

Antitrust e procedimento arbitrale, orizzonti di sviluppo per l'efficienza del mercato: un ponte tra sfera privatistica e disciplina a tutela del pubblico

Marco Cosentino¹

Antonio Maria Quondamstefano²

Abstract: *La breve trattazione che ci accingiamo a redigere nelle prossime pagine si propone l'idea di affrontare la normativa antitrust proprio nello spirito conciliativo che una rivista come Media Res sostiene offrendo lo spunto di una più ampia riflessione.*

Parlare di antitrust, diritto della concorrenza e giudizio arbitrale in troppi casi ha rappresentato, infatti, un mero esercizio di stile all'interno del quale far confluire l'apparente sapienza di chi si accinge a trovare un minimo comune denominatore che unisca una procedura erroneamente valutata per i suoi fini pubblicistici ad uno strumento di risoluzione delle controversie evidentemente caratterizzato dalla sua natura privata.

Nei prossimi paragrafi, non si ha la presunzione di poter trattare in maniera esaustiva e approfondita la materia di cui si è scelto di discutere ma ci si propone l'obiettivo, non meno ambizioso, di offrire un'analisi introduttiva che consenta di comprendere quale sia lo spirito della normativa antitrust che guida lo sviluppo di una sana concorrenza di mercato, di circoscrivere gli ambiti all'interno dei quali la procedura arbitrale non rappresenta un'alternativa ma costituisce la scelta primaria di chi richiedere il risarcimento dell'illecita condotta subita e, infine, di sottoporre al lettore elementi di valutazione maggiormente tecnici che possano rappresentare l'inizio di un futuro percorso di indagine o comune ragionamento tra le parti.

Keywords: antitrust; arbitrato; efficienza del mercato

Abstract: *The brief dissertation that we are about to write in the following pages proposes the idea to deal with the antitrust legislation in the conciliatory spirit that a magazine, such as Media Res is, want to support by offering the starting point for a broader reflection. Talking about antitrust, competition law and arbitral proceedings in too many cases represent a mere proof of concept where to bring together the ostensible wisdom of who wants to find a minimum common denominator to put together a procedure that is often erroneously evaluated only for its public purposes and a dispute resolution tool, evidently characterized by its private nature. In the following paragraphs, we do not presume to be able to treat the matter we have*

¹ *Cultore della Materia in Sistemi Giuridici Comparati, prof. Gianluca Scarchillo, facoltà di Giurisprudenza, Sapienza Università di Roma, Professore a contratto di Legal English, facoltà di Giurisprudenza, Sapienza Università di Roma; e-mail: marco.cosentino@uniroma1.it;*

² *Dottorando di ricerca in Autonomia Privata, Impresa, Lavoro e Tutela dei Diritti nella prospettiva europea ed internazionale, facoltà di Giurisprudenza, Sapienza Università di Roma, Tutor scientifico Prof. Gianluca Scarchillo; e-mail: antoniomaria.quondamstefano@uniroma1.it;*

chosen to discuss in an exhaustive and in-depth manner, but we set ourselves the no less ambitious goal of offering an introductory analysis that allows to understand which is the spirit of the antitrust legislation that guides the development of honest market competition, to circumscribe the areas where the arbitration procedure does not represent an alternative but it constitutes the primary choice of who request a compensation for the unlawful conduct suffered and, finally, to submit to the reader more technical evaluation elements that could represent the beginning of a future path of investigation or a common reasoning between the parties.

Keywords: *arbitration; antitrust; market efficiency*

Introduzione

Disquisire delle regole della concorrenza e di contenzioso, appare infatti un esercizio sin troppo compilativo, evidentemente rivolto a descrivere regole e strumenti che ne dovrebbero garantire il rispetto senza alcuna volontà di interfacciarsi con una valutazione dei fini per i quali la stessa è pensata e dei vantaggi che un approccio vocato a sostenere mezzi alternativi di risoluzione della controversia potrebbe avere.

Tentiamo così, con brevi cenni volti a descrivere la normativa esistente, l'istituto di tutela della concorrenza e la possibilità di adire la via arbitrale di fornire al lettore una preliminare riflessione, con l'auspicio di ispirare più ampie e profonde riflessioni sul tema che un breve articolo non deve avere la presupponenza di trattare con completezza ma che, al tempo stesso, non deve spingerci ad una eccessiva semplificazione che lo priverebbe del suo presupposto di fondo, la condivisione di una riflessione scientifica sull'argomento.

1. Il diritto alla concorrenza. Una disciplina convergente e multilivello³.

Da un punto di vista etimologico la parola "concorrere" deriva dal latino e significa correre insieme. L'idea che le imprese, all'interno del mercato europeo o nazionale, si trovino a correre

³ Ai fini della presente panoramica appare essenziale una premessa metodologica. Nella trattazione degli argomenti verrà fatto riferimento sia alla *hard law*, sia alla *soft law* e in particolar modo ai "considerando" presenti negli atti normativi dell'UE, quale utile strumento (se non essenziale) idoneo a condurre l'interprete ad una soluzione interpretativa delle disposizioni il più "autentica" possibile. In base all'ultima versione disponibile della *Guida pratica comune del parlamento europeo, del consiglio e della commissione per la redazione dei testi legislativi dell'unione europea* «i considerando motivano in modo conciso le norme essenziali dell'articolato, senza riprodurle o parafrasarne il dettato. Non contengono enunciati di carattere normativo o dichiarazioni di natura politica». Come si vedrà più avanti, l'importanza dei considerando quale strumento ermeneutico è testimoniata dal considerando n. 48 della direttiva (UE) 104/2014, il quale appare essenziale ai fini della ricostruzione della nozione di "composizione consensuale delle controversie" (art. 2, direttiva (UE) 104/2014).

insieme restituisce un'immagine di mercato unico che ben si conforma ai principi comunitari delineati nei Trattati.

