.p.c. Si ritiene di non condividere questa impostazione per due ordini di ragioni: innanzitutto, perché la legge nazionale non prevedeva alcun vincolo in capo al giudice civile, e, secondariamente, perché il fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno è costituito dalla violazione delle norme antitrust, oggetto di accertamento da parte del giudice civile, non dal provvedimento amministrativo. Per tali ragioni deve ritenersi che, almeno fino alla trasposizione della direttiva 104/2014/UE, nell'ordinamento nazionale non vi fosse alcuna "pregiudizialità amministrativa".

(22) c.f.r. nota n. 14.

(23) Cass. SS.UU. del 4 febbraio 2005, n. 2207, su www.pa.leggitalia.it, vedi nota n. 16.

(24) Cass. SS.UU. del 13 febbraio 2009, n. 3640.

(25) FRIGNANI, *La cassazione prosegue l'erosione del diritto di difesa nelle cause risarcitorie antitrust follow on*, in *Diritto e fiscalità dell'assicurazione*, fasc. 3, 2013, p. 291. L'Autore, nonostante critichi il concetto di prova privilegiata, riconosce in ogni modo che le conclusioni della Corte di Cassazione si rivelavano di grande equilibrio laddove avevano limitato l'efficacia del "privilegio" probatorio alla sola condotta; della stessa opinione NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Vol. II, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Giappichelli, 2012, pp. 306-307.

(26) Vi è chi aveva concepito (CHIEPPA, *Il recepimento*, cit.; VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corriere Giur.*, 2017, 4, p. 441) la prova privilegiata alla stregua di una presunzione semplice. In realtà, era stato correttamente rilevato (CASTELLI, *Disciplina antitrust*, cit., pp. 112-116) come la prova privilegiata non avrebbe potuto considerarsi una presunzione in quanto il fatto noto (la violazione delle norme antitrust) avrebbe avuto il medesimo contenuto del fatto ignoto da provare. In aggiunta, l'A. da ultimo citato, avendo accolto la distinzione tra oneri di allegazione e oneri probatori e avendo ricompresso la produzione della decisione dell'AGCM nell'ambito degli oneri di allegazione, considerava la prova privilegiata riconducibile alla figura della c.d. presunzione impropria o verità interinale, atteso che l'efficacia del provvedimento dell'AGCM nel processo civile avrebbe fatto ritenere provato il comportamento anticoncorrenziale fino a prova contraria. Tale concezione avrebbe fatto riferimento, dunque, ad una regola di inversione dell'onere della prova, ovvero ad una deroga all'art. 2697 c.c., che potrebbe, in realtà, essere disposta solo dalla legge, non anche dal giudice. Al contempo, a prescindere dalla distinzione tra oneri di allegazione e oneri probatori non può non rilevarsi come il provvedimento dell'AGCM, nella lettura della Suprema

ovvero prova dotata di un'efficacia logico - persuasiva maggiore rispetto alle prove "ordinarie" (27). Tale soluzione teneva conto dell'asimmetria informativa in cui si trova la parte attrice nei procedimenti di *private enforcement*, della natura degli atti dell'AGCM nonché dei diritti di difesa dell'impresa convenuta, considerato che la peculiare efficacia probatoria della decisione dell'AGCM veniva limitata al solo "comportamento" anticoncorrenziale e che le Sezioni Unite avevano premura di precisare come "nel giudizio in sede civile è possibile offrire sia prove a sostegno di tale accertamento (quello dell'AGCM n.d.r), che riguardino più direttamente la posizione del singolo danneggiato, sia prove contrarie". In definitiva, la "prova privilegiata" nell'ottica delle Sezioni Unite del 2009 costituiva una prova particolarmente pregnante ma, comunque, superabile.

In aggiunta, la Corte di Cassazione, già a partire dal 2007 (28) aveva fondato sul provvedimento dell'AGCM anche la presunzione (29) della sussistenza del danno e del nesso di causalità. Ad esempio, con riferimento ad un filone di pronunce del 2011 (30) concernenti domande di risarcimento del danno cagionato da un'intesa tra alcune compagnie assicurative, la Corte di Cassazione ha ritenuto che "Il provvedimento sanzionatorio non ha accertato [...] solo il carattere potenzialmente lesivo dei benefici della concorrenza e degli interessi economici dei consumatori, ma anche che tale comportamento ha prodotto un'ingente ed ingiustificata lievitazione dei premi sul mercato generale italiano delle polizze RCA" e che, dunque, "l'assicurato che agisca in risarcimento dei danni [...] ha il diritto di avvalersi della presunzione che il premio sia stato indebitamente aumentato per effetto del comportamento colusivo" (31).

Corte, restava pur sempre una prova, quindi soggetta al principio dispositivo ed espressione dell'art. 2697 c.c. Per un'analisi sui rapporti tra prova, presunzione e presunzione impropria si rinvia a PATTI, *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 4, p. 1047.

(27) In realtà, come rileva la dottrina processualcivile, (CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 294-295) identificare esattamente l'efficacia logico - persuasiva di un singolo elemento di prova è cosa ardua. Normalmente il giudice, in base al suo "prudente apprezzamento" considera alcune prove più o meno pregnanti di altre, secondo quelle che sono le circostanze di fatto e di diritto oggetto del giudizio. In definitiva, volendo dare una definizione di prova privilegiata, che non può non scontare un margine di approssimazione, potremmo dire che prova privilegiata è quella particolare prova che il giudice deve tenere in preminente considerazione ai fini del decidere, potendo essere superata solo da un insieme di prove che, unitamente considerate, siano idonee a superare il fatto così come accertato dall'AGCM.

(28) Cass. del 2 febbraio 2007, n. 2305, su www.pa.leggiditalia.it.

