

Capitolo I

ILLECITO E DANNO “ANTITRUST”. UN DIALOGO TRA LE CORTI NAZIONALI E LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA

Sommario: 1. Il dialogo tra giuristi ed economisti e la disciplina del mercato. – 2. Disciplina della concorrenza e strumenti di *enforcement*. – 3. La direttiva sul danno antitrust e il suo contesto. – 4. Gli elementi dell’illecito antitrust. – 5. Il nesso causale nella definizione dell’illecito antitrust. – 6. L’antefatto: il ruolo delle Corti. – 7. Il nesso causale negli orientamenti della Corte di Giustizia. – 8. Gli effetti della direttiva sul diritto interno e il diritto inglese. – 9. La prescrizione dell’azione dei danni. – 10. L’esigenza di uniformare le regole della responsabilità civile. – 11. In conclusione.

1. Il dialogo tra giuristi ed economisti e la disciplina del mercato

Illecito e danno antitrust – formule sincopate ormai divenute d’uso per alludere alla configurazione giuridica della violazione delle regole preposte alla salvaguardia della concorrenza e del mercato – costituiscono un terreno privilegiato per saggiare i rapporti tra diritto ed economia. L’interrelazione e la combinazione di regole, principi, modelli di ragionamento che utilizzano i giuristi traendoli dalla scienza economica ormai sono diffusi nelle analisi del diritto privato, e non sono più appannaggio del settore, assai circoscritto, denominato “analisi economica del diritto”. Tutte le aree del diritto privato ne sono pervase e non solo quelle aventi contenuto patrimoniale¹. Ovviamente, proprietà contratto e responsabilità civile restano gli ambiti privilegiati di questa variegata prospettiva². Ambiti cui si deve necessariamente aggregare la materia bancaria, finanziaria, assicurativa e, in generale, la materia dei rapporti commerciali, in cui spicca – nella concezione europea continentale – la concorrenza³. La realizzazione di un mercato interno, la edificazione di uno spazio volto ad agevolare gli scambi di beni e servizi, la imposizione di comportamenti corretti, la prevenzione e la sanzione di abusi, il divieto di aiuti di Stato, la protezione degli interessi dei lavorato-

¹ Come aveva proposto Richar Posner, “prima maniera”, in *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1977.

² V. G. Calabresi, *The Future of Law and Economics*, New Haven e Londra, 2015.

³ Sulla quale da ultimo v. M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, Milano, 2014.

ri, consumatori e della piccole e medie imprese, dell'ambiente sono finalità precipue della regolazione del mercato che si propone l'Unione europea. Lo si evince, come si sa, dalla Carta dei diritti fondamentali (artt. 15, 16, 33, 38), al Trattato FUE, che declina le politiche dell'Unione, ai regolamenti e alle direttive che si occupano, in contesti settoriali, dei singoli aspetti del mercato unico.

La interrelazione tra diritto ed economia, in questo contesto, è ormai un metodo acquisito.

È un nuovo modo di interpretare i fenomeni o solo un nuovo modo di rappresentarli? Credo che sia nel giusto la seconda alternativa, anche se le novità che sembrano emergere da questo modo di leggere i problemi giuridici con l'ausilio del sapere economico sono evidenziate da due essenziali elementi. Il primo è che vi sono settori in cui non è possibile definire i contorni delle figure giuridiche facendo a meno dei criteri di analisi economica e pure dei risultati che l'analisi economica convoglia al giurista. Il secondo è che la stessa applicazione delle regole giuridiche merita una valutazione, nei suoi effetti, dal punto di vista economico.

Queste considerazioni potrebbero apparire ovvie, addirittura inutili, se si rammenta l'insegnamento di Franco Galgano, i cui contributi, da *L'imprenditore*, alla *Storia del diritto commerciale*, al *Il principio di maggioranza*, a *Dogmi e dogmatica nel diritto* sono esemplari in questa prospettiva. Ma anche gli economisti ne sono consapevoli⁴.