Il processo di integrazione e il mercato unico possono realizzarsi (anche) attraverso la presenza di imprese forti e sane, che tutte insieme guardano alla crescita, avanzando verso una direzione comune. Questo – al pari di una qualsiasi competizione atletica – è possibile se e solo se vi sono delle regole chiare e precise; in altri termini, le imprese atletiche dei partecipanti (per continuare la metafora) devono rispettare gli altri corridori.

Il diritto, in questo senso, ha il ruolo di assicurare che la normale attività imprenditoriale si svolga senza che vi siano alterazioni anomale della concorrenza, con effetti negativi sul mercato e sui prezzi e, quindi, per i consumatori⁴.

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea dedica l'intero Titolo VII, Capo I, alle regole della concorrenza ed in particolare l'art. 101 pone dei limiti agli accordi tra imprese che abbiano l'effetto di limitare o falsare la concorrenza nel mercato di riferimento e l'art. 102, vieta l'abuso di posizione dominante.

Queste due disposizioni compongono quello che comunemente viene definito *diritto antitrust*.

Nel primo caso, oggetto del divieto sono: "gli accordi" tra imprese, le "decisioni" di associazioni di imprese e le "pratiche concordate" che abbiano come "oggetto" o come "effetto" l'impedimento, il restringimento o la capacità di falsare «il gioco della concorrenza» all'interno del mercato.

La disposizione prosegue con un elenco non esaustivo di ipotesi in cui si è in presenza di intese vietate prevedendo, come sanzione comminata per tali accordi, la declaratoria di nullità *ex lege*.

La perentorietà del divieto in parola è, tuttavia, mitigata dalla deroga prevista al terzo comma che consente tali accordi laddove «[...] contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva [...]» fornendo un bilanciamento tra il divieto alle intese e la deroga a tale divieto da operarsi mediante un generale criterio di ragionevolezza⁵.

⁴ Si veda, ad esempio, la comunicazione della Commissione (2004/C - 101/08) in Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea C 101/07 del 27 aprile 2004, recante «Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato», ove al punto 13 si legge «L'obiettivo dell'articolo 81 è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse. La concorrenza e l'integrazione del mercato contribuiscono entrambe alla realizzazione di tali obiettivi, in quanto la creazione e il mantenimento di un mercato unico aperto promuovono un'allocazione efficiente delle risorse nell'intera Comunità, a vantaggio dei consumatori».

⁵ Come si vedrà più avanti, nel tempo si sono susseguiti vari interventi legislativi a livello comunitario. Con riferimento alla possibilità di ammettere la deroga contemplata dall'art. 101, par. 3 (già art. 81 TCE), l'art. 9, regolamento (CEE) 21 febbraio 1962, n. 17, inizialmente attribuiva tale prerogativa esclusivamente alla Commissione; successivamente, con il regolamento (CE) 16 dicembre 2003, n. 1, vengono coinvolte anche le Autorità nazionali della concorrenza e le giurisdizioni nazionali: al considerando n. 4 si legge «L'attuale sistema dovrebbe pertanto essere sostituito con un sistema di eccezione direttamente applicabile, in base al quale le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni

È la Commissione stessa a fornire la nozione di “utilizzatori”, ovvero a precisare i soggetti cui si rivolge ampliando la platea dei possibili destinatari tra cui “tutti i fruitori, diretti o indiretti, dei prodotti oggetto dell'accordo, inclusi i produttori che usano il prodotto quale materia prima, i distributori all'ingrosso, i dettaglianti e gli utilizzatori finali, ovverosia le persone che operano per fini che possono essere considerati come non facenti parte delle loro attività commerciali o professionali [...] In altre parole [...] sono i clienti delle parti dell'accordo ed i successivi acquirenti”⁶.

L'art. 102 vieta condotte che siano in grado di pregiudicare l'accesso al mercato di nuovi competitors, o che abbiano anche solo l'effetto di pregiudicare o rendere maggiormente gravoso il mercato interno (ad esempio, praticando prezzi eccessivamente bassi che non siano sostenibili per nuove imprese, creando – di fatto – una barriera all'ingresso).

Anche in questo caso la disposizione prevede un elenco non esaustivo di ipotesi in cui si ravvisa un tale abuso⁷.

L'analisi della disciplina consente di individuare in maniera esaustiva gli obiettivi ricercati dalla normativa antitrust che possono essere individuati nell'integrazione del mercato unico attraverso la tutela delle condizioni di concorrenza tra le imprese, anche con particolare riferimento alla tutela dei consumatori⁸; tali considerazioni generali trovano conforto anche nell'art. 3, TUE, e nel suo ventisettesimo Protocollo che, nel richiamare tale articolo ribadisce espressamente «il mercato interno [...] comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata»⁹.

Appare dunque evidente l'allineamento degli ordinamenti nel perseguire il fine di un corretto bilanciamento tra le imprese concorrenti così che le considerazioni che possono essere svolte sul

degli Stati membri siano competenti non solo ad applicare l'articolo 81, paragrafo 1 e l'articolo 82 del trattato, direttamente applicabili in virtù della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, ma anche l'articolo 81, paragrafo 3, del trattato»; tale ampliamento è indirettamente desumibile dagli artt. 4, 5 e 6 del medesimo regolamento, ove si attribuiscono le competenze anche alle Autorità nazionali della concorrenza e alle giurisdizioni nazionali.

