

***Diritto antitrust e diritto civile: complessità di un rapporto complementare***

**A cura di FRANCO GABOARDI**

La tutela del diritto *antitrust* è un problema che si può definire ormai universale, ma dagli anni duemila in poi ha assunto una rilevanza fondamentale proprio per la competenza trasversale, in materia di concorrenza, tra le legislazioni nazionali e quelle europee. In queste poche righe si cerca di mettere in luce con semplicità ciò che è utile conoscere in questo settore, non solo come studiosi ma anche come soggetti coinvolti, in quanto consumatori, utenti, contraenti e quindi destinatari di situazioni giuridiche delicate e degne di massima garanzia da parte degli ordinamenti interni ed internazionali. Sicuramente questa tutela è fortemente richiesta dai consumatori-contraenti, con alcune motivazioni di fondo. Tra queste ne emergono in particolare due, una di tipo “difensivo” e una di tipo “offensivo”. Quella difensiva offre una protezione in cui il contraente chiede la nullità del contratto che lo ha vincolato ad un’impresa, la quale a sua volta ha aderito ad un accordo in cui il contenuto illecito è evidente. Si pensi, ad esempio, al caso di sfruttamento abusivo di posizione dominante (e in Italia se ne hanno, purtroppo, svariati esempi...dove la concorrenza è ancora vista come ostacolo al libero esercizio degli affari finanziari, privati e pubblici). Ciò, per l’impresa rappresenta la possibilità di sciogliere il contratto evitandone così l’adempimento.

La motivazione offensiva, invece, è orientata ad ottenere il risarcimento del danno subito a causa dell’illecito anticoncorrenziale, senza che siano state presentate pretese risolutorie, di tipo parziale o totale, riguardanti il rapporto contrattuale. A questo proposito intervengono le norme europee che tutelano la concorrenza, con azioni congiunte dei poteri pubblici competenti, quelli amministrativi e quelli giurisdizionali interni alla nazione ed europei, c.d. *public enforcement*.

Ma l’attuazione delle disposizioni antitrust viene realizzata efficacemente anche attraverso l’iniziativa dei privati, c.d. *private enforcement*. Infatti, questo tipo di azione dei privati, che può avere lo scopo di essere di tipo difensivo od offensivo, consente di rivolgersi ai giudici nazionali per chiedere (*pétere*) la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi, una tutela immediata e diretta di posizioni giuridiche soggettive attive fondamentali nell’ordinamento nazionale ed europeo. La lesione di questi diritti soggettivi è provocata da violazioni *antitrust*. Ecco che l’*enforcement* delle norme antitrust si giustifica attraverso i meccanismi di “scudo” o di “spada” che sono legati da un rapporto complementare; da un lato mirano alla soddisfazione dell’interesse pubblico rivolto all’effettiva concorrenza nel mercato e dall’altro mirano al perseguimento dell’interesse privato per

coloro che vogliono ottenere il giusto risarcimento del danno *antitrust*, subito a causa delle scorrette condotte anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese.

E' evidente il ruolo decisivo ed importante che viene esercitato dai soggetti privati, che hanno la facoltà di adire il giudice nazionale per violazioni *antitrust* di rilievo nazionale ed europeo, garantendo alla giustizia nazionale un apporto fondamentale al funzionamento del sistema europeo dei pubblici poteri. Il fatto di poter intervenire nel procedimento amministrativo d'indagine, individuando gravi infrazioni e consentendo soluzioni più morbide tali da evitarle.

Anche la Corte di giustizia europea riconosce il diritto al risarcimento del danno, quando si sia in presenza di norme *antitrust*, essendo in linea con la giustizia nazionale nel costituire un deterrente ai tentativi più o meno maldestri di alterare il mercato con situazioni illecite, o anche solo definibili come "opache", o ancora come "ibride", secondo l'interpretazione dei giudici europei. (CGUE, C-453/99, *Courage*).

E' poi la Commissione europea che sta progressivamente disciplinando l'azione risarcitoria proponibile dai privati davanti ai giudici nazionali per violazioni di norme *antitrust* europee, occupandosi anche della quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento, come previsto dagli artt. 101 e 102 TFUE.

