

# Introduzione

## 1. La dialettica tra *public* e *private enforcement*

Il tema degli effetti prodotti dalle decisioni delle autorità *antitrust* rispetto alle azioni civili di risarcimento danni, oggetto del presente lavoro, richiama inevitabilmente la complessa e più generale tematica del rapporto tra le due dimensioni di tutela ed attuazione delle norme *antitrust* in materia di intese e abuso di posizione dominante, definite<sup>1</sup> *public enforcement* e *private enforcement*.

Il primo concetto richiama innanzitutto l'attività svolta sul piano pubblicistico dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito anche AGCM), cui la legge n. 287 del 1990 affida istituzionalmente la funzione di garantire la libera concorrenza ed il corretto funzionamento del mercato, vigilando sulla applicazione delle norme che vietano intese restrittive ed abusi di posizione dominante, sia nazionali (articoli 2, 3, 4, l. n. 287/90) che eurounitarie (articoli 101 e 102 TFUE). Nel perseguire tale compito, considerato direttamente attuativo dei principi sanciti dall'articolo 41 della Costituzione<sup>2</sup>, l'AGCM agisce in una posizione di indipendenza e terzietà, attivando anche d'ufficio una serie di "poteri d'indagine, di denuncia e di segnalazione, di diffida, nonché poteri di applicare sanzioni amministrative pecuniarie"<sup>3</sup>. Come affermato più volte anche dal Consiglio di Stato, tale apparato volto alla prevenzione, all'accertamento ed alla repressione degli illeciti *antitrust*, in chiave prettamente punitiva e dunque deterrente, è destinato a "perseguire l'interesse pubblico alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica"<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Anche in mancanza di veri e propri corrispondenti in lingua italiana. Sul punto vedi Pardolesi, R. *Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico e dove trovarlo*, in Sassani, B. (a cura di), *Il private enforcement antitrust: dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017, pag. 1.

<sup>2</sup> Sul punto Cons. di Stato, sez. VI, sent. 16.3.2006, n. 1397.

<sup>3</sup> Cons. di Stato, sez. VI, sent. 16.3.2006, n. 1397.

<sup>4</sup> Cons. di Stato, sez. VI, sent. 14.5.2004, n. 3865.

Sono espressione di tale dimensione pubblicistica anche i cosiddetti poteri di *competition advocacy* di cui l'AGCM è dotata, finalizzati a promuovere un contesto normativo ed amministrativo che sia sempre più "*competition friendly*" e che ormai possono essere considerati parte del "*core business*" di una Autorità *antitrust*<sup>5</sup>. Tali facoltà, funzionalmente complementari a quelle di *enforcement*, vanno dalla possibilità di segnalare a Governo e Parlamento atti normativi o amministrativi che possano causare distorsioni nel corretto funzionamento del mercato, fino al potere di agire in giudizio (a norma dell'articolo 21-bis della l. n. 287/90) contro qualsiasi atto amministrativo generale, regolamento o provvedimento della Pubblica Amministrazione che violi le norme *antitrust*<sup>6</sup>.

Passando dalla dimensione nazionale a quella europea, nell'attuazione delle norme *antitrust* comunitarie l'AGCM opera all'interno dello *European Competition Network*, ponendosi in sinergia con la Commissione Europea e le Autorità Garanti della Concorrenza (di seguito anche ANC) degli altri Stati Membri, nel quadro creato dal Regolamento CE 1/2003 al fine di garantire una uniforme applicazione del diritto comunitario ed una più pronta repressione delle pratiche anticoncorrenziali di rilievo transnazionale. In particolare, nei casi in cui una ANC agisca ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE, ha l'obbligo di informare e consultare preventivamente la Commissione e, viceversa, di fornire assistenza alla stessa Commissione nei casi in cui questa proceda ad accertamenti all'interno del territorio nazionale di appartenenza. Possiamo quindi senz'altro affermare che, come ribadito sia dalle fonti comunitarie<sup>7</sup>, che dalla Corte di Cassazione, la disciplina *antitrust* risponde, in via immediata, all'esigenza di "*tutela della struttura e della logica competitiva del mercato*" intesi come un autonomo e

---

<sup>5</sup> Rebecchini, S., *Competition advocacy: the Italian Experience*, in *Italian Antitrust Review*, 2/2014, pag. 13.