⁶ Comunicazione della Commissione (2004/C - 101/08). Peraltro, con “congrua parte dell'utile che ne deriva” si fa riferimento agli effetti positivi che tale accordo tra le imprese produce, rispetto agli effetti negativi sulla concorrenza, potenziali o effettivi. In altri termini, vi deve essere un beneficio per gli utilizzatori che superi le conseguenze negative dell'accordo; il beneficio può assumere differenti connotati, come ad esempio: prezzo finale minore, qualità del prodotto superiore, incremento di reperibilità del prodotto sul mercato.

⁷ P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, Milano, 2022, sottolinea che la disposizione in esame non vieta il raggiungimento di una posizione dominante, ma solo l'abuso di tale situazione di fatto e quindi anche tale disposizione guardi all'efficienza produttiva delle imprese. Per la ricostruzione della nozione di “abuso” in giurisprudenza si veda: Sentenza del 13 febbraio 1979, Hoffmann – la Roche c. Commissione, C-85/76.

⁸ In questa sede non pare opportuno approfondire la disciplina contenuta negli artt. 106 e 107 TFUE relativi alle norme sulla concorrenza rivolte agli Stati Membri con riferimento al divieto di aiuti di Stato.

⁹ La stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella Sentenza del 17 febbraio 2011, Telia Sonera, C-52/09, afferma che le regole di concorrenza sono necessarie al funzionamento del mercato interno e che «[t]ali regole [...] hanno per l'esattezza la funzione di evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo a garantire il benessere economico all'interno dell'Unione».

piano comunitario valgono anche per il piano nazionale: l'art. 1, legge n. 287/1990, infatti, richiama espressamente gli artt. 101 e 102 del TFUE, relativamente ai poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in avanti, AGCOM), stabilendo che gli stessi possono essere applicati anche in relazione alla medesima fattispecie in aggiunta agli artt. 2 e 3 della legge stessa¹⁰.

Ovviamente, sono parimenti vietate le intese restrittive della libertà della concorrenza e l'abuso di posizione dominante per evitare che il privilegio di una maggiore forza e considerazione sul mercato possano manifestare effetti patologici tra le parti.

Anche in questo caso, al pari di tutti i precedenti, infatti, la normativa non impedisce in alcun modo lo sviluppo delle società sul mercato e la possibilità di raggiungere posizioni dominanti, non è la forza di imporre il proprio prodotto con una maggiore qualità o un minor costo ad essere oggetto della valutazione dell'autorità, ma la loro deriva patologica che, contrariamente al fine specifico per il quale viene favorito l'ingresso di altre società nei vari settori del mercato, limita la concorrenza tra le imprese ad effettivo discapito del consumatore.

Il fine è sempre quello di tutelare e garantire la corretta concorrenza tra le imprese con il precipuo obiettivo di ottenere per il tramite di questo strumento la possibilità di offrire strumenti migliori e meno costosi in favore del mercato e dei fruitori particolari degli stessi.

2. Public e private enforcement

Con l'espressione *antitrust* si fa dunque primario riferimento alla disciplina dettata dagli articoli 101 e 102 del TFUE, mentre con "regole di concorrenza" si intendono anche le disposizioni relative al divieto degli aiuti di Stato (articoli 106 e 107, TFUE).

Ciò che accomuna le regole comunitarie sulla concorrenza è la finalità che intendono perseguire essendo vocate a favorire l'integrazione comunitaria, la realizzazione del mercato unico, il progresso e la tutela del consumatore¹¹.

¹⁰ Art. 1, legge n. 287/1990, rubricato «Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario», dispone che «Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese», continuando al secondo comma «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 [...] applica anche parallelamente in relazione a uno stesso caso gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e gli articoli 2 e 3 della presente legge in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante».

¹¹ P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, p. 48, Milano, 2022. Inoltre, si veda la già citata comunicazione della Commissione (2004/C - 101/08) in Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea C 101/07 del 27 aprile 2004, recante «Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato», ove al punto 33 ribadisce che «L'obiettivo delle regole di concorrenza comunitarie è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse».

Per raggiungere tale obiettivo generale esistono diversi strumenti, tra cui, come si è detto, le regole *antitrust* cui si affiancano specifici provvedimenti e regole sugli aiuti di Stato.

Tra i due gruppi di norme esiste una sostanziale differenza, non solo per quanto attiene alle fattispecie contemplate, ma anche per i soggetti destinatari delle stesse; la disciplina *antitrust*, infatti, concentra la sua attenzione nei confronti delle imprese, mentre la disciplina in tema di aiuti di Stato ha come destinatari gli Stati stessi e la possibilità che nel tentativo di perseguire altri fini, possano portare ad una alterazione dell'equilibrio di mercato.

Evidente in questo senso l'organizzazione della disciplina di matrice europea che, nel primo caso, ha efficacia orizzontale, mentre nel secondo caso ha efficacia verticale. Corollario dell'efficacia orizzontale delle norme comunitarie è che vengono a crearsi situazioni soggettive protette dall'ordinamento; tali diritti soggettivi possono essere tutelati agendo direttamente nei confronti di chi ha posto in essere la condotta antigiuridica che ha dato luogo ad un danno ingiusto. Sicché le imprese concorrenti o il consumatore potranno agire per la tutela della propria posizione soggettiva (riconosciuta dal diritto comunitario e nazionale) direttamente nei confronti dell'impresa che non abbia rispettato i divieti di cui agli artt. 101 e 102, TFUE. Nel caso delle norme sugli aiuti di Stato, invece, i soggetti che risultassero danneggiati dalla violazione dei divieti imposti potranno rifarsi solo nei confronti dello Stato e non anche nei confronti dell'impresa che ha beneficiato dell'aiuto¹².