(29) Secondo NEGRI (*Giurisdizione e amministrazione*, Vol. II, cit., pp. 321-322) più che una presunzione la Suprema Corte avrebbe elaborato una prova *prima facie*, per mezzo di ciò si ritiene *verosimile* la sussistenza del nesso di causalità e del danno a fronte di un'ipotesi tipica costituita dall'accertamento dell'AGCM. Sulla prova *prima facie* c.f.r. nota n. 62.

(30) Solo per citarne alcune, Cass. del 10 maggio 2001, n. 10211, su www.pa.leggiditalia.it; Cass. del 18 agosto 2011, n. 17362, su www.pa.leggiditalia.it; Cass. 22 settembre 2011, n. 19262, su www.pa.leggiditalia.it.

Insomma, alla decisione dell'Autorità garante è stato attribuito, oltre che efficacia di "prova privilegiata" con riferimento alla condotta anticoncorrenziale dell'impresa, anche valore presuntivo della sussistenza del nesso causale e del danno. In aggiunta, non si dimentichi che la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza ritenevano (e ritengono ancor oggi) di applicare per analogia ai giudizi di *private enforcement* l'art. 2600 c.c. (32), secondo il quale provato l'elemento oggettivo dell'illecito, quello soggettivo si presume. Ciò detto, può ben comprendersi come, di fatto, gli oneri di allegazione e di prova di parte attrice erano stati da quest'orientamento ridotti a ben poca cosa (33).

E di questo "stato dell'arte" ne è stata ben consapevole la Corte di Cassazione quando, sempre con riferimento al caso *RC Auto*, ha affermato che "Per ottenere il risarcimento dei danni l'assicurato ha (solamente n.d.r) l'onere di allegare la polizza assicurativa contratta (quale manifestazione della condotta finale del preteso danneggiante) e l'accertamento in sede amministrativa della partecipazione dell'assicuratore all'intesa anticoncorrenziale (quale condotta preparatoria)" (34), in quanto "il Provvedimento dell'AGCM offre tutti i dati probabilistici e presuntivi che, ai sensi della pronuncia n. 2305/2007 di questa Corte, valgono a dimostrare che il premio applicato in polizza all'assicurato, nel periodo in cui la compagnia è stata ritenuta partecipe del comportamento collusivo, è ingiustificatamente elevato, nella misura indicata" (35).

Il sistema sarebbe potuto sembrare comunque ben calibrato (atteso che, venendo comunque riconosciuta all'impresa la prova contraria, l'efficacia riconosciuta al provvedimento dell'AGCM era pur sempre superabile) (36) se

(31) Nello specifico, Cass. del 18 agosto 2011, n. 17362, ripresa con formulazione analoga anche negli arresti citati nella precedente nota.

(32) c.f.r. nota n. 2.

(33) Con riferimento agli oneri di allegazione DE CRISTOFARO (*Onere probatorio e disciplina delle prove*, cit.) fa notare come, anche a fronte di quanto disposto nella direttiva 104/2014/UE e viste le peculiarità del procedimento di *private enforcement*, si dovrebbe distinguere tra i vizi dell'atto di citazione che attengono alla assoluta mancanza di indicazione degli elementi di cui all'art. 163 n. 4, che rendono inintelligibile la domanda ed integrano un'ipotesi di nullità, e vizi di solo insufficiente indicazione della *causa petendi*, ai quali non dovrebbe conseguire la nullità della domanda, atteso che "La disciplina processuale deve infatti plasmarsi sulle peculiarità di un contenzioso che strutturalmente trova e ritrae proprio nel corso del processo - a valle e non a monte dell'istruttoria (di contro a quanto prefigurato dalla scansione delle memorie *ex art. 183, co. 6, c.p.c.*) - gli elementi individuatori delle condotte censurate su cui si dipanerà il contraddittorio: e ciò in grazia dello strutturale irrobustimento delle fonti di acquisizione probatoria dalla controparte e da terzi, ed altresì della necessaria "curvatura" proattiva che debbono assumere i tradizionali, e "limitati", istituti processuali".

(34) Cass. del 2 febbraio 2007, n. 2305.

(35) Cass. del 18 agosto 2011, n. 17362.

(36) Come ha stabilito la sentenza n. 2305 del 2007 ritenendo che "quanto, poi, al nesso causale, il giudice potrà accertarne l'esistenza in termini probabilistici o presuntivi, ma [...] dovrà consentire all'assicuratore di provare contro le presunzioni o contro la sequenza probabilistica posta a base del ragionamento che fa derivare il danno dall'intesa illecita".

non fosse che le stesse sentenze del 2011, intervenendo sulla misura della prova contraria, giungevano a conclusioni che, oltre a non essere previste nemmeno implicitamente dal dato normativo, dimidiavano notevolmente (*rectius* eccessivamente) i diritti di difesa delle imprese convenute.

Anzitutto, le sentenze del 2011, infatti, hanno affermato che “la prova dell’insussistenza del nesso causale non può essere tratta da considerazioni di carattere generale attinenti ai dati che influiscono sulla formazione dei premi nel mercato generale delle polizze assicurative, ma deve riguardare situazioni e comportamenti che siano specifici dell’impresa interessata: che attengano, cioè, alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato od alla singola polizza, che siano tali da dimostrare che - nel caso oggetto di esame - il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all’intesa illecita, ma da altri fattori” (37). Tale prima conclusione non avrebbe dovuto suscitare eccessive perplessità in dottrina (38) se solo si considera che, potendosi l’attore avvalere della presunzione del nesso di causalità data dall’accertamento della condotta anticoncorrenziale da parte dell’AGCM, la prova contraria del convenuto avrebbe dovuto vertere *naturaliter* su circostanze peculiari e relative alla specifica situazione di fatto tali da sconfessare il ragionamento inferenziale, di per sé generale ed astratto, ammesso dalle pronunce della Corte di Cassazione.