2. Disciplina della concorrenza e strumenti di *enforcement*

Tuttavia la disciplina della concorrenza, così come è stata concepita originariamente nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea, poi traslata nel TFUE, va al di là del semplice oggetto di studio in cui si possono svolgere parallelamente l'interpretazione giuridica e l'interpretazione economica. È un complesso di regole in cui la valutazione economica e la valutazione giuridica sono coesenziali, tra loro interferenti, ed inseparabili.

Lo si avverte nel declinare le regole del Trattato che prescrivono comportamenti corretti nel *mercato interno* (gli artt. 26 ss.; 101 ss.) e le regole della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – testo normativo ormai equiparato ai Trattati – che si occupano dei rapporti economici, in particolare l'art. 16 sulla libertà d'impresa e l'art. 38 sulla protezione dei consumatori.

Sicché quando si affrontano i problemi riguardanti la violazione delle regole sulla concorrenza (in termini di *illecito antitrust*) e sulle conseguenze pregiudizievoli che ne derivano (in termini di *danno antitrust*), si deve necessariamente tener conto di questa intersezione.

Ma vi è di più: sia l'illecito sia il danno antitrust sono concepiti in modo da combinare fattori del diritto dell'Unione europea e fattori del diritto interno. Sarebbe più

⁴ V. per tutti C. Imbriani e A. Lopes, *Macroeconomia. Mercati, istituzioni finanziarie e politiche*, Torino, 2013; P. Ciocca e A. Musu (cur.), *Economia per il diritto. Saggi introduttivi*, Torino, 2006.

semplice se tutta la costruzione giuridica, con le sue regole interpretative, si risolvesse *in toto* nell'ambito comunitario, perché sarebbe sufficiente tenere a mente il significato di termini e concetti tipicamente comunitari per risolvere i problemi. Là dove l'armonizzazione è massima e la disciplina quasi "completa" è più facile applicare il diritto dell'Unione e integrarlo con il diritto interno se il legislatore comunitario gli ha riservato qualche spazio. Se invece il legislatore comunitario disciplina solo un aspetto della fattispecie, l'applicazione diventa più complicata, più incerta, e, non essendosi raggiunto il livello di armonizzazione massimo, si presta a diversificazioni in corrispondenza dei modelli nazionali, e, di conseguenza, a modulare l'intensità della tutela degli interessi protetti, variandola da ordinamento a ordinamento. Si possono creare dunque diseguaglianze, sia dal lato degli interessi delle imprese violatrici (più o meno intensamente colpite dal risarcimento del danno per violazione della normativa anti-trust) sia dal lato degli interessi dei degli imprenditori concorrenti e dei consumatori (più o meno intensamente agevolati dalla soddisfazione del danno subito).

I casi sono purtroppo molteplici. Lo si è esaminato nell'ipotesi di danno derivante dalla violazione di norme comunitarie da parte dello Stato, in particolare da parte dei giudici nazionali⁵ e nel caso di responsabilità del produttore.

Tanto per esemplificare, in materia di risarcimento del danno da prodotto, la direttiva sulla responsabilità del produttore (85/374/CEE) non ha specificato le regole che si applicano alla responsabilità del fornitore, a cui si può rivolgere il danneggiato quando né il fabbricante né l'importatore sono identificabili, sì che nei diversi ordinamenti al fornitore i giudici nazionali applicano regole desunte dal diritto interno che possono variare tra loro (ora propendendo per la responsabilità contrattuale ora per quella extracontrattuale).

Ancora. La direttiva sulle clausole abusive (13/1993/CE) è più dettagliata e precisa, e lascia all'ordinamento interno – e quindi al giudice nazionale – minori spazi di azione (ad es. nella valutazione della conservazione del contratto in caso di declaratoria della nullità della clausola), assicurando quindi una più uniforme applicazione del diritto dell'Unione. E tuttavia nella sua interpretazione l'attuazione da parte dei legislatori nazionali e la sua applicazione da parte dei giudici nazionali ha portato a divergenti soluzioni⁶.