Che si tratti di norme *antitrust* o di norme in materia di aiuti di Stato, la Commissione e le Autorità nazionali della concorrenza svolgono il proprio lavoro in stretta collaborazione con le giurisdizioni nazionali; da un lato, infatti, la Commissione e le ANC vigilano e intervengono per quanto attiene le violazioni sia del diritto *antitrust* che delle norme in tema di aiuti di Stato, con penetranti poteri istruttori e sanzionatori, dall'altro, vi sono i giudici nazionali che, investiti della controversia, devono decidere sulle domande di risarcimento del danno causato dalla violazione di detta disciplina.

¹² Appare evocativo il considerando n. 3, direttiva (UE) n. 104/2014, ove si legge che «*Gli articoli 101 e 102 TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra singoli e attribuiscono ai singoli interessati diritti ed obblighi che le autorità giudiziarie nazionali devono applicare. Le autorità giudiziarie nazionali hanno quindi un ruolo di pari importanza da svolgere nell'applicazione delle regole di concorrenza (applicazione a livello privatistico). Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto dell'Unione nelle controversie fra privati, ad esempio accordando risarcimenti alle vittime delle violazioni. Per una piena efficacia degli articoli 101 e 102 TFUE, ed in particolare per realizzare l'effetto concreto dei divieti da essi previsti, è necessario che chiunque compresi consumatori e imprese o autorità pubbliche, possa richiedere un risarcimento dinanzi alle autorità giudiziarie nazionali per i danni subiti a causa di una violazione di tali disposizioni. Il diritto al risarcimento previsto dal diritto dell'Unione si applica anche alle violazioni degli articoli 101 e 102 TFUE commesse da imprese pubbliche e da imprese cui gli Stati membri hanno accordato diritti speciali o esclusivi ai sensi dell'articolo 106 TFUE*».

In questo senso, seppur sommariamente, possiamo definire *public enforcement* l'intervento della Commissione o delle ANC volto alla tutela diretta della concorrenza e, quindi, del mercato attraverso la repressione delle condotte vietate¹³ contrapposto a quanto connesso all'espressione *private enforcement*, con la quale si fa riferimento alla tutela di diritti soggettivi (di imprese o consumatori) innanzi ai giudici nazionali.

In questo caso, oggetto diretto della tutela sono i diritti soggettivi dei singoli e solo indirettamente si arriva alla tutela del mercato concorrenziale¹⁴.

L'integrazione del mercato e la tutela delle condizioni di concorrenza, dunque, sono raggiunte attraverso l'azione congiunta di *private* e *public enforcement* attraverso meccanismi, di *enforcement* appunto, che sono tra loro complementari e che, unitamente ad alcuni accorgimenti (si consideri ad esempio, che il giudice nazionale non può decidere difformemente su quanto già statuito dalla Commissione), dialogano tra loro anche grazie al ruolo della giurisprudenza, prima fra tutte, quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁵ rimarcando in questo senso l'importanza del

¹³ Considerando n. 2, direttiva (UE) n. 104/2014: «L'applicazione a livello pubblicistico degli articoli 101 e 102 TFUE compete alla Commissione in virtù dei poteri ad essa conferiti dal regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio. [...] Provvedono all'applicazione a livello pubblicistico anche le autorità nazionali garanti della concorrenza, che possono adottare le decisioni elencate all'articolo 5 del regolamento (CE) n. 1/2003. A norma di tale regolamento, gli Stati membri dovrebbero poter designare autorità sia amministrative che giudiziarie preposte all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE quali autorità pubbliche competenti e all'espletamento delle varie funzioni conferite alle autorità garanti della concorrenza da detto regolamento». Inoltre, per i poteri della Commissione, delle ANC e dei giudici nazionali si rimanda al regolamento (CE) n. 1/2003. Sul tema si veda, MASSIMO CONDINANZI, JACOPO ALBERTI, FILIPPO CROCI (a cura di) *Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi: una prospettiva europea*, Atti del Convegno, Milano, 4 ottobre 2019 e GIAN ANTONIO BENACCHIO MICHELE CARPAGNANO (a cura di) *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, Atti del Convegno, Trento, 11-13 aprile 2019.

¹⁴ La direttiva (UE) n. 104/2014, recepita in Italia con il d.lgs. n. 3/2017 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, all'art. 1, par. 1 enuncia che «La presente direttiva stabilisce alcune norme necessarie per garantire che chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento di tale danno. Essa stabilisce norme per promuovere una concorrenza non falsata nel mercato interno e per eliminare gli ostacoli al suo corretto funzionamento, garantendo a qualsiasi soggetto che abbia subito danni di questo tipo una protezione equivalente in tutta l'Unione». Sul tema si veda, MASSIMO CONDINANZI, JACOPO ALBERTI, FILIPPO CROCI (a cura di) *Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi: una prospettiva europea*, Atti del Convegno, Milano, 4 ottobre 2019 e GIAN ANTONIO BENACCHIO MICHELE CARPAGNANO (a cura di) *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, Atti del Convegno, Trento, 11-13 aprile 2019.

¹⁵ *Ex multis*, Corte giust., 9 marzo 1994, causa C-188/92, TWD; Corte giust., 21 novembre 2013, causa C-284/12, Deutsche Lufthansa; Corte giust. 27 novembre 2019, causa C-547/16, Gasorba. Da ultimo pare interessante la previsione dell'art. 9, par. 1, direttiva (UE) n. 104/2014, ove si stabilisce che «Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il

ruolo svolto dalle precedenti pronunce anche al fine di garantire una maggiore univocità di interpretazione della normativa oltre che la possibilità di avvalersi del ragionamento e delle considerazioni svolte da altri giudici sul tema.