Foriero di maggiori problematiche è stato l’orientamento della Corte di Cassazione quando ha stabilito che, “Quanto all’efficacia probatoria degli accertamenti dell’AGCM, in primo luogo questa Corte ha rilevato che il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico condotto dall’Autorità Garante, e poi in sede di giustizia amministrativa [...] pur non precludendo la facoltà, per la compagnia assicuratrice, di fornire la prova contraria, impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell’affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede” (39).

Il ragionamento della corte di Cassazione pare abbastanza fariseo laddove, facendo formalmente salvo il diritto alla prova contraria dell’impresa convenuta, ritiene non possano rimettersi in discussione oltre alle valutazioni che l’Autorità Garante ha dato delle prove presentate in sede amministrativa, financo le argomentazioni della stessa.

Le conclusioni a cui giunge la Suprema Corte si sgretolano al vaglio dei principi che regolano il processo civile.

(37) Per tutte, Cass. n. 10211 del 2011.

(38) Secondo FRIGNANI (*La cassazione*, cit.) vi sarebbe nel ragionamento della corte un’accentuata sproporzione tra le prove “generiche” sufficienti ad accogliere la domanda dell’attore e le prove specifiche richieste al convenuto.

(39) Cass. del 9 maggio 2012, n. 7039, in www.pa.leggiditalia.it.

Anzitutto, vengono gravemente pregiudicati i diritti di difesa della parte convenuta. Questa, non solo si trova parte in un procedimento in cui è sostanzialmente tenuta, più che a difendersi dalle argomentazioni e dalle prove fornite da parte attrice, a giocare “all’attacco”, dovendo in sostanza sconfessare le conclusioni dell’AGCM concernenti il comportamento anticoncorrenziale e dimostrare l’insussistenza del nesso di causalità, ma non può nemmeno avvalersi delle prove sulla base delle quali l’Autorità Garante ha già giudicato o rimettere in discussione le argomentazioni sulla base delle quali la stessa ha deciso. Il provvedimento definitivo dell’AGCM configura in sede civile una sorta di “preclusione del dedotto” che non consente alla parte convenuta di esplicitare a pieno i propri diritti di difesa (40).

Da quanto detto consegue un’ulteriore considerazione: i risultati a cui giunge l’interpretazione della Corte di Cassazione, a meno di non voler cadere in un artificioso formalismo (41), pongono in capo al giudice civile un vincolo rispetto a quanto stabilito dall’AGCM. Il giudice, infatti, non può discostarsi dalle conclusioni e dalle argomentazioni cui è giunta l’Autorità sulla base delle prove prodotte nel procedimento amministrativo. Potrebbe addivenire a risultati differenti, sempre in base a fatti nuovi o a nuove prove, ammesso e non concesso che l’impresa ne alleghi o ne produca. In definitiva, la Suprema Corte, già prima dell’entrata in vigore della direttiva e della sua trasposizione nell’ordinamento italiano, aveva di fatto riconosciuto al provvedimento definitivo dell’AGCM un’autorità che, al di là delle formule pedissequamente seguite dalla giurisprudenza, era ben più “ingombrante” di quella di prova privilegiata e presuntiva, addivenendo a sottrarre alla cognizione del giudice civile tutto ciò che era stato dedotto dinanzi all’AGCM. Quest’ultima, sebbene dotata di mezzi “tecnici” tali da rendere particolarmente pregnante un suo provvedimento, è pur sempre un’*authority*, non un giudice (42). In aggiunta, non si dimentichi che tale evoluzione si è affermata esclusivamente per via

(40) Sollevando rilevanti problemi di compatibilità con i diritti di difesa e con i principi del giusto processo sanciti dalla Costituzione e dagli strumenti sovranazionali (art. 6 CEDU e artt. 47 e 48 della Carta di Nizza) come rilevato da FRATEA (*Il private enforcement*, cit.), p. 221; RORDORF (*Il ruolo del giudice*, cit.) non ha mancato di rilevare come l’orientamento della Suprema Corte non appaia “del tutto in linea col principio dell’autonomia decisionale del giudice, pur sempre formalmente richiamato anche nelle pronunce ora citate, ravvisandosi il rischio di trasformare impropriamente il procedimento che si svolge dinanzi all’autorità garante in una vera e propria fase del giudizio sulla responsabilità civile, idonea a generare preclusioni nel successivo processo giurisdizionale”.

(41) Appare eccessivamente formale la lettura della citata giurisprudenza fornita da VASQUES (*Private enforcement*, cit.), secondo il quale la Cassazione non riconoscerebbe alcuna efficacia preclusiva alla decisione dell’AGCM applicando alle controversie *follow on* solo “le normali regole in tema di prove”. In realtà, come si cerca di dimostrare in questa pagine, le indicazioni della giurisprudenza di legittimità, calate nella materialità delle azioni *follow on*, producono un vincolo in capo al giudice civile e restringono al di là di ogni ragionevole misura i diritti di difesa della parte convenuta.

(42) Sulla natura dell’AGCM si rinvia alle esaustive considerazioni di NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, pp. 1-20.

pretorile, nulla dicendo la legge che per tale silenzio riconosceva l'autonomia del giudizio civile rispetto agli accertamenti dell'AGCM (43).

A tal proposito si rivelano estremamente fondate le considerazioni di chi (44), in maniera molto realistica, aveva rilevato come nei giudizi *follow on*, salvo l'allegazione di nuovi fatti, il giudice civile fosse stato degradato a mero liquidatore di un danno già accertato altrove.

La situazione della parte convenuta nei giudizi *follow on* appare ancor più penalizzante se solo si tiene in considerazione che, sebbene il provvedimento dell'AGCM possa essere impugnato dinanzi agli organi di giustizia amministrativa, questi svolgono sul provvedimento un sindacato c.d. "debole" che può portare il giudice a rimodulare la sanzione (45) ma non a sostituirsi all'Amministrazione con riferimento alle valutazioni connotate da un "*marginale di opinabilità*" (46).