<sup>6</sup> A tale potere, introdotto dal d.l. 201/11, l'AGCM ricorre quando non vi sia spazio per la disapplicazione dell'atto amministrativo e quando ritenga opportuno promuovere la vera e propria rimozione dell'atto, ritenendo insufficiente la sola disapplicazione al singolo caso.

<sup>7</sup> Vedasi ad esempio il considerando 9, Reg. CE 1/2003: "*Gli articoli 81 e 82 del trattato hanno l'obiettivo di proteggere la concorrenza sul mercato*".

“più generale bene giuridico”<sup>8</sup>. In altri termini, tutela la concorrenza, e non i concorrenti: concorrenza come istituzione e/o processo autonomo rispetto alle singole operazioni tra privati, difesa alla stregua di un bene super-individuale tramite l’intervento della mano pubblica.

Appare però subito evidente che le condotte anticoncorrenziali presentino, in maniera potremmo dire connaturata e “genetica”, i caratteri della plurioffensività. Esse infatti non solo ledono gli interessi pubblicistici poc’anzi analizzati, ma sono idonee ad incidere negativamente, in maniera complessa e spesso imprevedibile (se non incalcolabile) sulle posizioni giuridiche dei soggetti che, a vario titolo, operano e “vivono” nel mercato, spesso trovandosi esposti e disarmati davanti a strategie restrittive che appaiono infinitamente grandi rispetto alla singola operazione commerciale. Pertanto, anche se il *public enforcement* costituisce la “pietra angolare”<sup>9</sup> sui cui è stata costruita la tutela della concorrenza nel nostro continente, la prassi applicativa ha fatto emergere che, per rispondere a un elementare criterio di giustizia oltre che per costruire un efficace sistema di deterrenza, è essenziale implementare gli strumenti pubblicistici con altrettanti strumenti di *private enforcement*, intendendo con tale espressione l’azione svolta dai giudici civili a tutela e ristoro delle posizioni giuridiche soggettive che siano state lese da una violazione della normativa *antitrust*. Si delinea quindi un sistema “binario”<sup>10</sup>, sicuramente peculiare e non comune a molti altri settori del diritto, in cui le ANC e gli Organi Comunitari da un lato, ed i giudici nazionali dall’altro sono chiamati a dare attuazione alle stesse norme sostanziali, nazionali ed eurounitarie, seppur nel perseguimento di finalità diverse: tutela

---

<sup>8</sup> Corte di Cassazione, Sez. Un., sent. 20.1.2005, n. 2207, *Unipol S.p.a.*

<sup>9</sup> Valentini, V., De Caro, L., *La tutela della concorrenza: il public enforcement*, in Sassani, B. (a cura di), *Il private enforcement antitrust: dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017.

<sup>10</sup> Cassinis, P., *L’efficacia vincolante delle decisioni antitrust nei giudizi di risarcimento dei danni*, in [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com), 9/2018.

dell'interesse pubblico alla concorrenza e tutela delle situazioni giuridiche soggettive, segnatamente attraverso l'azione risarcitoria.

Tale sistema di *private enforcement* poggia sul principio che gli articoli 2 e 3 della legge n. 287/1990 che gli articoli 101 e 102 TFUE costituiscono norme direttamente applicabili ai rapporti tra privati, idonee a far sorgere in capo a questi ultimi posizioni giuridiche soggettive invocabili davanti al giudice ordinario<sup>11</sup>. Con l'espressione "giudice ordinario" deve intendersi, nel nostro ordinamento, il cd. "Tribunale delle Imprese", ossia le apposite sezioni specializzate di Tribunale e Corte d'Appello istituite con il d.l. 1/2012, che ha modificato l'articolo 33, 2° comma della legge n. 287/1990. Secondo quest'ultima disposizione, il giudice ordinario può espressamente conoscere "le azioni di nullità e risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza" in caso di violazioni di norme *antitrust*.