Nel primo caso, gli imprenditori-fornitori potrebbero risentire delle diverse discipline applicate nei diversi Paesi, ed egualmente i danneggiati, che potrebbero avere maggiori o minori agevolazioni nell'assolvimento dell'onere della prova, a seconda della natura della responsabilità imputata al fornitore. E così, nel secondo caso, gli imprenditori sono esposti ad un trattamento uniforme quanto alla individuazione delle clausole ritenute abusive, e i consumatori non dovrebbero essere esposti a più o meno intense forme di tutela perché le regole sono tendenzialmente eguali in tutti gli ordinamenti.

Che cosa è accaduto in materia di danno derivante dalla violazione delle regole antitrust?

⁵ G. Alpa, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köblev c. Repubblica d'Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 2 ss.

⁶ D. Fairgrave, *Products Liability in Comparative Perspective*, Cambridge, 2005.

La scelta del legislatore comunitario è stata al tempo stesso meno coraggiosa e meno invasiva di quanto avrebbe potuto essere, perché ha disciplinato solo alcuni degli elementi dell'illecito, e ha demandato ai giudici nazionali la determinazione di altri elementi. In altri termini, ha disciplinato alcuni aspetti del danno, ma non la disciplina dell'illecito in modo completo, probabilmente muovendo dal presupposto che fosse sufficiente dimostrare, sulla base dei dati economici di mercato, l'avvenuta alterazione della concorrenza per poter affermare che si fosse perfezionato l'illecito e quindi si potesse di conserva determinare il danno cagionato. Non che illecito e danno siano separabili concettualmente: lo sono dal punto di vista normativo, e anche nei programmi comunitari, in cui la normativa in materia è stata frutto di stratificazioni successive, facendo ricorso a tutti i tipi di fonti del diritto (regolamenti, direttive, decisioni, pareri).

Infatti, in materia di concorrenza, il legislatore comunitario ha attinto a tutte le fonti dell'ordinamento: ai Trattati (artt. 101 e 102), ai regolamenti attuativi, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ed ora alla direttiva. Questa direttiva approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 26 novembre 2014 (Direttiva 2014/104/UE) si occupa essenzialmente dei criteri di determinazione del danno, ma poi si espande fino a comprendere una disciplina dettagliata dell'onere della prova, e dei criteri economici per il calcolo del danno, lasciando invece al giudice nazionale il compito di accertare la sussistenza di altri due requisiti: il requisito dell'ingiustizia e il requisito del nesso causale⁷.

Si deve poi sottolineare che lo scopo del legislatore era duplice: da un lato, chiarire il modo nel quale risarcire il danno derivante dalla violazione di norme antitrust, dall'altro rafforzare il *private enforcement*, il ricorso ai rimedi privatistici, stimando insufficiente l'applicazione dei rimedi pubblicistici⁸.

La direttiva si occupa del segmento finale del processo ermeneutico che porta alla definizione del danno e alla sua determinazione, si colloca nella linea di politica del diritto che si rivolge all'azione dei privati – per l'appunto il *private enforcement* – per controllare il regolare andamento dei mercati sulla base del principio di concorrenza, affiancandolo al *public enforcement*, presuppone la condivisione di alcuni concetti di base per la configurazione dell'illecito derivante dalla violazione delle disposizioni antitrust. Disposizioni che, sia per l'applicazione dei Trattati, sia per l'applicazione dei regolamenti, sia per gli orientamenti della Corte di Giustizia, e per le decisioni della Commissione, costituiscono già un compatto corpus normativo, in cui si rispecchiano le regole degli ordinamenti nazionali, sia di quelli che avevano anticipato la disciplina antitrust, sia quelli che l'hanno introdotta a seguito della adesione all'Unione.

⁷ Per un primo commento v. E. Malagoli, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della Direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2015, p. 390 ss., a cui si rinvia per una dettagliata illustrazione dei contenuti e degli scopi della direttiva in esame.

⁸ Sull'interazione tra *private* e *public enforcement* v. M. Libertini, *op. cit.*, e M. Maugeri, *Premessa*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri e A. Zoppini, Bologna, 2009, p. 147 ss. e la *Introduzione* di A. Zoppini, *ivi*.