Dunque, riannodando i fili di quanto detto, le valutazioni dotate di un "marginale di opinabilità", non possono essere sindacate né dal giudice amministrativo, né tantomeno da quello civile, ma vengono definite, in maniera incontestabile, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con buona pace dei diritti di difesa dei convenuti e della soggezione, solo alla legge, del giudice (47).

(43) Per una veemente critica all'orientamento della Suprema Corte v. FRIGNANI, *La cassazione*, cit.

(44) *Ibidem*.

(45) L'art. 133, comma 1, lettera l del codice del processo amministrativo attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti d'impiego privatizzati, adottati [...] dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato". L'art. 134, comma 1, lettera c, estende la giurisdizione del giudice amministrativo al merito qualora si faccia oggetto delle "sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall'articolo 123".

(46) Solo per citarne alcune, Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 926, su www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302, su www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2014, n. 6050, su www.giustizia-amministrativa.it, secondo il quale "Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante". Sul punto si veda LEONI *La tutela giurisdizionale contro gli atti dell'AGCM in materia antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., p. 419.

(47) Secondo SIRAGUSA (*L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione ed il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 297), "l'oggetto della prova ne esce a tal punto limitato che l'insieme delle considerazioni formulate dall'AGCM, a prescindere dalla loro effettiva rilevanza ai fini dell'accertamento dell'infrazione, vanno a comporre un impenetrabile reticolo da cui difficilmente

In aggiunta, le Sentenze del 2011 producono un corto circuito logico nella stessa giurisprudenza della Suprema Corte. Infatti, mentre la sentenza n. 2305 del 2007 aveva escluso che l'accertamento dell'AGCM giustificasse la sussistenza del danno *in re ipsa* (la Cassazione definì tale conseguenza "aberrante") (48), le sentenze del 2011 sostanzialmente lo ripropongono se si pensa che la parte convenuta può escludere la sua responsabilità solo introducendo nel giudizio civile prove "nuove". Il che, a contrario, equivale a dire che se la parte convenuta non ha disponibilità di queste prove (forse perché utilizzate nella difesa dinanzi all'AGCM), questa sarà sicuramente condannata a risarcire il danno.

3. *La trasposizione della direttiva nell'ordinamento italiano: innovazioni e problemi di compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento.*

Su tale stato dell'arte è intervenuta la direttiva europea 2014/104/UE, traspunta in Italia nel d.lgs. n. 3 del 2017. È necessario definire la portata delle innovazioni introdotte dalla direttiva per ben comprendere come queste possano essere efficacemente fatte proprie dall'ordinamento nazionale.

Anzitutto, l'art. 9 della direttiva (49) è stato trasposto, in termini sostanzialmente analoghi a quelli adottati dal legislatore europeo, nell'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, ai sensi del quale "Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10

il convenuto riuscirà a districarsi". Considerazioni confermate da VILLA, (*La direttiva europea*, cit.). Quest'ultimo autore, infatti, riconosce che il nostro sistema, seppur formalmente non dispone la vincolatività del provvedimento antitrust dinanzi al giudice civile di fatto "rende incontestabili le determinazioni dell'AGCM su alcune determinazioni del fatto illecito". In aggiunta, in vista della trasposizione nell'ordinamento interno dell'art. 9 della Direttiva 104/2014/UE l'Autore non manca di rilevare come "È chiaro tuttavia che il valore vincolante della decisione si armonizza con le garanzie di tutela se, prima di approdare al giudizio risarcitorio, la parte ha la possibilità di sottoporre ad un controllo giurisdizionale esteso la decisione che diverrà insindacabile davanti al giudice civile; se il controllo mantiene limitazioni, le perplessità sollevate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nei due casi prima richiamati rischiano di minare la legittimità dell'intero impianto normativo. Siamo qui di fronte ad uno snodo centrale per l'attuazione della Direttiva, che coinvolge questioni di portata generale: solo una possibilità di difesa accordata al privato in termini ampi potrà consentire di ritenere vincolante il provvedimento senza generare il rischio di strappi al sistema costituzionale interno e alle garanzie riconosciute a livello continentale".

(48) Tale rilievo viene messo in luce da VOZZA, *Rc auto e intese anticoncorrenziali: la presunzione legale del provvedimento sanzionatorio - il commento*, in *Danno e Responsabilità*, 2015, 2, p. 151; FRA-TEA, *Il private enforcement*, cit., p. 221.

(49) Alcuni stati membri come Regno Unito e Germania avevano già previsto prima dell'entrata in vigore della direttiva la vincolatività della decisione delle autorità nazionali nei processi civili. In Germania era stata addirittura prevista la vincolatività anche delle decisioni straniere. Riguardo quest'ultimo profilo si rinvia alle considerazioni di NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., pp. 109-120.

ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione (50) davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato”. In aggiunta, in maniera molto accorta, il legislatore nazionale ha precisato che “Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno” (51).

Ci si potrebbe chiedere se, nonostante il vincolo costituito dalla decisione dell'AGCM non si estenda né al nesso di causalità né all'esistenza del danno, possa comunque applicarsi quella giurisprudenza che *ante* direttiva aveva dotato la decisione dell'autorità garante di efficacia di prova presuntiva con riferimento ai suddetti elementi della fattispecie.