Sebbene tale possibilità fosse prevista *in nuce* nell'ordinamento comunitario sin dal Trattato di Roma del 1957<sup>12</sup>, essa è stata pacificamente acquisita solo in tempi relativamente recenti, e per via di un percorso a tratti tortuoso che ha ricevuto le prime spinte propulsive sia dalla giurisprudenza (sovente "creativa"<sup>13</sup>) della Corte di Giustizia<sup>14</sup> che, sul piano nazionale, dai nostri giudici di legittimità<sup>15</sup>. Sul punto il vero e proprio *leading case* può essere considerata la pronuncia *BRT c. Sabam*, in cui già nel 1974 la Corte di Giustizia ha affermato che i divieti *antitrust* sanciti dal Trattato siano idonei a produrre effetti diretti nei rapporti tra privati, e pertanto conferiscono in capo

---

<sup>11</sup> Valentini, V., De Caro, L., *La tutela della concorrenza: il public enforcement*, in Sassani, B. (a cura di), *Il private enforcement antitrust: dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.*, cit.

<sup>12</sup> AA. VV., *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report for the European Commission* a cura di Centre for European Policy Studies, Erasmus University Rotterdam e Luiss Guido Carli, 2007.

<sup>13</sup> Corapi, E., *Il risarcimento del danno antitrust: la direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione: modelli a confronto*, Jovene, Napoli, 2018, pag. 95.

<sup>14</sup> Devono citarsi in merito le cause C-127/73, *BRT c. SABAM*; C-435/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*; riunite C-295/04 e C-298/04, *Manfredi ed altri*.

<sup>15</sup> Corte di Cassazione, Sez. Un., sent. 20.1.2005, n. 2207, *Unipol S.p.a.*; Corte di Cassazione, Sez. III, sent. 2.2.2007, n. 2305, *Fondiarìa Sai S.p.a. c. Nigriello*.

a questi ultimi diritti soggettivi che i giudici nazionali devono tutelare<sup>16</sup>. Nella sentenza *Courage c. Crehan* del 2001 la Corte ha per la prima volta affermato, attraverso il ricorso all'articolo 10 del Trattato, che le norme *antitrust*, così come formulate, abbiano portata immediatamente precettiva e conferiscano ai singoli il diritto soggettivo all'azione risarcitoria e di nullità dei confronti di altri soggetti privati. L'obbligo per le Corti nazionali di offrire una effettiva tutela anche risarcitoria alle vittime degli illeciti anticoncorrenziali, viene specificato, discende dall'impegno degli Stati membri alla leale collaborazione nell'assicurare piena efficacia ai Trattati ed alle disposizioni di diritto comunitario derivato. In mancanza, si metterebbe in discussione l'efficacia stessa dell'articolo 81 (oggi 101) del Trattato, in particolare sotto l'aspetto della deterrenza.

È in tale contesto che si inserisce il già citato Regolamento CE 1/2003 che, pur continuando ad attribuire un ruolo determinante alla Commissione, ne limita il monopolio riconoscendo che *“le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie”* anche *“accordando risarcimenti alle parti danneggiate delle infrazioni”*<sup>17</sup>. Proprio su questo punto, nel 2006, la sentenza *Manfredi*, nata da controversie nel settore assicurativo, stabilì che il risarcimento del danno deve essere completo ed integrare danno emergente, lucro cessante ed interessi, sottolineando la necessaria presenza di un nesso causale tra violazione e pregiudizio, nesso che assume anche una funzione selettiva rispetto ai danni risarcibili<sup>18</sup>. Anche nei suoi più recenti approdi<sup>19</sup> la Corte continua ad affermare che l'applicazione del diritto della concorrenza nell'UE si basa su un sistema di *“competenze parallele”* nell'ambito

---

<sup>16</sup> È da ricordare che già nel 1963 con la pronuncia C-26/62, *Van Gend & Loos*, la Corte di Giustizia aveva affermato la necessità di una effettiva tutela da parte dei giudici nazionali dei diritti derivanti dall'ordinamento europeo.