Concentrando l'attenzione sul *private enforcement* e con particolare riferimento alla disciplina *antitrust* appare inoltre possibile effettuare una ulteriore e più attenta precisazione arrivando a distinguere due ipotesi di reazione alla violazione dei precetti normativi: le azioni *follow-on* e le azioni *stand alone*.

Nel primo caso, il consumatore o il concorrente adiscono l'autorità giudiziaria dopo che l'Autorità nazionale della concorrenza abbia già conosciuto della violazione contestata in questo modo cercando maggiore e più puntuale tutela rispetto ad una condotta già riconosciuta come illegittima e contraria alla normativa di sana concorrenzialità tra le parti; nel secondo caso, invece, i soggetti istituzionali non sono ancora intervenuti e la domanda è volta proprio al riconoscimento di quella condotta anti-giuridica in ragione della quale è successivamente formulata ogni ulteriore azione di *restitutio in integrum*.

Si tratta, in ogni caso, di azioni specificamente mirate ad una pronuncia di declaratoria nullità e risarcimento del danno subito.

In altri termini, quando parliamo di *private enforcement* appare evidente come questa azione debba essere ricondotto all'*input* dei privati che agiscono per il risarcimento del danno (o per nullità contrattuali) ponendo in essere uno strumento di tutela mirato e volto al ristoro del danno ingiusto subito a causa di condotte *contra jus*¹⁶.

A questa azione si contrappone la seconda ipotesi sopra prospettata che, invece, è rappresentata dalla commina di una sanzione pecuniaria, specificamente inflitta da un soggetto pubblico ed avente natura afflittivo-sanzionatoria, che si prepone il fine di tutelare un interesse pubblico quale quello della concorrenza (la cui tutela è strumentale al raggiungimento dell'obiettivo dell'integrazione europea) andando a regolare e soprattutto disincentivare ogni operazione di sostegno esterno che possa in qualche modo falsarla.

risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza». Tale articolo è recepito dall'art. 7, d.lgs. n. 3/2017.

¹⁶ L'art. 18 D.lgs. 3/2017 prevede la competenza esclusiva delle sezioni specializzate delle imprese dei Tribunali di Roma, Milano e Napoli. Peraltro, ma non pare questa la sede opportuna, è interessante indagare il rapporto tra *private enforcement* e *punitive damages* quale ulteriore strumento deterrente per tutelare la concorrenza. Tale indagine deve necessariamente passare attraverso un'ulteriore questione, ovvero l'ammissibilità nel nostro ordinamento dei danni punitivi che, nonostante il noto arresto del Supremo Collegio a Sezioni Unite, pare essere ancora controversa.

3. *Private enforcement* e arbitrato. Come evitare una *litigation* pura?

Definita quindi la dimensione del *private enforcement* e il rapporto che intercorre tra i procedimenti dell’Autorità, le azioni di nullità e risarcimento del danno promosse innanzi ai giudici nazionali, possiamo domandarci se e in che misura il ruolo svolto dal giudice possa essere svolto altresì da un arbitro e se dunque appare possibile compromettere in arbitrato una controversia con evidenti risvolti anche di natura pubblicistica.

La disciplina positiva da cui muovere, a livello comunitario, è certamente rappresentata dalla direttiva (UE) 104/2014 che agli artt. 18 e 19 prevede la necessità che gli Stati Membri garantiscano la tutela dei diritti soggettivi lesi anche favorendo l’uso di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie.

Nello specifico l’art. 18, fa espresso riferimento alla possibilità di sospendere il giudizio ordinario fino a due anni se le parti «[...] partecipano a una composizione consensuale delle controversie riguardante la richiesta interessata dall'azione per il risarcimento del danno [...]»¹⁷ di fatto intervenendo anche successivamente alla fase genetica del conflitto con il precipuo intento di favorire la compromissione in arbitrato di una eventuale controversia anche nel caso di un contenzioso già incardinato tra le parti.

Parallelamente, l’art. 2 della direttiva offre una definizione di “composizione consensuale delle controversie” indicandola come un «qualsiasi meccanismo che consenta una risoluzione stragiudiziale di una controversia riguardante una richiesta di risarcimento dei danni», cui grazie all’attenta lettura del considerando n. 48 appare evidente il pieno riferimento all’arbitrato che diventa non solo un’ipotesi caldeggiata in favore delle parti ma diventa esplicito strumento suggerito nei confronti delle stesse per la risoluzione della controversia connessa ad una lesione della concorrenza.

Si legge, infatti, che «[...] gli autori della violazione e i soggetti danneggiati dovrebbero essere incoraggiati a concordare il risarcimento del danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza per mezzo di meccanismi di composizione consensuale delle controversie, come le transazioni stragiudiziali (comprese quelle in cui un giudice può dichiarare vincolante una transazione), l’arbitrato, la mediazione o la conciliazione. [...]»¹⁸.

I mezzi alternativi di risoluzione della controversia assumono dunque un carattere centrale, esplicitamente richiamato dalla normativa che, non casualmente pone al primo gradino la scelta del contenzioso arbitrale proprio per la possibilità di ricondurre allo stesso una procedura ampia anche di natura istruttoria e la possibilità di renderla preliminare ad una scelta utile per la

¹⁷ L’art. 2 della direttiva fornisce una definizione di “composizione consensuale delle controversie”, quale «qualsiasi meccanismo che consenta una risoluzione stragiudiziale di una controversia riguardante una richiesta di risarcimento dei danni».