Tale conclusione deve escludersi in quanto, laddove la direttiva ha voluto estendere l'efficacia della decisione dell'AGCM al nesso di causalità e al danno lo ha fatto, come all'art. 17, secondo il quale “Si presume che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno. L'autore della violazione ha il diritto di fornire prova contraria a tale presunzione (52)” (in termini analoghi, l'art. 14 del d.lgs n. 3 del 2017). Insomma, l'efficacia di prova presuntiva con riferimento al nesso di causalità ed al danno può valere con riferimento ai cartelli, ma non alle altre fattispecie anticoncorrenziali per le quali nulla è previsto (53). In aggiunta, non si dimentichi che ai sensi del considerando n. 47 “È opportuno limitare ai cartelli questa presunzione relativa, dato il loro carattere segreto che aumenta l'asimmetria informativa e rende più difficile per l'attore ottenere le prove necessarie per dimostrare il danno subito”. Ciò posto, si du-

(50) Accogliendo gli inviti di autorevole dottrina (*ex multis* CHIEPPA, *Il recepimento*, cit.) che riteneva come il riferimento dell'art. 9 della direttiva alla “decisione definitiva relativa ad un'infrazione” dovesse essere letta ricomprendendo non solo quelle decisioni divenute definitive per esaurimento dei mezzi di impugnazione ma anche quelle divenute inoppugnabili.

(51) Parte della dottrina era già giunta a tali conclusioni interpretando l'art. 9 della direttiva. *Ex multis*, SIRACUSA (*L'effetto delle decisioni*, cit.) non aveva mancato di rilevare come il vincolo disposto dall'art. 9 dovesse essere limitato “alle determinazioni dell'ANC concernenti gli elementi costitutivi dell'infrazione, quali la definizione di mercato rilevante, l'esistenza di un'intesa o di una posizione dominante, le parti coinvolte. Qualsiasi altra valutazione non essenziale ai fini della contestazione di un'infrazione, anche se inclusa nella decisione definitiva dell'ANC, dovrebbe essere considerata come «incidentale» e di conseguenza come irrilevante”. L'autore dimostra di accogliere la distinzione elaborata dai giudici del Regno Unito (dove già prima dell'entrata in vigore della direttiva era stata prevista la vincolatività della decisione dell'autorità nazionale della concorrenza, v. nota 49) tra accertamenti essenziali ai fini dell'accertamento dell'infrazione e accertamenti periferici o incidentali; CHIEPPA, (*Il recepimento*, cit.) secondo il quale, quandanche la decisione dell'AGCM si spinga a considerare gli effetti della condotta anticoncorrenziale “l'effetto vincolante si estenderà all'accertamento che l'illecito ha prodotto effetti ma non potrà ovviamente dilatarsi sino a comprendere la valutazione dello specifico nesso di causalità, né l'esistenza o la quantificazione del danno”.

(52) Per un commento a questa norma, PARDOLESI, *Note minime in tema di nesso di causalità*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 317.

(53) Giunge alle stesse conclusioni VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 4-5, p. 1153.

bita vi siano consistenti ragioni giuridiche per discostarsi dalla valutazione di “opportunità” del considerando.

Conseguentemente, deve ritenersi definitivamente superata quella giurisprudenza della Corte di Cassazione (da rifiutarsi, per i motivi già esposti, già in assenza della direttiva) che aveva notevolmente ristretto le *chances* di prova contraria nei confronti della presunzione del nesso di causalità e del danno. Sia la direttiva che il decreto legislativo di attuazione, infatti, con riferimento ai cartelli fanno salvo il pieno diritto alla prova contraria dell’impresa. In aggiunta, la limitazione della prova contraria contrasterebbe con la lettera della direttiva atteso che questa limita espressamente il vincolo al giudice civile alla “violazione del diritto della concorrenza definitivamente constatata da una decisione definitiva”. Ciò posto, qualora si accogliesse la giurisprudenza delle Sezioni Unite del 2011 la latitudine del vincolo dell’AGCM si estenderebbe non solo alla violazione bensì anche agli accertamenti che hanno riguardato il nesso causale e il danno, contravvenendo sia all’art. 9 che all’art. 17 della direttiva, atteso che quest’ultimo articolo introduce, in realtà, solo una “ordinaria” presunzione relativa.

A questo punto, atteso che la direttiva concerne unicamente le decisioni definitive dell’AGCM, ci si potrebbe chiedere se alle decisioni non definitive potrà riconoscersi (con esclusivo riferimento all’elemento oggettivo della violazione) quel valore di prova privilegiata che le era stato riconosciuto già prima dell’intervento del legislatore europeo. La questione, che dovrà essere risolta dalla giurisprudenza, risente comunque della nozione fluida ed indefinita di prova privilegiata. Nulla osterebbe a che si continui a considerare la decisione dell’AGCM prova privilegiata. Allo stesso tempo però, anche qualora non si volesse condividere questa opinione non potrebbe comunque negarsi che, di fatto, quanto accertato dall’Autorità in sede amministrativa possa essere tenuto in preminente considerazione dal giudice civile investito di una domanda di risarcimento del danno, indipendentemente dall’etichettare o meno la decisione dell’AGCM come prova privilegiata (ammesso che ci si intenda, cosa molto difficile, riguardo al concetto di prova privilegiata) (54).

Poste queste necessarie premesse, ci si deve a questo punto interrogare su che tipo di vincolo è stato introdotto in capo al giudice civile da parte della direttiva.

Orbene, prima di esaminare *funditus* tale questione, è necessario tenere a mente che, come è noto, le direttive europee fissano un risultato, e che spetta agli ordinamenti nazionali predisporre le forme ed i mezzi (o utilizzare quelli che vi sono) per conseguirlo.

Ciò posto, ai sensi della direttiva 104/2014/UE gli ordinamenti nazionali devono assicurare che la decisione dell’AGCM vincoli il giudice civile nelle

(54) c.f.r. nota n. 26.

domande di risarcimento del danno *follow on* quanto all'accertamento della violazione delle norme della concorrenza.

Orbene, è ovvio che riconoscere efficacia di cosa giudicata alla decisioni decisive dell'AGCM, anche laddove confermate dal giudice amministrativo (55), potrebbe collidere con i principi costituzionali del nostro ordinamento (56) (primo fra tutti quello dell'indipendenza e della soggezione del giudice solo alla legge), fino a chiamare in causa la nota teoria dei "controlimiti" (57).