La Corte di Cassazione riconosce, nel nostro ordinamento, che "la legge *antitrust* costituisce una disciplina posta a tutela degli interessi non soltanto delle imprese ma di tutti i soggetti del mercato, compresi i consumatori finali, ai quali è riconosciuta la legittimazione all'azione di accertamento della nullità dell'intesa restrittiva della concorrenza e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 della l. n. 287 del 1990" (Cass., SS.UU., n. 2207/2005).

La legge italiana, inoltre, ha ulteriormente rafforzato le possibilità di tutelare i consumatori, assicurando che coloro che siano nella condizione di vantare diritti individuali, legati da criteri di omogeneità, possano ottenere un'azione collettiva (*class-actions*) risarcitoria anche nei casi che ravvisano comportamenti anticoncorrenziali (art. 140 *bis* del Codice del consumo).

E' evidente che, la garanzia di successo di queste azioni risarcitorie è subordinata all'efficacia dei poteri di controllo e vigilanza previsti dalle norme nazionali ed europee, con la conseguente e concreta applicazione delle sanzioni.

Ritornando ancora sui profili difensivi e offensivi dell'*antitrust*, si può affermare che la maggior parte delle sentenze in merito alla questione ha come oggetto la legittimità delle clausole contrattuali applicate, per esempio, dalle banche in una serie di contratti destinati alla clientela, secondo le norme uniformi bancarie, NUB. E ci si riferisce, in modo particolare, ai conti correnti, alle fidejussioni, alle determinazioni dei tassi debitori e altro ancora, dietro lo schermo dei formulari predisposti dall'ABI. I consumatori hanno predisposto azioni a loro tutela in modo da estendere la

nullità delle NUB, avendole identificate come intese restrittive nei rapporti tra clienti e banche, e ravvisando in esse la frequente pratica di sfruttamento abusivo della posizione dominante tipica degli istituti di credito<sup>1</sup>.

La giurisprudenza non è univoca in favore delle dichiarazioni di nullità delle clausole contrattuali, anzi in questo senso è minoritaria; infatti, l'orientamento favorevole a giustificazione della nullità riguardano in particolare le clausole predisposte dall'ABI che "costituiscono una violazione del principio di libertà di concorrenza, che in linea di principio, si configura come una delle caratteristiche della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost. In tal modo risulta violato il c.d. ordine pubblico economico e tali singole clausole contrattuali sono nulle per illiceità della causa, ai sensi dell'art. 1343 c.c."<sup>2</sup>.

Quindi, dato per certo che il principio del libero mercato è ormai parte integrante anche dell'ordinamento italiano, esso costituisce un insieme di norme imperative che agevolano i consumatori nel rispetto della disciplina *antitrust* nell'ottenere la nullità dell'intero contratto, che sia basato su clausole anticoncorrenziali, in nome della c.d. "tipicità" contrattuale. Ma la richiesta di risarcimento del danno, che è poi l'effettivo ristoro che il consumatore ha diritto di ottenere a causa di un comportamento illecito e conseguente nullità contrattuale (in questo caso danno precontrattuale) spesso riceve scarsa considerazione. In taluni casi il consumatore non richiede il risarcimento, in altri casi tale risarcimento è dovuto, secondo l'interpretazione di parte della giurisprudenza, solo qualora ricorrano gli estremi della responsabilità precontrattuale, senza precisi parametri di riferimento<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Si veda CGCE, 21 gennaio 1999, Bagnasco c. BP Novara, C-216/96, in *Foro it.*, 1999, IV, 41, e 130 nota di S. Bastianon, *La fideiussione omnibus, il diritto antitrust e l'araba fenice*. La CGCE in questo caso non è entrata nel merito della questione, non avendo riscontrato la rilevanza comunitaria dell'intesa.

<sup>2</sup> Trib. Roma, 24 febbraio 1997, in *BBTC*, 1999, II, 256, con nota di redazione di R. Pennisi; in *Gco*, 1999, II, 449, con nota di A. Gruccione; *contra* Trib. Alba, 12 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1996, II, 212 e ss., 225, con nota di G. Rossi, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle nub*, che afferma che la tipicità dei contratti bancari escluderebbe l'ipotesi di illiceità della causa.