¹⁸ Considerando n. 48, direttiva (UE) n. 104/2014.

risoluzione del conflitto di natura transattiva ovvero per mezzo dell'emissione di uno specifico lodo.

Per quanto concerne il versante italiano, il legislatore, con il d.lgs. n. 3/2017, ha recepito quanto contenuto nei suddetti articoli, nel Capo VI (rubricato «composizione consensuale delle controversie») agli articoli 15 e 16 richiamando con il primo l'art. 18 della direttiva, e parallelamente con l'art. 16 5 co. fa espresso riferimento alla decisione arbitrale quale decisione analoga alla sentenza del giudice del tribunale ai fini della applicazione dei commi precedenti¹⁹.

Sebbene l'art. 15, comma 2, preveda la sospensione del procedimento giudiziario ad opera del giudice nei casi in cui le parti decidano di ricorrere ad una composizione consensuale della controversia, fa espressamente salve le regole in materia di arbitrato²⁰ di fatto tracciando la strada alle recenti pronunce della giurisprudenza di merito che, senza eccezioni, ammette in maniera piuttosto netta la possibilità di compromettere in arbitri le controversie *antitrust*²¹ anche relativamente all'aspetto pubblicistico cui dovranno essere ovviamente applicate le disposizioni anche di matrice sovranazionale tese a garantire la salvaguardia della giusta concorrenza tra le parti.

Le brevi considerazioni sin qui espresse impongono dunque una precisa domanda che appare essere centrale nel tutelare le esigenze delle imprese ad una corretta garanzia della condotta concorrenziale unitamente all'espletamento di un giudizio che possa consentire di risolvere una controversia in tempi rapidi e senza dubbi rispetto alla correttezza, da un punto di vista tecnico, della valutazione posta in essere unitamente alla possibilità di ritenere definitiva la decisione assunta.

In questo senso, gli interpreti sono infatti chiamati ad esprimere la propria proposta rispetto alla possibilità di valorizzare lo strumento dell'arbitrato per, in una fase già patologica del processo concorrenziale, l'approdo ad una *litigation* classica e pura avanti ai tribunali nazionali, anche in

¹⁹ Art. 16, comma 5, d.lgs. n. 3/2017: «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il procedimento di composizione consensuale della controversia è definito con la pronuncia del lodo di cui al capo IV del Titolo VIII del libro IV del Codice di procedura civile».

²⁰ Art. 15, comma 2, d.lgs. n. 3/2017: «Fatte salve le disposizioni in materia di arbitrato, il giudice, su istanza delle parti, può sospendere sino a due anni il processo pendente per il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza quando le medesime parti hanno fatto ricorso ad una procedura di composizione consensuale della controversia [...]»

²¹ *Ex multis*, Trib. Roma 20 maggio 2021, n. 0000; Trib. Milano 5 aprile 2016, n. 4255; Trib. Milano 22 luglio 2021, n. 6374: «Orbene, premesso che - vertendo la domanda principale della [omissis] su una violazione dell'art. 102 TFUE - l'interpretazione del diritto UE fornita dalla CGUE risulta vincolante per l'interprete nazionale, è inevitabile osservare che la stessa Corte ha chiarito che la responsabilità derivante dalla violazione dell'art. 102 TFUE ben "può materializzarsi nei rapporti contrattuali", e non può quindi essere a priori espulsa dall'area della responsabilità connessa all'esecuzione del contratto, ben potendo ritenersi, quindi, tali specifiche forme di responsabilità attratte dalla clausola compromissoria destinata a regolare il contenzioso inerente il contratto stesso».

conformità all'auspicio espresso dal legislatore comunitario, rendendo il *private enforcement* uno strumento efficace e conveniente ma soprattutto risolutivo rispetto alla definizione della disputa.

Del resto, la brevissima panoramica effettuata rispetto alla normativa *antitrust* consente di rimarcare la crescente importanza conferita allo strumento arbitrale come mezzo sostitutivo per la risoluzione delle controversie rimarcato dall'evidente complementarità tra le fonti nazionali e comunitarie, tese a realizzare una disciplina univoca e conforme che rappresenta l'obiettivo più che un semplice auspicio anche nella sua concreta applicazione²².

Il quadro della normativa *antitrust*, articolato attorno ai trattati dell'Unione Europea, all'art. 41, della Costituzione italiana e una disciplina di diritto positivo si caratterizza in maniera chiara ed effettiva per l'elevato grado di complementarità delle fonti normative che prescinde dall'origine, comunitaria o nazionale, delle stesse ed è univocamente rivolta al perseguimento del principale obiettivo di tutela della concorrenzialità.

Un ruolo fondamentale viene svolto dalla Commissione e dalle Autorità nazionali nel vigilare e, se del caso, intervenire per garantire che il "gioco della concorrenza" non sia falsato a danno delle altre imprese e dei consumatori finali contravvenendo a quelle regole che hanno guidato lo sviluppo del mercato unico dell'Unione; in questo la scelta di affiancare e sviluppare la possibilità di una uniforme interpretazione normativa nel *public* e *private enforcement*, svincolata dalla necessità di una giurisprudenza "centralizzata" in favore di più rapide risposte fornite dal Giudizio arbitrale, costituisce quell'elemento centrale in grado di rimarcare la direzione che appare necessario seguire con forza per contribuire al processo di una migliore integrazione del mercato europeo e al tempo stesso tutelare i diritti dei consumatori.