<sup>17</sup> Considerando 7, Regolamento CE 1/2003.

<sup>18</sup> Mazzamurro, M., *L'azione risarcitoria antitrust alla luce del recepimento della direttiva 104/2014/UE: un'occasione mancata?* in *I battelli del Reno*, 2018, pag. 3.

<sup>19</sup> Corte di Giustizia, sent. 23.11.2017, Causa C-547/16, *Gasorba SL, Josefa Rico Gil, Antonio Ferrándiz González c. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*.

del quale sia la Commissione, le ANC e i giudici nazionali possono applicare gli articoli 101 e 102 TFUE.

Questo “parallelismo” di competenze è da intendersi non in senso letterale, dal momento che l’azione pubblicistico-amministrativa e quella privatistico-giurisdizionale sono destinate ad incontrarsi in più di un punto: prova evidente è il fatto che le azioni civili fondate sulle disposizioni in materia vadano distinte, in base proprio al rapporto con le decisioni delle ANC, in *stand-alone* e *follow-on*. Nelle prime, al giudice civile adito spetta in via preliminare il compito di accertare autonomamente la violazione delle regole *antitrust* e, successivamente, provvedere all’eventuale liquidazione del danno patito<sup>20</sup>; le azioni *follow-on*, invece, sono fondate su una violazione già accertata dalla ANC con un provvedimento definitivo (letteralmente lo “seguono”), che costituisce il precedente logico e cronologico, oltre che giuridico, dell’azione civile<sup>21</sup>. Ne deriva, nel primo caso, un più gravoso onere della prova in capo all’attore, che dovrà dare dimostrazione della condotta illecita in tutti i suoi elementi costitutivi. A rendere ancor più difficoltoso l’assolvimento di tale onere sta il fatto che, mentre nei casi di abuso di posizione dominante il soggetto che subisce la condotta abusiva può disporre in qualche modo della prova documentata della stessa (pensiamo per esempio agli abusi escludenti), in caso di intese restrittive il soggetto leso si troverà in una posizione di asimmetria informativa difficilmente superabile per un privato.

---

<sup>20</sup> Sono esempi di procedimenti *stand-alone* il caso *Bluvacanze* deciso dalla Corte d’Appello di Milano il 11.7.2003 ed il caso *Juventus F.C.* deciso dalla Corte d’Appello di Torino il 6.7.2000. Circa le difficoltà di allegazione nell’azione *stand-alone* il Tribunale di Milano (sentenza del 23.6.2014, *Eutelia c. Telecon Italia*) ha affermato che “*si deve ritenere che l’onere probatorio a carico dell’attrice sia necessariamente più rigoroso, non potendo la parte che agisce in giudizio avvalersi delle presunzioni più favorevoli riconosciute dalla giurisprudenza per le azioni che facciano seguito alle indagini condotte dalle Autorità garanti dello specifico settore*”.

<sup>21</sup> Sono esempi di procedimenti *follow-on* il caso *Telsystem* deciso dalla Corte d’Appello di Milano il 18.7.1995 ed il caso *Manfredi* deciso dal Giudice di Pace di Bitonto il 21.5.2007.

La casistica, che vede una prevalenza delle azioni *follow-on*, sembra dare riscontro di queste difficoltà<sup>22</sup>. Ecco quindi che la possibilità di avvalersi nell'ambito di un'azione civile dell'accertamento di una ANC, compiuto in forza del suo apparato operativo e dei penetranti poteri istruttori di cui è dotata, rappresenta non solo una piena e concreta attuazione di quel diritto soggettivo alla tutela contro violazioni *antitrust* sancito dai trattati, che rischierebbe altrimenti di restare lettera morta, ma riconduce ad unità le due dimensioni dell'*enforcement*. Tale meccanismo fa apparire chiaramente che tra esse non esiste alcun *trade-off*<sup>23</sup> dal momento che un efficace coordinamento tra *public* e *private enforcement* consente di rafforzare entrambi i canali di tutela, valorizzando le peculiarità che ognuno di essi presenta<sup>24</sup>.