Tesi che non convince chi scrive, per le ragioni anzidette di tutela e garanzia del consumatore, derivanti anche da norme dell'UE direttamente applicabili nel nostro ordinamento. Il fatto di considerare "tipico" un contratto non esclude automaticamente che esso possa ravvisare profili di illiceità della causa; infatti, chi scrive ritiene che dopo il 1990 il principio del libero mercato è divenuto parte integrante dell'ordinamento pubblico italiano e costituisce un *corpus* di norme imperative, quindi inderogabili. Queste norme, nel caso di contrasto con la disciplina *antitrust* che favorisca un'intesa che non consenta al consumatore di rivolgersi alle imprese concorrenti, sanciscono la nullità dell'intero contratto, ex art. 1418 c.c.).

<sup>3</sup> Trib. Roma, 24 febbraio 1997, in *BBTC*, *cit.*, 256. Per quanto riguarda, poi, la possibilità, per un'impresa aderente ad un'intesa, di ottenere il risarcimento del danno v. CGCE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage Ltd. C. Crehan*, *FI*, 2002, IV, 75, con nota a commento di A. Palmieri – R. Pardolesi, *Intesa illecita a risarcimento a favore di una parte: chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni*.

Qual è l'orientamento che respinge la nullità, quindi la possibilità di ottenere un risarcimento del danno? Il ragionamento si fonda sul fatto che le clausole frutto di un'intesa sono regolate da disciplina differente a seconda del contesto giuridico in cui sono impiegate. Alcune sono vietate come quelle concordate a priori tra le imprese; quelle, invece, previste nei contratti "a valle" configurano condizioni generali del contratto di diritto privato liberamente accettate dai consumatori; solo quando queste clausole siano dimostrate come lesive della disciplina a favore dei consumatori (artt. 1341, 1342 c.c. e del consumo) allora scatta la tutela risarcitoria, essendo la normativa *antitrust* finalizzata a garantire la libertà di concorrenza in sé e non anche gli interessi dei consumatori e questa specificazione giuridica sembra alquanto rilevante ai fini dello studio, e rappresenta quella che si può definire "chiave di lettura"<sup>4</sup>.

Vi è poi da aggiungere che la nullità totale dei contratti a valle stipulati dal contraente creerebbe un certo disordine e confusione nella certezza dei rapporti giuridici, potendo provocare implicazioni negative sulla libertà e correttezza dei traffici economici anche di grande respiro internazionale, travisando così la logica della disciplina *antitrust* (v. Trib. Torino, 16 ottobre 1997, *cit.*, 91).

Ancora oltre, i contratti generati in dipendenza di un accordo *antitrust* illecito, che quindi ha tutte le caratteristiche per essere dichiarato nullo, mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento del danno nei confronti dei distributori da parte degli utenti<sup>5</sup>.

L'*antitrust* visto come strumento "offensivo" e non più "difensivo" è utilizzato per di più dai consumatori-contraenti in un contesto ristretto e specifico che è quello assicurativo ed in particolare nel ramo delle polizze di responsabilità civile automobilistica. Infatti, dopo una condanna esemplare inflitta dall'AGCM alle compagnie assicurative per aver organizzato un'intesa a favore dell'aumento dei costi delle polizze del 20% ca, gli assicurati hanno richiesto il recupero della somma equivalente all'aumento ritenuto illecito. Le prime cause intentate presso il giudice di pace ebbero esito favorevole ai consumatori, come ci si attendeva, ai quali fu riconosciuto che l'intesa tra

---

<sup>4</sup> V. Cass., 4 marzo 1999, n. 1811, in *Riv. dir. ind.*, 2000, 421 e ss. Con nota di commento di G. Tassoni, *Le nub nel diritto della concorrenza*; Corte App. Torino, 27 ottobre 1998, Trib. Torino, 16 ottobre 1997, 91; Trib. Milano, 25 maggio 2000, in *BBTC*, 2001, 87 e ss., 96, con nota di commento di G. Falcone, *Ancora sull'invalidità dei contratti a valle per contrasto delle norme bancarie uniformi con la disciplina antitrust*; Trib. Alba, 12 gennaio 1995, *cit.*