Ma, per vero, il titolo è al tempo stesso brachilogico e riduttivo, perché in realtà la disciplina riguarda sia aspetti di diritto sostanziale sia aspetti di diritto processuale, e va ben al di là della semplice determinazione del danno, incidendo sugli elementi dell'illecito antitrust che val la pena di esaminare con attenzione.

È appena il caso di menzionare che la proposta della Direttiva (dell'11 giugno 2013 (COM(2013) 404 def.) aveva suscitato un grande interesse e su di essa si era raccolta una cospicua letteratura, italiana e straniera, che aveva seguito passo passo la sua genesi, avviata con il Libro verde [COM(2005) 672 def.] e con il Libro bianco [COM(2008) 165 def.], in cui si sono dibattuti soprattutto i temi di interesse generale, cioè l'opportunità di ricorrere ai rimedi promossi dai privati per far rispettare le regole della concorrenza, la tipologia dei rimedi da promuovere, l'ingresso di azioni collettive (v. la Raccomandazione 2013/396/UE e la Comunicazione 2013/401/def. dell'11 giugno 2013), a cui si aggiunge la Risoluzione dei presidenti delle autorità europee garanti della concorrenza, intitolata "Protezione delle informazioni contenute nelle pratiche per il trattamento favorevole nel contesto delle azioni civili di risarcimento del danno", del 23 maggio 2012, testimonianza anch'essa della stretta collaborazione tra Autorità centrale e Autorità nazionali in materia, della circolarità delle iniziative, dei modelli di azione e di sanzione, tutte misure tese alla realizzazione di un mercato unico perfettamente concorrenziale.

Pertanto, non sono revocabili in dubbio le competenze dell'Unione, sia sulla base degli artt. 101 e 102 del Trattato FUE, sia sulla base degli artt. 103 e 104 che consentono all'Unione di assumere provvedimenti che incidono direttamente sul diritto interno degli Stati Membri.

I contenuti della direttiva sono corposi, perché essa dà ampio spazio alla cooperazione tra soggetti privati e autorità pubbliche, introducendo una sorta di "delazione premiale" che consente all'impresa che ha violato le regole di denunciare gli altri soggetti coinvolti nella vicenda in cambio dell'immunità dall'ammenda o di una sua riduzione (i c.d. "programmi di clemenza"). La direttiva si occupa della disciplina delle prove, della loro divulgazione, della acquisizione di documenti e della esenzione dall'obbligo del loro deposito, dell'acquisizione di informazioni, e sul piano processuale si preoccupa di risolvere in via definitiva un'annosa controversia riguardante il rapporto tra gli accertamenti effettuati e i provvedimenti adottati dalle Autorità nazionali e i procedimenti giurisdizionali promossi dai soggetti incisi dalla sanzione dinanzi al giudice competente. In questo senso, le decisioni delle Autorità nazionali, se definitive in quanto, ove impugnate, siano state confermate in sede giudiziaria, hanno efficacia vincolante e costituiscono il fondamento dell'azione risarcitoria. Le decisioni nazionali non sono però direttamente efficaci al di fuori dei confini loro propri, e nei giudizi intentati presso giudici di un altro Paese Membro è possibile assoggettarle a sindacato con l'apporto di nuove prove.

La direttiva si occupa anche della prescrizione, della quantificazione del danno, della sua traslazione e della risoluzione in via stragiudiziale delle controversie cagionate dalla violazione delle regole sulla concorrenza.

Non tutti i problemi aperti dal risarcimento del danno sono risolti, sicché al suo

apparire si sono già manifestate posizioni critiche, soprattutto per la delusione di vedere ancora dibattuti problemi che la direttiva avrebbe potuto definitivamente risolvere. Forse si è trattato di self-restraint, dovuto alla applicazione del principio di sussidiarietà, che ha trattenuto gli organi comunitari dal dettare una disciplina completa dell'illecito antitrust.