Ci si potrebbe chiedere, però, se alla decisione dell'AGCM possa essere riconosciuto valore di prova legale, atta a vincolare il giudice con riferimento al fatto costituito dalla condotta anticoncorrenziale prevista dalle norme *anti-trust* (58).

Tale ricostruzione, oltre al pregio di non configgere frontalmente con norme costituzionali, si rivelerebbe anche più vicina alla *ratio* del legislatore europeo. Con riferimento al profilo in oggetto, infatti, la relazione che ha accompagnato la proposta di direttiva (così come il Libro Bianco (59) ed il Libro Verde che avevano aperto il dibattito che ne ha poi portato all'adozione) ri-

(55) Si fa qui riferimento a quella tradizionale giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo la quale in caso di sentenza di rigetto il rapporto sostanziale rimane comunque regolato dall'atto amministrativo, non anche dalla sentenza passata in giudicato (solo formale). *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, n. 7725 del 2003; Cons. Stato, sez. VI, n. 580 del 1996 secondo il quale "La portata precettiva della sentenza del giudice amministrativo va individuata con riferimento non solo delle statuizioni formali contenute nel dispositivo, ma anche delle enunciazioni della motivazione dirette in modo univoco all'accertamento delle posizioni delle parti, solo quando il dispositivo della decisione di merito contenga comunque una pronuncia di accertamento o di condanna, ma non è estensibile al caso di rigetto della domanda o del gravame".

(56) RORDORF, *Il ruolo del giudice*, cit.

(57) Corte Cost., n. 183 del 1973 su *DeJure*; Corte Cost. n. 170 del 1984 su *DeJure*; GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, fasc. 1, 2015, p. 251, secondo il quale "Se si considera che la garanzia dell'azione e del contraddittorio e la regola della soggezione del giudice alla sola legge costituiscono principi fondamentali dell'ordinamento idonei a prevalere, in caso di contrasto fra valori costituzionali, persino sul diritto internazionale consuetudinario, sembra quindi ragionevole prevedere che la teoria dei c.d. contro-limiti possa attenuare l'impatto del dettato dell'art. 9, c. 1, della Direttiva, a dispetto delle recenti propensioni, condivise dal legislatore italiano oltre che da quello europeo, al "respingimento" di quanti aspirano alla pienezza della tutela giurisdizionale".

(58) Per via del d.lgs. n. 3 del 2017 il legislatore avrebbe predeterminato "in via generale e astratta il valore che a quella prova deve essere attribuito" in quanto "Le regole di prova legale eliminano cioè l'eventualità di una valutazione discrezionale da parte del giudice in ordine all'efficacia che va attribuita alla prova. Di solito si tratta di regole in funzione delle quali l'esito della prova è pieno ed incontestabile, sicché la prova produce la «verità legale» sul fatto. Si tratta dunque di regole che appartengono alla disciplina giuridica della prova" (TARUFFO, *Prova (in generale) nel processo civile*, in *Dig. IV, disc. priv. sez. civ.*, XV, Torino, 1997, pp. 5 ss.). Insomma, si può ben ritenere che la decisione divenuta definitiva dell'AGCM, in virtù della sua composizione estremamente tecnica possa essere portatrice di "verità legale" sul (solo) fatto costituito dalla violazione delle norme antitrust.

(59) "La Commissione non vede alcuna ragione per cui una decisione definitiva adottata ai sensi dell'articolo 81 o 82 da un'autorità nazionale della rete europea della concorrenza (ECN) e una sentenza definitiva emessa da una corte d'appello, che conferma la decisione dell'autorità nazionale o che constata essa stessa un'infrazione, non debbano essere accettate in ogni Stato membro come prova inconfutabile dell'infrazione in successive cause civili per il risarcimento dei danni antitrust".

comprendeva espressamente (60) tra gli obiettivi dell'intervento normativo quello di riconoscere alle decisioni delle autorità nazionali un "effetto probatorio" vincolante. L'obiettivo del legislatore euro-unitario è stato, dunque, quello di riequilibrare gli oneri probatori nei giudizi di *private enforcement* al fine di garantire un effettivo diritto al risarcimento del danno per i soggetti danneggiati dalla violazione di norme antitrust (61).

Ulteriore conferma del fatto che l'intervento riformatore si sia mosso in un ambito essenzialmente probatorio potrebbe essere il riconoscimento dell'efficacia di prova *prima facie* (62) alle decisioni definitive provenienti da autorità nazionali di altri stati membri. Insomma, la direttiva avrebbe inteso alleviare gli oneri probatori di parte attrice nei giudizi *follow on* riconoscendo efficacia di prova legale alle decisioni nazionali ed efficacia di prova *prima facie* a quelle spiccate da autorità straniera (63). Tale imposta-

(60) Secondo il paragrafo 4.3.1. della relazione che ha accompagnato la proposta di direttiva intitolato "Effetto probatorio delle decisioni nazionali", "Ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, una decisione della Commissione relativa a un procedimento d'applicazione degli articoli 101 o 102 del trattato ha un effetto probatorio nelle azioni per il risarcimento del danno intentate successivamente, poiché la giurisdizione nazionale non può prendere decisioni che siano in contrasto con quanto statuito dalla Commissione. È opportuno conferire un effetto simile alle decisioni definitive relative a un'infrazione adottate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza (o da un'istanza di ricorso nazionale). Se una decisione relativa a un'infrazione è già stata adottata ed è divenuta definitiva, sarebbe inutile, per l'impresa attrice dell'infrazione, adire nuovamente il giudice sulle stesse questioni intentando successive azioni. Ciò causerebbe inoltre incertezza del diritto e genererebbe costi superflui per tutte le parti coinvolte e per la giustizia".