<sup>5</sup> V. Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Foro it.*, 2004, 466 commentata con Cass., ord. 17 ottobre 2003, n. 15538, GdP Albano Laziale, 10 settembre 2003, con nota di M. Granieri, con nota di R. Pardolesi, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*; con nota di F. Ferro Luzzi, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e aurea aequitatis (ovvero delle convergenze parallele di democristiana memoria!)*; in *Danno e resp.*, 2003, 1067 con commento di S. Bastianon. La sentenza cassa la C. App. di Brescia, 29 gennaio 2000, *cit.*, che aveva sancito la nullità del contratto, precisando che "spetta all'attore fornire prova del danno derivatogli dall'applicazione delle condizioni contrattuali, lasciando supporre che le sanzioni alle intese stabilite dall'AGCM e le eventuali successive conferme di tali decisioni davanti al TAR Lazio ed al Consiglio di Stato non siano idonee a provare il danno subito dal singolo consumatore. V. anche *Cons. St.*, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, 482, con nota di L. Lambo, e nota di G. Scarselli, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controllori giurisprudenziali*.

compagnie era illecita e di conseguenza l'aumento era stato indebitamente percepito e doveva essere restituito, ex art. 2033 c.c.). Ovviamente, la reazione delle compagnie assicurative fu quella di ricorrere in Cassazione, opponendo il regolamento di competenza; infatti, l'art. 33, co. 2, l. at. prevede che la competenza a decidere sul risarcimento del danno derivante da lesione del diritto *antitrust* sia quella della Corte d'Appello competente per territorio. Ma la Cassazione, giudice dei giudici, ha risolto la questione negando la competenza della Corte d'Appello, in quanto la normativa sulle intese è rivolta a disciplinare "solo i rapporti intercorrenti fra imprese e non conferisce ai consumatori nessuno strumento per reagire alla loro esistenza e ai danni subiti, se non il potere di denunciare e chiedere l'intervento da parte delle autorità competenti individuate dalla legge *antitrust*".<sup>6</sup> Dunque, i consumatori possono reclamare il risarcimento dei danni dimostrando, con un'ordinaria azione di responsabilità in base ai criteri di competenza, che la condotta dell'impresa ha leso un loro diritto soggettivo, che non può essere identificato nella stessa intesa vietata.

E' intervenuta, poi, la terza sezione della Cassazione a chiedere, invece, la pronuncia a sezioni unite circa la competenza a decidere sulla nullità dell'intesa ovvero il risarcimento del danno chiesti dal consumatore<sup>7</sup>. Quindi l'orientamento non è univoco, e si può notare anche una certa disinvoltura giurisprudenziale che talvolta non fornisce con sufficiente chiarezza un punto di riferimento sicuro per i consumatori. Le ragioni che hanno condotto la terza sezione a essere in contrasto con l'orientamento della sentenza n. 17475/2002 si fondano sull'assunto che è difficile stabilire a priori quali siano i soggetti che possono subire un pregiudizio dalla violazione della disciplina *antitrust* e, di conseguenza, indicare chi sia legittimato ad agire. Occorre effettuare un'analisi caso per caso, applicando le norme generali in materia di illecito e nesso di causalità, tenendo presente che il comportamento anticoncorrenziale si può prorogare secondo lo schema della reazione a catena. Infatti, l'ordinanza richiama anche il caso *Courage, cit.*, indicandolo come il precedente che ha sancito irrevocabilmente la legittimazione di chiunque ad invocare la normativa *antitrust* per il risarcimento del danno causatogli da un contratto o comportamento che possono restringere o addirittura falsare il gioco della concorrenza. La legittimazione ad agire di chiunque abbia subito un danno è stata comunque ribadita dalla Corte di Giustizia UE interpellata a riguardo proprio da un consumatore italiano sul caso dell'rc auto<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> V. Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro. it.*, 2003, I, 1121. La Corte ha respinto il ricorso per regolamento di competenza, dato che questo era precluso per le pronunce del giudice di pace ex art. 46 cpc, ma lo ha ammesso come ricorso ordinario, valutando che esso conteneva i requisiti di sostanza e di forma di cui all'art. 360 cpc.

<sup>7</sup> V. Cass. ord. 17 ottobre 2003, n. 15538, in *Foro it.*, 2003, I, 2938 con nota di A. Palmieri.