Lo scopo di queste pagine è proprio questo: non tanto quello di esaminare in dettaglio le disposizioni della direttiva, quanto di verificare, sulla base di essa, quale è il minimo comun denominatore degli elementi componenti l'illecito e quali questioni sono affidate ai giudici nazionali. Poiché la direttiva si occupa anche della traslazione del danno, occorre prendere in esame anche la sorte dei c.d. rapporti a valle, sorti per effetto della violazione o comunque incisi della violazione delle regole.

Il discorso dunque seguirà due direttrici: da un lato, esaminerò la disciplina alla luce degli elementi dell'atto illecito, dall'altro cercherò di verificare se il modello proposto e adattato in esperienze ancora distanti da quelle continentali, come quella inglese del *tort*, possa portare ad applicazioni disomogenee, per i termini utilizzati e per i concetti propri a quella struttura ordinamentale.

3. La direttiva sul danno antitrust e il suo contesto

Per poterne apprezzare compiutamente i contenuti e la finalità occorre ricostruire il contesto nel quale la direttiva è stata costruita. Ciò perché quando si calcola il danno antitrust si comincia, per così dire, dalla fine e non dall'inizio dell'analisi: si parte dalle conseguenze di un comportamento (per usare un termine onnicomprensivo di accordi, intese, ecc. eversive dell'andamento corretto del mercato) piuttosto che non dalle regole che ne dettano le modalità da osservare e dalla catalogazione degli interessi protetti.

Il progetto di direttiva, dell'11 giugno 2013 (COM 2013, 404 def.) era stato accompagnato da una *Guida pratica* relativa alle tecniche di calcolo economico del danno (2013, s.d.), aveva ricevuto osservazioni da parte del Comitato economico-sociale (con parere del 16 ottobre 2013) e apprezzamenti con alcune essenziali modifiche da parte del Parlamento europeo, che aveva provveduto con Risoluzione del 17 aprile 2014. Ma la sua gestazione è stata lunga e complessa, perché ha registrato la emanazione del Libro verde sulle *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie* del 19 febbraio 2005 (COM 2005, 672) e la emanazione del *Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle normative antitrust comunitarie* del 2 aprile 2008 (COM 2008, 165), a cui si sono poi aggiunte alcune ricerche commissionate per valutare l'impatto delle nuove regole sulla base delle situazioni esistenti nelle diverse sedi nazionali Ashurst, *Study on the Conditions for Claims of Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules, Comparative Report*, 31 agosto 2014.

Sarebbe stato più accorto elaborare un complesso di regole organico e sistematico. Gli organi dell'Unione si sono trovati di fronte ad una situazione complessa, e poco

lineare, ed hanno provveduto a regolare solo un segmento dell'intera materia, quasi che tutti i presupposti dell'illecito potessero essere identificati lasciando ricorrendo semplicemente alla interpretazione degli artt. 101 ss. del Trattato FUE, peraltro assai generici nella loro formulazione.

Il compito non era certo facile.

Da un alto, occorreva regolare il mercato interno in modo che potesse funzionare al meglio, cioè con criteri di *equivalenza* e di *efficienza*, dall'altro occorreva affrontare la situazione in cui si sarebbero trovate tutte le categorie incise (imprenditori concorrenti danneggiati dall'abuso di posizione dominante o dalle intese, fornitori, dipendenti, consumatori), peraltro portatrici di interessi tra loro non omogenei, e un'altra categoria di soggetti a cui si è voluto riservare un trattamento di favore: gli imprenditori che, pur partecipi di una intesa, ma non dotati di egual potere contrattuale rispetto agli altri partecipanti, avrebbero potuto ricavare dalla violazione della concorrenza un profitto inferiore rispetto ai più forti e quindi potevano aver convenienza ad "autodenunciarsi" e a denunciare gli altri partecipanti, per poter ottenere l'esonero dalla sanzione (c.d. *leniency*).

Vi erano poi altri problemi da risolvere. Nei diversi ordinamenti non si combinavano le regole di competenza tra le Autorità di garanti della concorrenza e i giudici nazionali: nel caso di impugnazione del provvedimento amministrativo dell'Autorità, il giudice nazionale avrebbe dovuto effettuare ulteriori accertamenti per verificare la violazione delle regole di concorrenza, o era sufficiente l'istruttoria già effettuata dall'Autorità e valutata in termini di sufficienza per accertare la violazione?