(61) Tale era anche l'auspicio di VINCRE (*La direttiva 2014/104/UE*, cit.) che nelle more di attuazione della direttiva ha sostenuto come "sarebbe più opportuno, e maggiormente compatibile con i principi e con l'impianto sistematico del nostro ordinamento processuale, che il legislatore italiano, nel recepire il precetto contenuto nell'art. 9, § 1, riconoscesse a tali accertamenti non gli effetti propri di un *decisum*, quanto piuttosto degli effetti diversi, quali quelli che attengono al campo probatorio (in senso ampio) del processo".

(62) Riguardo al valore di prova delle decisioni delle attività straniere deve ritenersi che l'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 3 del 2017 (secondo il quale "La decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro 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") segni l'accoglimento nel nostro ordinamento della nozione di *prima facie evidence* tipica degli ordinamenti di *common law* e analoga a quella della *Anscheinsbeweis* germanica (per un'analisi del concetto *Anscheinsbeweis* o anche *prima-facie-beweis* si rimanda alle puntuali considerazioni di NEGRI, (*Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., pp. 149-152.) La prova *prima facie* comporta un abbassamento degli standard probatori richiesti alla parte attrice implicando che il giudice italiano potrà "assestarsi" su una valutazione di "verosimiglianza" della violazione delle norme antitrust (e non anche del più gravoso *id quod plerumque accidit*) qualora la parte attrice produca in giudizio la decisione dell'autorità straniera, fermo restando, ovviamente, il diritto di prova contraria della parte convenuta.

(63) Bisogna precisare che la proposta originaria della Commissione prevedeva l'efficacia vincolante anche delle decisioni delle autorità straniere, poi esclusa. Bisogna valutare positivamente questa esclusione atteso che, come opportunamente rilevato da CHIEPPA (*Il recepimento*, cit.), tale previsione avrebbe posto seri problemi di coordinamento con la dottrina dei contro-limiti con riferimento alle decisioni provenienti da quegli stati membri in cui il controllo giurisdizionale degli atti dell'AGCM non soddisfa quegli standard individuati dalla Corte EDU nella Sentenza *Menarini*. Sulla compatibilità del sindacato del giudice amministrativo all'art. 6 della CEDU *infra*.

zione avrebbe il pregio di ricostruire in maniera organica e lineare l'intervento legislativo.

Al tal proposito è stato rilevato (64) come il legislatore euro-unitario, sebbene intendesse preliminarmente agire sul piano della prova, si sia tuttavia spinto oltre nella stesura della direttiva, facendo riferimento ad una vera e propria efficacia di accertamento laddove afferma che la violazione delle norme antitrust constatata da un'autorità nazionale deve ritenersi "definitivamente accertata" da parte del giudice civile.

Ebbene, tale obiezione può essere agevolmente superata laddove si consideri che l'interpretazione qui proposta, seppur forse non strettamente aderente al dato letterale, non determinerebbe comunque uno stravolgimento della lettera della norma ma sarebbe, al contrario, un utile adattamento di questa al fine di coniugare il rispetto del diritto euro-unitario ed i principi fondamentali del nostro ordinamento.

In aggiunta, riconoscere efficacia di giudicato alla decisione dell'AGCM significherebbe ricostruire un rapporto di pregiudizialità/dipendenza tra questa ed il conseguente processo civile, con il corollario che laddove la decisione venga impugnata, il giudice civile sarebbe tenuto a sospendere il processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c. Tale conclusione risulterebbe contraria alla direttiva che, oltre a non aver disposto alcuna ipotesi di sospensione in pendenza del procedimento amministrativo alla stregua di quanto disposto dall'art. 16 del regolamento 1/2003 con riferimento alle decisioni "contemplate" dalla Commissione, nulla dice anche con riferimento alla contestuale pendenza della fase giurisdizionale di impugnazione.

Si pensi che la soluzione contraria minerebbe l'effettività della tutela *stand alone*, in quanto la parte che si ritiene danneggiata e che vorrebbe agire senza attendere la decisione dell'AGCM sarebbe tenuta ad aspettare il formarsi del giudicato formale sulla decisione (o che si concluda il giudizio di primo grado (65)). Tutto ciò in palese contrasto con gli obiettivi del legislatore euro-unitario che, come correttamente rilevato (66), ha inteso incoraggiare la proposizione delle azioni *stand alone* (si pensi solo alla previsione della innovativa disciplina della *discovery* agli artt. 5 e 6 della direttiva).

In definitiva, la soluzione più razionale sembrerebbe quella di assicurare autonomia tra fase amministrativa (anche giurisdizionale) e civile, e di considerare le decisioni divenute definitive alla stregua di prove legali. Ovviamente, resta inteso che la prova vincolante non ha ad oggetto la violazione in sé, che è un (giudizio di) disvalore e non un fatto, bensì il comportamento anticoncorrenziale come accertato dal provvedimento definitivo dell'AGCM.

(64) VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE*, cit.

(65) Cass., SS.UU., del 19 giugno 2012, n. 10027, su *DeJure*.

(66) VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE*, cit.

4. Osservazioni conclusive con riferimento al perdurante problema del rispetto dei diritti di difesa.

Sebbene il riconoscimento del vincolo di prova legale alle decisioni definitive dell'AGCM possa ritenersi un utile compromesso tra le esigenze comunitarie di applicazione della disciplina del *private enforcement* e quelle nazionali di rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento (dotato, come si è cercato di dimostrare, di consistenti appigli normativi), non può nascondersi come il vincolo dalla stessa disposto, qualunque sia lo strumento normativo utilizzato al fine di assicurarne il rispetto da parte dell'ordinamento nazionale, sollevi dubbi ancor più consistenti con riferimento alla compatibilità del c.d. "sindacato debole" sugli atti dell'AGCM con i diritti di difesa dell'impresa convenuta (67) e, segnatamente, con l'art. 6 della CEDU e l'art. 47 della Carta di Nizza, secondo i quali ogni cittadino ha diritto che la propria causa vertente su diritti e doveri a carattere civile sia esaminata da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge. Le conclusioni cui si era assestata la giurisprudenza amministrativa, infatti, risultano confermate dal legislatore, che accoglie espressamente il modello del sindacato debole all'art. 7 del d.lgs n. 3 del 2017, laddove afferma 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".