<sup>8</sup> (CGCE, 13 luglio 2006, C-295-298/04, in *Danno e resp.*, 2007, 24, con nota di G. Afferini).

La sentenza 2207 del 4 febbraio 2005 delle Sezioni Unite della Casazione ha finalmente affermato, senza ambiguità, l'applicazione della legge antitrust anche ai consumatori, dichiarando competente la Corte d'Appello (prima negata). Quali le motivazioni? Prima di tutto che la legge antitrust è funzionale ed efficace per la tutela del consumatore (cfr. art. 4 l. at.); in secondo luogo, l'illiceità dell'intesa tra imprese si ripercuote sul consumatore, privandolo del suo diritto di scelta vera tra i prodotti che devono essere in concorrenza; in terzo luogo, la possibilità di scelta del consumatore è un "interesse rilevante" per l'ordinamento giuridico ed integra quello che si definisce il danno ingiusto ex art. 2043 c.c., rendendo quindi applicabile l'art. 33 l. at.

In pronunce successive (ad es. Cass., 13 luglio 2005, n. 14176; Cass., 26 agosto 2005, n. 17398; Cass., 27 ottobre 2005, n. 20923), la Corte ha manifestato il chiaro orientamento di mantenere l'impianto sostanziale descritto, insistendo sull'onere della prova a carico dell'attore che vuole dimostrare il suo danno. Infatti, egli deve produrre la polizza e l'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale, da cui il giudice potrà con criteri di logica giuridica accertare l'esistenza dell'elemento che garantisce la possibilità di ottenere il risarcimento del danno, cioè l'esistenza del "nesso causale", che a volte non è facile dimostrare. Il nesso causale tra l'intesa illecita ed il danno lamentato<sup>9</sup>. Vi è anche da dire che la Corte indugia sul fatto che il danno sofferto dal consumatore è anche la "perdita delle *chances*", cioè delle possibilità di ottenere condizioni migliori di polizza nel caso in cui il mercato assicurativo non fosse stato alterato dalla condotta anticoncorrenziale. Inoltre, secondo la Corte il termine da cui incomincia a decorrere la prescrizione è quello in cui si ha notizia della nullità dell'intesa.

La dottrina prevalente è concorde con l'interpretazione della Corte di cassazione, che ha qualificato il diritto alla concorrenza come un diritto soggettivo del consumatore, anche se vi sono orientamenti che si discostano da questa impostazione. Ad esempio alcuni sostengono la nullità delle intese in quanto ritenute "oggetto" di comportamenti illeciti *tout court* (A. Bortolotti, *op. cit.*, 1877, *contra* M. Tavassi, F. Scuffi, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, 298); poi vi è chi considera la violazione di legge antitrust come la "causa" di un illecito civile (M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 937; così anche M. Negri, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore*, nota a Cass.

---

<sup>9</sup> Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, 22, (sentenza inedita) con cui la Corte ribadisce che "il contratto finale tra imprenditore e consumatore costituisce il compimento stesso dell'intesa anticompetitiva tra imprenditori". Sempre la Corte nella stessa sentenza richiama la CGCE, 13 luglio 2006, *cit.*, la quale stabilisce che "è compito del giudice nazionale valutare se considerare come inizio della decorrenza della prescrizione il giorno in cui è stata posta in essere l'intesa renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito".



17475/02, *Corr. giur.*, 2003, 757). Quindi si tratta di valutare se si tratti di “norme di validità” (giurisprudenza di merito) o “norme di condotta” (giurisprudenza di legittimità – Cass. SS.UU.) e la differenza d’impostazione non è irrilevante e consiste nel fatto che nel primo caso il contratto non è valido, mentre nel secondo caso l’adempimento dell’intermediario verso il cliente è quella la ragione di risarcimento del danno. La conseguenza logica di ciò, cercando di semplificare e riassumere, è che il contratto a valle attua l’intesa e quindi genera la fattispecie anticoncorrenziale contro la legge; mentre il non rispetto di regole di condotta non genera un contratto contro l’ordinamento giuridico, ma mina le garanzie che devono tutelare il contraente “debole”, nella fase che precede la stipulazione del contratto stesso. Vi sono altre interpretazioni intermedie e alcune che si limitano ad individuare nell’equità lo strumento più idoneo per dirimere le controversie di questo tipo (G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 112).