Un *public enforcement* incisivo nella lotta ai cartelli e capace di produrre forti decisioni di accertamento delle infrazioni fornisce la base per un'effettiva tutela dei diritti davanti ai giudici nazionali, e una effettiva tutela dei diritti soggettivi da parte di questi ultimi consente alle autorità amministrative di concentrarsi sulle priorità dell'interesse pubblico, in un circolo virtuoso. E' vero che il *public enforcement*, mirando in concreto alla massimizzazione del benessere della categoria dei consumatori in sé considerata nonché alla tutela delle istanze imprenditoriali a operare in una *workable competition* approccia la tematica della concorrenza da una dimensione squisitamente macroeconomica<sup>25</sup>, mentre la tutela giurisdizionale deduce in giudizio la singola operazione negoziale, in un'ottica microeconomica: ma tale distinzione rischia di

---

<sup>22</sup> È però bene tenere presente che i dati statistici possono essere condizionati dalla stessa definizione di azione *follow-on*: una interpretazione più restrittiva limita le azioni consequenziali a quelle intentate dalle parti che hanno partecipato al procedimento amministrativo; per contro una interpretazione più estensiva vi include anche le azioni esercitate da parti che, pur non avendo partecipato al procedimento, hanno analogo interesse all'accertamento.

<sup>23</sup> Chieppa, R., *Il recepimento in Italia della Direttiva 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM, Relazione al convegno "Verso il recepimento della Direttiva 2014/104/UE sul risarcimento del danno antitrust"*, Roma, 11 settembre 2015, in *Il Diritto industriale*, 2016, fasc. 4.

<sup>24</sup> Bruzzone, G., Saija, A., *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, in *Mercato Concorrenza regole*, 1/2017, pag. 9.

<sup>25</sup> Miccoli, L., *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/14 e del d.lgs. 3/2017*, in *Jus Civile*, 4/2017, pag. 348.

diventare una *fictio se*, ragionando in termini di economie di scala, realizziamo come le due dimensioni siano necessariamente collegate e ricondotte ad un unico “ecosistema” giuridico ed economico.

Ma è ovvio che non basta enunciare un principio perché esso abbia concreta attuazione. Se negli ordinamenti continentali la necessaria complementarità<sup>26</sup> di *public* e *private enforcement* appare ormai un dato acquisito nella *law in books*, lo stesso non può dirsi per quanto riguarda la *law in action*, dove gli strumenti di tutela giurisdizionale assumono un ruolo ancora marginale, per non dire di semi-clandestinità<sup>27</sup>. Basti pensare che, in Europa, le azioni di danno *antitrust* intentate dinanzi i Tribunali delle Imprese sono state 24 nel 2014, 33 nel 2015 e 5 nella prima metà del 2016<sup>28</sup>. A livello comunitario, solo il 25% delle azioni di accertamento e sanzione emesse dalla Commissione tra il 2006 ed il 2012 è stato seguito da azioni risarcitorie incardinate presso i giudici nazionali<sup>29</sup>. Queste stime devono tenere conto di una realtà profondamente disomogenea tra i singoli Stati membri: tali azioni sono incardinate prevalentemente nel Regno Unito (senza dubbio il sistema giuridico europeo in cui il *private enforcement* è più sviluppato), in Germania e Olanda, giurisdizioni dotate di norme procedurali tendenzialmente meno complesse e più favorevoli ai soggetti danneggiati. Non è difficile immaginare che una simile disparità normativa incentivi gli autori delle violazioni a scegliere il foro più conveniente ove incardinare la propria causa, a detrimento dell’effettività di accesso alla giustizia per le vittime<sup>30</sup>. Un secondo dato di disomogeneità è rappresentato dal fatto che la quasi totalità delle azioni è intentata da imprese medio-grandi: quanto ai consumatori, solo

---

<sup>26</sup> Libertini, M., *Il ruolo necessariamente complementare di “public” e “private enforcement” in materia di antitrust*, in Maugeri, M. e Zoppini, A. (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione dei mercati*, Il Mulino, Bologna, 2009, pagg. 171 e ss.