4. Sulla natura della scelta del compromesso arbitrale

Nel contesto appena descritto, appare quindi corretto approfondire la riflessione intrapresa per comprendere, al di là di un approccio normativo, quali siano gli effettivi ambiti di applicazione di un procedimento arbitrale, quali i vantaggi, quali i margini di sviluppo che possano portare ad una crescente scelta ed influenza di un procedimento "privato" all'interno del panorama giuridico dedicato alla disciplina *antitrust*, senza dimenticare alcune possibili derive che è il caso di tenere sotto costante monitoraggio.

L'analisi di un tema che metta insieme un argomento sempre attuale e sempre al limite della regolarità quale quello della corretta competizione delle imprese nel libero mercato e la sua fase patologica, rappresentato dal contenzioso e dunque dalla sua sfera giudiziale, riporta alla mente

²² In tal senso si veda l'art. 103, par. 2, lett. e, TFUE. Inoltre, il considerando n. 8 del regolamento (CE) 16 dicembre 2003, n. 1, anticipa quanto contenuto nel successivo art. 3, par. 2, con riferimento alla applicazione del diritto nazionale e comunitario.

una frase di John Grisham che, con assoluto realismo e abbozzato cinismo, afferma senza alcuna possibilità di fraintendimento: *“Adesso un processo è una competizione, con un vincitore e uno sconfitto. Ognuna delle parti si aspetta che l'altra pieghi le regole o imbrogli, per cui nessuna delle due gioca lealmente. E la verità si perde nella confusione”*.

L'importanza dell'arbitrato e la scelta di investire scientemente in un suo sviluppo appaiono quindi quegli elementi ormai evidenti e sempre più concretamente confortati dal costante sviluppo normativo e giurisprudenziale sul tema, volti a costruire quelle maggiori certezze delle quali il sistema ha costantemente bisogno e delle quali gli investitori invocano la costante necessità; non si tratta infatti di avere una giustizia predittiva ma di poter concretamente effettuare una valutazione *ex ante* che consenta di conferire maggiore precisione alle conseguenze delle azioni intraprese sul mercato ed ovviamente, decidere ponendo in essere una stima economica delle scelte effettuate.

I maggiori ordinamenti hanno nel tempo riconosciuto alle parti il diritto di ricorrere all'arbitrato per risolvere le loro controversie e, se per quanto concerne l'ambito di applicazione nazionale questo aspetto appare essere invero scevro di elementi dubbi ed oggetto di necessario approfondimento, diverso è lo sviluppo relativo all'arbitrato internazionale ove il Protocollo di Ginevra del 1923 ha rappresentato il primo cambio di direzione in questo senso, cui si sono poi via via succedute le convenzioni successive vocate a porre un limite all'utilizzo della giurisdizione interna come unica alternativa possibile.

Oggi come oggi, appare possibile riscontrare con crescente frequenza in ambito normativo un maggiore ricorso alla deroga alla giurisdizione in favore di arbitrati internazionali o esteri, confermando la scelta di voler riconoscere maggiore importanza alla volontà espressa dalle parti e all'autonomia manifestata nello stabilire l'assetto dei propri interessi anche nel campo del commercio internazionale e della eventuale fase di contenzioso; in ogni caso, nella totalità degli ordinamenti, il compromesso o la clausola compromissoria sono il presupposto indefettibile per l'arbitrato rappresentando la prima, specifica, manifestazione di volontà delle parti in tal senso, esprimibile sia quando è già insorta la controversia, con un'apposita convenzione di arbitrato, sia all'interno dei vari contratti ove si usa unicamente il termine *“convenzione arbitrale”* per dare forma concreta alla clausola compromissoria concordata tra le parti volta ad indirizzare un'eventuale fase patologica del rapporto.

La convenzione, dunque, esprime la volontà delle parti di adire l'arbitrato fornendo indicazioni sulla costituzione e nomina del collegio arbitrale circoscrivendo in modo dettagliato le modalità di espletamento del giudizio arbitrale e rendendo sin dall'inizio palese la determinazione delle parti di voler compromettere in arbitrato le loro controversie.

Il presupposto indifferibile di tutte le ipotesi è quello relativo alla chiara volontà delle parti di scegliere l'arbitrato (esprimendo una preferenza netta rispetto alla volontà di adire la giustizia ordinaria) e, parallelamente, l'arbitrabilità della controversia stessa; in tal senso, se il primo degli elementi ora richiamati appare essere quindi facilmente riconducibile alla soggettiva espressione

dell'aspetto privatistico, ovviamente teso a favorire aspetti relativi a tempi e costi del procedimento arbitrale oltre che a rimarcare il favore per la dichiarata competenza del collegio, il secondo elemento appare possedere una identità maggiormente pubblicistica, che spinge ad una valutazione che di fatto è connessa alla possibilità di avvicinarsi ad una "giustizia privata" anche in un settore fortemente disciplinato a livello centrale ed europeo.

I diritti nazionali, rappresentando in questo senso l'altra faccia della medaglia, fissando i limiti della materia che ritengono arbitrabile, in alcuni casi circoscrivendo il perimetro delle "*matières qui intéressent l'ordre public*" (come indicato dall'art. 2060 c.c. francese), ovvero riportandosi alla più comune espressione di "*materie sottratte alla disponibilità delle parti*" o equivalenti, tese a limitare l'ambito di estensione dell'autonomia privata.

In questo contesto, appare quindi algebricamente evidente che quanto più ampia è l'autonomia contrattuale riconosciuta alle parti dal legislatore, tanto più si estende l'ambito della arbitrabilità della controversia.