Si può, dunque, ricapitolare che il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura sostanziale circa l’esistenza o meno di una effettiva tutela dei consumatori-contraenti, ad opera della legge *antitrust*, si ridimensiona molto verso una questione meramente processuale, che volendo estendere la tutela ai consumatori, paradossalmente finisce per sfavorirli, in quanto essi dovranno sostenere costi (e tempi) maggiori a fronte di un danno che spesso non supera poche centinaia di euro. Questa è la spiacevole realtà dei fatti che ingiustamente, a parere di chi scrive, sposta l’azione davanti alla Corte d’Appello invece di lasciarla al Giudice di pace, con conseguenze non indifferenti, quindi, sui costi e sui tempi di risposta della giustizia. Anche l’assenza di risposte collettive generalizzate, come le *class actions*, riduce di molto l’effetto di deterrenza, anche se le ultime leggi di bilancio hanno legittimato alcune forme di azione collettiva per le associazioni di consumatori, facendo leva sulla protezione dei c.d. interessi diffusi, individuati dalla dottrina storica come posizioni giuridiche soggettive attive che però godono di una tutela “indiretta” e “mediata”, a differenza dei diritti soggettivi di cui sopra. E’ vero che dopo la sentenza n. 500/99 della Cassazione poco importa la provenienza della figura giuridica che chiede tutela, ma è importante il risultato, cioè la possibilità che comunque si possa arrivare al ripristino della situazione *quo ante*, quindi addivenire al risarcimento del danno subito, garantendo un equo ristoro per il destinatario, consumatore-contraente, che ha dimostrato correttamente il nesso di causalità, il tutto di fronte ad un giudice territoriale efficiente nei tempi, nei modi e nei costi.

L’ambito del diritto civile che riguarda l’abuso di posizione dominante coinvolge la dottrina, la quale è sostanzialmente unanime nel ritenere che i consumatori debbano essere tutelati dalla legge *antitrust*, per il fondato motivo che essi sono lesi dall’effetto sfruttamento da parte di chi fa

sottoscrivere un contratto con un'impresa in posizione dominante<sup>10</sup>. Tutelare significa, per prima cosa, far dichiarare nullo il contratto ex art. 1343 c.c., una nullità definibile “di protezione”, come principio generale dell'ordinamento contro gli squilibri fra contraenti<sup>11</sup>, riconducendo il diritto di richiesta della nullità contrattuale proprio solo al consumatore, una nullità relativa non totale, cioè idonea a sostituire la clausola che rende possibile l'abuso. Il medesimo ragionamento può essere esteso anche alle intese in ambito del contratto a valle.

Come è stato dimostrato, i privati si trovano spesso per vari motivi in uno stato di soggezione di fronte all'esercizio del potere in quanto tale, sia questo derivante dalla pubblica amministrazione sia dall'abuso di posizione dominante da parte delle imprese. A ciò si contrappongono dei rimedi, come le garanzie procedurali, i poteri sanzionatori e i nuovi strumenti di tutela *antitrust*; il potere di diffida (art. 15, l. n. 287/1990), che è un potere funzionale ad una “sostanziale armonizzazione delle sanzioni in materia *antitrust*” (Cons. St., n. 5368/2004 e 3408/2005, poi il caso *Jet fuel* in Cons. St., nn. 421 e 424/2008, 594 e 597/2008). La sanzione tipica è quella pecuniaria, cioè l'irrogazione di un'ammenda che le autorità pubbliche possono comminare nell'ambito di un potere discrezionale ampio nell'*an* e nel *quantum*. L'orientamento della Commissione europea riguarda un intervento di *soft law*, innalzando il livello sanzionatorio con effetto maggiormente dissuasivo, cambiando la *policy* delle sanzioni e della loro efficacia. Gli effetti dissuasivi e repressivi dei comportamenti anticoncorrenziali sono oggi all'attenzione massima degli organismi europei competenti, ma non escludono strumenti innovativi e collaborativi tra le imprese, al fine di prevenire ed eliminare gli effetti distorsivi anticoncorrenziali degli illeciti *antitrust*, come ad esempio gli “impegni”. Essi vengono proposti volontariamente dall'impresa sottoposta ad accertamento, in modo da tranquillizzare l'autorità che vigila sui comportamenti anticoncorrenziali; si tratta di una fase endo-procedimentale che di norma si conclude con l'accettazione o il rigetto dell'impegno presentato. Se sono accettati l'autorità competente li rende obbligatori e vincolanti per le imprese coinvolte, includendo anche terzi, purchè l'impresa dimostri le prove dell'accordo esistente con questi soggetti. In tal modo si concluderebbe anticipatamente l'accertamento sull'impresa senza sanzioni, consentendo un'economia procedimentale e anche, se del caso, processuale, sempre in funzione del primario obiettivo di contenere i costi a qualunque livello essi vengano considerati.