<sup>27</sup> Giannaccari, A., *In tema di private enforcement: sulla rotta giusta?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2017, pag. 143.

<sup>28</sup> Pardolesi, R., *Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico e dove trovarlo*, in Sassani, B. (a cura di), *Il private enforcement antitrust: dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, cit.

<sup>29</sup> Chiappa, R., *Il recepimento in Italia della Direttiva 2014/104/UE e la prospettiva dell’AGCM*, *Relazione al convegno “Verso il recepimento della Direttiva 2014/104/UE sul risarcimento del danno antitrust”*, Roma, 11 settembre 2015, cit.

<sup>30</sup> Howard, A., *The Draft Directive on Competition Law Damages. What does it means for infringers and victims?*, in *European Competition Law Review*, 2014, vol. 35, n. 1.



lo 0,1% di quanti subiscono un danno a seguito di violazioni del diritto *antitrust* agisce in giudizio per chiedere il risarcimento dello stesso.

## 2. Il confronto con il modello statunitense

Per comprendere quale sia il posto cui il *private enforcement* è attualmente relegato nel contesto comunitario basta notare che ad esso è riferibile solo il 10% delle azioni a difesa della concorrenza, mentre il restante 90% rimane veicolato dagli interventi di *public enforcement*. Appare interessante, su questo punto, un confronto con il più antico sistema *antitrust* del mondo, quello statunitense, dove tale rapporto appare curiosamente rovesciato: negli USA il 90% delle azioni *antitrust* sono portate davanti ai tribunali civili, mentre le agenzie federali si occupano solo del residuale 10% dei casi. Uno spunto di comparazione tra i sistemi di *enforcement* europeo e statunitense può apparire utile per comprendere quali soluzioni normative possano esserci dietro queste percentuali “speculari”. La prima differenza tra i due sistemi, che permette di comprendere al meglio le altre, sta proprio nella diversa concezione del principio di libertà di concorrenza e di impresa: in Europa la libera concorrenza si pone come alternativa dicotomica all’intervento dello Stato nell’economica ed a tutti quei fenomeni limitativi della libertà di circolazione di persone, beni, servizi e capitali che costituisce le fondamenta dell’istituto comunitario; negli Stati Uniti, invece, il sistema *antitrust* è volto essenzialmente a contrastare formazioni monopolistiche private, al fine di salvaguardare il principio di libera impresa in libero mercato, e le condotte che infrangono tale divieto assurgono a rilevanza penale<sup>31</sup>, potendo essere conosciute da qualsiasi giudice.

Per quanto riguarda la dimensione civilistica, nel diritto statunitense il contenzioso tra privati riveste un ruolo preponderante rispetto al contenzioso originato dalle agenzie di *public enforcement*: la *private action* è la spina dorsale<sup>32</sup> del sistema di attuazione del

---

<sup>31</sup> Così l’articolo 2 dello Sherman Act del 1890.

<sup>32</sup> Cassano, G., *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, UTET, Torino, 2018.