Come combinare tutte queste esigenze se non con due percorsi tra loro coordinati? Quello dei giuristi, con la redazione di un testo dettagliato, volto a risolvere i problemi di coordinamento delle competenze di autorità di controllo e garanzia del mercato e corti, i problemi di natura processuale con l'acquisizione di prove e il disvelamento di documenti, i problemi connessi all'agevolazione dei comportamenti collaborativi da parte dei trasgressori (*leniency*), e i problemi di risarcimento del danno ai soggetti pregiudicati dal comportamento antitrust, e quello degli economisti volto a definire l'ambito del mercato, l'incidenza del comportamento sulla concorrenza, la traduzione in termini monetari del danno subito delle categorie interessate.

Come si è anticipato, nel settore della concorrenza si combinano poi diversi tipologie di intervento. Le Autorità garanti nazionali effettuano le indagini, predispongono l'istruttoria, svolgono il procedimento in contraddittorio con i presunti autori dell'illecito, e lo definiscono con la sanzione o con un provvedimento di archiviazione. Queste procedure, di intervento pubblico, volte a promuovere l'osservanza della disciplina (*public enforcement*) non si sono rivelate sufficienti a ripristinare il gioco della concorrenza e a tutelare tutti gli interessi incisi, sì che si è fatto ricorso ad altri strumenti complementari per poter rafforzare i presidi della concorrenza nel libero mercato: l'azione di danno promossa dai titolari degli interessi incisi e la denuncia da parte degli imprenditori conniventi nella alterazione del mercato.

Tutto ciò comporta la combinazione di rimedi di *public enforcement* e di *private enforcement*⁹.

⁹ Sul coordinamento dei due tipi di azione v. per tutti M. Libertini, *op. cit.*, Milano, 2014; e i

Per risolvere i problemi accennati tra le fonti disponibili l'Unione ha optato per la direttiva, come si diceva, sulla base di un percorso molto articolato, in cui si sono alternate regole contenute nei Trattati e assoggettate a revisione, alcuni i regolamenti (n. 3 del 1962, e n. 1 del 2003), alcune decisioni della Corte di Giustizia. L'Unione ha scelto lo strumento della direttiva perché è lo strumento più duttile, e, a quanto pare, non ha voluto attingere al livello di armonizzazione massima in questa materia, forse ritenendo che l'illecito e il danno antitrust dovessero essere regolati in modo meno rigido di quanto non è accaduto in altri settori.

L'intervento si è reso necessario perché l'orientamento dei giudici nazionali e dei giudici della Corte di Giustizia non si sono rivelati sempre lineari, ed occorreva, in ordine ai criteri di valutazione del danno, indirizzare nel modo più uniforme possibile i procedimenti di calcolo degli economisti, tenendo conto che il danno risarcibile deve essere completamente soddisfacente per i danneggiati ma non deve essere un danno punitivo¹⁰.

Il progetto è riuscito? È troppo presto per dare una risposta positiva. Qualcuno ha ritenuto che sia riuscito solo a metà, perché la direttiva è lacunosa, usa termini e concetti troppo vaghi, soprattutto non risolve tutti i problemi, che quindi dovranno essere risolti dai legislatori e dai giudici nazionali. Si avverte il rischio di mantenere in piedi un sistema poliedrico anziché uniforme, in quanto lo spazio per legislatori e giudici nazionali è considerato, a detta di molti, troppo ampio e il livello di armonizzazione troppo basso. E il livello basso finisce per pregiudicare tutti: gli imprenditori, i quali, operando su diversi mercati, avranno un trattamento differenziato e i consumatori e gli altri danneggiati, i quali a loro volta potranno contare su un mercato più o meno controllato a seconda dell'entità del danno accertato.