La conclusione del procedimento con impegni è differente da quella con “rimedi”, in quanto pongono fine agli effetti giuridici di un'infrazione già accertata, mentre negli impegni ci si ferma prima dell'accertamento di un'eventuale infrazione (Reg. UE n. 1/2003). Il legislatore europeo ha,

---

<sup>10</sup> C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 473.

<sup>11</sup> G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 20.



però, anche previsto la possibilità per l'autorità pubblica competente di riaprire il procedimento istruttorio quando l'infrazione presunta sia particolarmente grave e quindi degna di una sanzione. Dunque si tratta di un potere discrezionale che le autorità pubbliche possono utilizzare, coadiuvate dal meccanismo del "market test", cioè una consultazione pubblica in grado di garantire agli operatori del mercato, ai consumatori-contraenti e alle associazioni la possibilità di fornire memorie scritte, osservazioni e considerazioni specifiche e funzionali alla decisione che l'autorità dovrà prendere in merito alla questione. Il test di mercato ha il senso di guidare la decisione dell'autorità verso una più corretta valutazione dell'impegno e se questo sia o meno idoneo a rispondere alle esigenze di chiarezza concorrenziale.

Che natura giuridica esprime l'impegno? Ad una prima impressione potrebbe lasciar pensare ad una forma di "patteggiamento" tra autorità e imprese; ma l'interpretazione giurisprudenziale non ha confermato questa impostazione, dichiarando che si tratta di "provvedimento unilaterale che rende giuridicamente efficace un atto endo-procedimentale di parte (Cons. St., n. 7307/2009). Infatti, la giurisprudenza prosegue argomentando che "il provvedimento di accettazione degli impegni è una modalità di espressione di un potere autoritativo del medesimo segno di quello esercitato nel caso di esercizio del potere sanzionatorio finale" (Cons. St., n. 4393/2011). In ogni caso, l'accettazione dell'impegno da parte dell'autorità competente chiude anticipatamente l'indagine *antitrust* e in più vincola il comportamento dell'impresa, in modo temporaneo o anche definitivo; ciò risponde alla garanzia che l'autorità deve fornire sul perseguimento dell'interesse pubblico che, in questo specifico caso, è rappresentato dal corretto sistema concorrenziale del mercato. Quale può essere il rischio più o meno nascosto? Che il controllo *antitrust* si trasformi in un tentativo di regolazione del settore determinando l'assetto dei mercati, proprio ciò che non dovrebbe accadere da parte di un'autorità di garanzia; ma va ribadito con forza che ogni potere implicito di regolazione è chiaramente incompatibile con il sistema *antitrust*<sup>12</sup>. Dunque, il diritto europeo sulla concorrenza vincola le procedure *antitrust*, consentendo al giudice europeo di esprimersi anche sull'esercizio del potere discrezionale dell'autorità pubblica, sulla base dei principi di idoneità, proporzionalità, ragionevolezza espressamente previsti dal regolamento europeo, senza per questo interferire sulle decisioni dell'amministrazione e collaborando con il giudice nazionale, per consentire che vengano adoperati tutti gli strumenti idonei a risarcire il danno ingiusto. Il giudice nazionale, poi, avrà anche il compito di creare le condizioni per l'esercizio dei diritti dei consumatori nelle procedure *antitrust*, garantendo, per esempio, il diritto di accesso ai documenti e ponderando i diversi interessi che sono tutelati anche dal diritto dell'UE.

---

<sup>12</sup> Così G. Morbidelli, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in F. Cintioli e F. Donati (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, Giappichelli, 2008, 2.