diritto *antitrust*. Dal momento che la condanna al risarcimento dei danni costituisce la sanzione più diffusa ed efficace contro le violazioni, l'intervento governativo viene limitato ai casi più gravi, a tutto beneficio per il budget federale. L'utilizzo dell'azione civile *antitrust* negli USA ha subito un incremento a partire dagli anni Sessanta, passando da un rapporto di uno a sei all'odierno rapporto di uno a dieci<sup>33</sup>: tra i fattori che hanno favorito questa crescita rientrano sicuramente strumenti come le *class action*, che consentono a gruppi di consumatori danneggiati l'esercizio collettivo dell'azione risarcitoria; i *treble damages*, veri e propri danni punitivi con funzione deterrente che affiancano il risarcimento compensativo in una misura tre volte superiore al danno effettivamente patito<sup>34</sup>; inoltre, esistono regole uniformi che disciplinano lo *standing to act* e il risarcimento del danno: appare evidente la differenza con l'UE, ove gli articoli 101 e 102 TFUE trovano applicazione attraverso le diverse normative nazionali, sia di tipo sostanziale (ad esempio per la determinazione dei presupposti della responsabilità civile) che procedurale (come per la legittimazione attiva); non da ultimo, la possibilità di utilizzare le sentenze definitive della Federal Trade Commission come prova *prima facie*, previsto dalla Sezione 5 del *Clayton Act* già nel 1914. Sebbene consapevoli che la risposta all'esigenza di potenziare il *private enforcement* nel nostro continente non possa essere quella di riproporre pedissequamente le soluzioni previste dall'ordinamento statunitense, basato su una *litigation culture* che si esprime in istituti, come quello dei danni punitivi, avulsi dalla cultura giuridica continentale, rimane il fatto che, in riferimento al prodotto interno lordo, la "cartellizzazione" europea è tre volte quella statunitense, e che il 60% delle imprese riconosciute responsabili ha il proprio quartier generale in Europa<sup>35</sup>. E l'apparato sanzionatorio, da solo, non risulta particolarmente efficace, come

---

<sup>33</sup> Cassano, G., *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, cit. Vedi sul punto anche Bainbridge, T., *The EC leniency programme. Hamstrung by private litigation?*, in *Competition Law Insight*, 2018, vol. 17, n. 6, pag. 9.

<sup>34</sup> "Treble damages were designed in part to punish [and] to deter future antitrust violations", United States Supreme Court, *American Society of Mechanical Engineers Inc. c. Hydrolevel Corp*, 1982.

<sup>35</sup> Pardolesi, R., *Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico e dove trovarlo*, in Sassani, B. (a cura di), *Il private enforcement antitrust: dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.*, cit.

testimonia un tasso di recidiva delle infrazioni che tocca il 54%: è naturale desumere che le imprese, anche quando vengono “colte sul fatto”, abbiano aspettative di profitto talmente elevate da giustificare la reiterazione dei comportamenti illeciti. Questo perché un sovrapprezzo anticoncorrenziale, sebbene ridotto, se applicato su scala macromassiva può produrre profitti, ed al contempo danni, di enorme rilevanza.

Si stima che un sistema di *private enforcement* più efficace in ambito europeo porterebbe a risarcimenti potenziali per 25,7 miliardi di euro l'anno<sup>36</sup> : cifra ancor più impressionante se consideriamo che corrisponde a circa 51 euro per ogni abitante dell'UE. L'impatto delle intese restrittive di dimensione comunitaria, poi, è stato calcolato in un *range* tra i 25 ed il 69 miliardi di euro.

### 3. L'evoluzione più recente e lo scenario futuro

Questo il quadro che si è trovato davanti il legislatore comunitario quando, dopo l'adozione del Regolamento CE 1/2003, la Commissione iniziò a interrogarsi sull'opportunità di fissare un nucleo di regole comuni per facilitare l'esercizio delle azioni civili risarcitorie derivanti da violazioni della disciplina *antitrust*, armonizzando le diverse normative nazionali.

Siamo all'inizio di un percorso molto travagliato che sfocerà nell'adozione della Direttiva 2014/104/UE, passando per tre tappe fondamentali: la pubblicazione del Libro Verde del 19 dicembre 2005, la pubblicazione del Libro Bianco del 2 aprile 2008 ed infine una prima proposta di Direttiva della Commissione Europea, poi abortita per mancanza di condivisione su alcuni aspetti della disciplina particolarmente delicati.

Nel Libro Verde la Commissione, evidenziando l'importanza del risarcimento danni come strumento di rimedio ai danni *antitrust*, prese le mosse da una situazione che,

---

<sup>36</sup> AA. VV., *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report for the European Commission a cura di Centre for European Policy Studies, Erasmus University Rotterdam e Luiss Guido Carli, 2007.*