4. Gli elementi dell'illecito antitrust

Seguendo la teoria analitica dell'illecito dovremmo individuare nella configurazione dell'illecito antitrust alcuni fondamentali requisiti:

- (i) il requisito soggettivo, dettato dalla colpa o dal dolo, oppure l'imputazione per rischio d'impresa;
- (ii) la lesione dell'interesse protetto (il danno ingiusto);
- (iii) il nesso causale;
- (iv) il danno diretto, derivante dalla violazione delle norme di tutela della concorrenza;

saggi raccolti a cura di P. Barucci e C. Rabitti Bedogni in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I e II, Torino, 2010.

¹⁰ Per una ricognizione dei problemi economico-giuridici v. L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust*, Bologna, 2009; G. Afferni, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, 16/2008 (2009), p. 494 ss. Alla luce della direttiva si segnala in particolare la ricerca di I. Lianos, *Causal Uncertainty and Damages Claims for Infringement of Competition Law in Europe*, Centre for Law, Economics and Society, Londra, 2015.

(v) il danno conseguente alla violazione connesso con atti negoziali conclusi dal danneggiante con terzi, i quali assumono di aver subito un danno.

Si presuppone ovviamente la capacità di intendere e di volere del danneggiante; mentre non è indifferente la qualificazione della disciplina della concorrenza, per stabilire se la sua violazione implichi l'inosservanza di regole imperative, di ordine pubblico, di ordine pubblico economico, per capire se gli atti negoziali "a valle" siano validi, siano nulli, se il risarcimento sia dovuto e come si possa calcolare, tenendo conto anche della "traslazione del danno". Occorre inoltre verificare, nel caso vi siano più coautori del danno, come si possa risolvere il problema della corresponsabilità o della responsabilità solidale.

Quanto al danneggiante occorre fare riferimento alla nozione di impresa del diritto comunitario e, più specificamente, dell'impresa come intesa nell'ambito della disciplina della concorrenza. A sua volta l'interesse protetto implica la titolarità dell'interesse e quindi la individuazione delle categorie dei soggetti danneggiati.

La identificazione dei requisiti porta con sé la distinzione di competenze e di ruoli: in altri termini, il giudice nazionale che deve quantificare e liquidare il danno derivante dalla violazione della normativa antitrust deve ricostruire tutti gli elementi dell'illecito, o alcuni di essi sono già definiti o determinati da altre autorità, nazionali o comunitarie?

Come si vede, l'illecito antitrust presenta forti analogie con un'altra figura di illecito che presenta le medesime due componenti – comunitaria e nazionale – e quindi si potrebbe seguire, come per il passato, il medesimo modello di ragionamento per delinearne i contorni. Infatti, responsabilità dello Stato per violazione delle regole comunitarie implica che l'accertamento della violazione sia effettuata alla luce del diritto comunitario, e così pure la lesione dell'interesse di cui è titolare il danneggiato (che può esser costituito da un diritto istituito dal diritto comunitario direttamente in capo alla vittima), mentre il danno e il nesso causale tra violazione e danno deve essere provato dalla vittima e accertato dal giudice.

La direttiva chiarisce competenze e ruoli. Qui il giudice nazionale, cioè il «giudice del ricorso» – secondo quanto disposto dall'art. 2 in sede di definizioni – «ha il potere, in seguito alla proposizione di mezzi di impugnazione ordinari, di rivedere le decisioni emesse da una autorità nazionale garante della concorrenza o le pronunce giurisdizionali formulate su tali decisioni, indipendentemente dal fatto che tale giudice abbia il potere di constatare una violazione del diritto della concorrenza».

Pertanto, la violazione può riguardare o norme di diritto comunitario o norme di diritto interno corrispondenti a quelle del diritto comunitario (art. 2, c. 1, n. 3).

La violazione può essere accertata sia da una autorità amministrativa (l'Autorità garante) sia da un giudice amministrativo (adito per la revisione del provvedimento amministrativo), ma il giudice ordinario ha il potere di revisione.

Il danno è definito dal diritto comunitario, ma la sua quantificazione spetta al diritto nazionale.

Ma veniamo ai requisiti.

(i) La direttiva non precisa se il danneggiante debba provare la colpa o il dolo dell'impresa che ha violato la disciplina antitrust.