Sebbene la CEDU abbia già ritenuto il sindacato del giudice amministrativo conforme all'art. 6 (68), il sistema meriterebbe un ripensamento atteso che un controllo da parte degli organi di giustizia amministrativa delle valutazioni, anche quelle opinabili (69), dell'Amministrazione diventerebbe a que-

(67) Su questo punto imprescindibili sono le puntuali osservazioni di SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni*, cit., al quale si rinvia.

(68) Corte EDU, causa *A. Menarini Diagnostic c. Italia*, Ricorso n. 43509/08, sentenza del 27 settembre 2011, su www.giustizia.it.

(69) VILLA (*L'attuazione della direttiva*, cit.) ha analizzato le formule delle sentenze del giudice amministrativo addivenendo alla conclusione che non vi sia un concetto chiaro e univoco di ciò che rientra nel margine di opinabilità. "Peraltro, in una situazione che è figlia della ripartizione tra la discrezionalità dell'amministrazione e l'operato del giudice, continuano a non essere sindacabili le scelte che abbiano margini di opinabilità, rinviando così ad un ambito, i cui confini non sono affatto chiari, se solo si analizzano le formule che al proposito sono impiegate nelle sentenze. Così si legge che il sindacato del giudice sui profili tecnici si arresta "quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento delle intese restrittive della concorrenza", dal momento che tale sindacato "oltre un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati". Da queste definizioni circolari, in cui in sostanza si richiede di stabilire quanto un giudizio opinabile sia opinabile, si passa ad un periodare di sapore esoterico quando si afferma, sempre con riferimento al mercato rilevante, che la sua determinazione "implica un accertamento di

sto punto ineludibile considerato che le decisioni dell'AGCM, oltre che essere già state riconosciute dalla CEDU come “convenzionalmente” penali alla luce degli *Engels criteria* (70), acquistano oggi, a seguito della citata direttiva, efficacia vincolante anche nel processo civile.

Altra soluzione potrebbe essere, *de jure condendo*, quella di devolvere alla giurisdizione del giudice civile le controversie inerenti all'impugnazione dei provvedimenti *antitrust*, condividendosi le opinioni di coloro (71) che ritengono che siano (tendenzialmente) di diritto soggettivo le situazioni giuridiche tipiche che si confrontano con il provvedimento dell'AGCM. Tale soluzione garantirebbe un effettivo controllo di tutte le valutazioni dell'Autorità sul modello, già sperimentato, del giudizio sulle sanzioni amministrative *ex lege* 689/1981 che si svolge, secondo tralatizia formula giurisprudenziale, “*sul rapporto non sull'atto*” (72).

fatto cui segue l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di 'mercato rilevante' (...) che è sindacabile in sede di legittimità per violazione di norme di legge (...) nei limiti in cui la censura abbia ad oggetto l'operazione di 'contestualizzazione' delle norme, all'esito di una valutazione giuridica complessa che adatta al caso specifico concetti giuridici indeterminati, quali il 'mercato rilevante' e 'l'abuso di posizione dominante'. Secondo l'Autore, tale limite al sindacato del giudice amministrativo porrebbe problemi di costituzionalità con riferimento agli artt. 76 e 87 Cost. perché, oltre a non esser imposto dalla direttiva, “risulta estraneo ai principi fissati dalla legge-delega”.

(70) Corte EDU, causa *A. Menarini Diagnostic c. Italia*, cit.

(71) NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., pp. 247-288. Pur non condividendosi le conclusioni dell'A. laddove giunge ad auspicare la formazione di sorta di giurisdizione “esclusiva” del giudice ordinario nei confronti degli atti e dei provvedimenti dell'autorità garante, si condividono le sue argomentazioni laddove ritiene che “I principali provvedimenti antitrust, e segnatamente quelli di diffida cui spesso si accompagna la sanzione pecuniaria per violazione grave, in quanto non discrezionali in senso proprio sono inidonei a degradare il diritto soggettivo perfetto e costituzionalmente garantito alla libera iniziativa economica e perciò non possono ricondursi all'esercizio di poteri “autoritativi”; allora l'art. 33, primo comma, legge n. 287 del 1990 non può che risultare palesemente incompatibile con l'art. 103 Cost. secondo l'interpretazione fornita dal giudice delle leggi: giacché certamente non appare conforme ai principi stabiliti dalla Consulta l'idea che l'intero settore di contenzioso relativo agli atti e provvedimenti dell'autorità garante delle concorrenze e del mercato possa essere ricondotto alla giurisdizione amministrativa per il solo fatto che tra quei provvedimenti ve ne sono alcuni, in concreto tutt'altro che prevalenti (.....), che siano il frutto di potere discrezionale”. Bisogna comunque rilevare che la questione di legittimità costituzionale è stata ritenuta manifestamente infondata da Cass. SS.UU. n. 8882 del 2005, su *DeJure*. Al di là della questione di costituzionalità, è auspicabile l'attribuzione al giudice ordinario delle controversie nate dall'impugnazione degli atti dell'AGCM in tutti quei casi (e sono la netta maggioranza venendo esclusi solo quelli concernenti le autorizzazioni in deroga e le concentrazioni) nei quali si faccia questione di diritti soggettivi.

(72) Cass. SS.UU. n. 1786 del 2010, su *DeJure*.