In tal senso, la normativa di cd. softlaw, espone in modo incontrovertibile la propria posizione senza lasciar adito a dubbi anche rispetto alla direzione verso la quale vorrebbe guidare lo sviluppo della materia; l'impostazione di UNCITRAL, infatti, non pone alcuna restrizione all'arbitrabilità, richiamando le scelte fatte dai singoli Stati che hanno nel tempo favorito la scelta, adottata dai legislatori, di accogliere la regola della generale arbitrabilità delle controversie.

Una rapida disamina della normativa presente nel territorio europeo consente di evidenziare una scelta tutto sommato unidirezionale nel conferire alle parti più ampio margine di arbitrabilità della controversia, come accade in Svizzera ove l'art. 177 della LDIP (Legge Federale sul Diritto Internazionale Privato) afferma che "*Può essere oggetto di arbitrato qualsiasi pretesa patrimoniale*" (successivamente aggiungendo: "*Uno Stato, un'impresa dominata da uno Stato o un'organizzazione controllata da uno Stato non può, in quanto parte, invocare il proprio diritto per contestare la compromettibilità della causa oggetto del patto di arbitrato o la propria capacità di essere parte nel procedimento arbitrale*").

Medesima formula appare essere stata utilizzata in Germania (cfr. § 1030 ZPO - Zivilprozessordnung c.p.c., C.P.C. (codice di procedura civile) secondo il quale: "*Qualsiasi pretesa pecuniaria può essere oggetto di un accordo di arbitrato. Un accordo per arbitrare rivendicazioni non pecuniarie ha effetto legale nella misura in cui le parti hanno il diritto di risolvere l'oggetto della controversia*" secondo una impostazione che aggiunge l'arbitrabilità delle cause anche per le pretese non patrimoniali, purché sia conferito alle parti il potere di disporre transattivamente.

Parallela la scelta della penisola iberica dove in Spagna l'art. 2 della legge n. 60 del 23 dicembre 2003 afferma che "*Son susceptibles de arbitrar las controuersias sobre materias de libre disposicion conforme a derecho. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una Sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del Convenio Arbitral*" di fatto agendo proprio per

scoraggiare ogni valutazione contraria al ricorso arbitrale; o il Portogallo in cui la legge sull'arbitrato afferma e ribadisce la possibilità di sottoporre ad arbitrato "ogni disputa relativa a diritti disponibili" in questo modo sancendo, a partire dal 2012, una sostanziale uniformità con il Regolamento Uncitral sull'arbitrato commerciale internazionale, adeguando la normativa interna agli standard internazionali.

5. Sullo sviluppo storico dell'arbitrabilità delle controversie in materia di contenziosi antitrust

In questo senso appare evidente che la duplice natura della normativa Antitrust abbia spesso portato ad una iniziale diffidenza rispetto alla possibilità di compromettere in arbitrato contenziosi aventi ad oggetto condotte tese a falsare il naturale e dinamico sviluppo della corretta competizione commerciale.

Non rappresenta dunque un caso la posizione assunta dall'ordinamento Statunitense che sino a venti anni fa, riteneva l'Antitrust una materia non arbitrabile per ragioni di *public policy*.

E' la pronuncia relativa al caso *Mitsubishi Motors Corp v. Soler*, nel giugno 1985, a rappresentare la linea di cesura in cui la Corte Suprema, ne ha ammesso e di fatto sancito l'arbitrabilità, rappresentando l'arbitrato commerciale internazionale uno strumento, quasi un moderno cavallo di Troia, utile a consentire l'applicazione extraterritoriale delle leggi antitrust statunitense, ma soprattutto e come prima anticipato, una opportunità di accrescimento della stabilità e prevedibilità del sistema del commercio internazionale attraverso l'applicazione di regole comuni.

Stesso sviluppo appare essere stato messo in atto anche nell'Unione Europea ove la Commissione, che aveva inizialmente visto di mal occhio la giurisdizione arbitrale in tema di *antitrust*, temendo potesse rappresentare uno strumento per aggirare l'indisponibilità dei divieti sanciti da una normativa volta a centralizzare il controllo della materia relativa ad uno dei suoi aspetti fondanti, ha col tempo mostrato un atteggiamento più tollerante che ha trovato definitiva conferma nella sentenza della Corte di Giustizia CE 1.6.1999 (*Eco Swiss c. Benetton*), ove si è passati dalla facoltà per gli arbitri di giudicare in materia, all'obbligo di applicare le norme *antitrust*.

Stesso iter appare essersi compiuto anche in Italia ove, dopo qualche diffidenza, si è fatta strada l'opinione che anche le controversie nascenti da contratti potenzialmente nulli (o contenenti clausole potenzialmente nulle), poiché contrari alla normativa antitrust, potessero essere sottoposte a giudizio di un tribunale arbitrale, con la ferma prescrizione per gli arbitri di applicare le norme prescritte in materia, trattandosi di norme inderogabili e comunque riconducibili a principi a tutela dell'ordine pubblico.

6. Sull'arbitrabilità delle controversie tra privati a seguito dell'accertata violazione antitrust

Per facilitare la trattazione della tematica sottesa al nostro esame, richiamando la bipartizione sopra richiamata rispetto alla tematica antitrust e la sua compromettibilità in arbitrato, si ritiene maggiormente corretto e di più immediata percezione valutare l'arbitrabilità di contenziosi relativi ad elementi di *quantum* cui si è fatto ricorso a seguito di una accertata violazione della normativa a protezione della concorrenza.

L'adozione dell'arbitrato nella risoluzione dei conflitti relativi alla quantificazione del danno per infrazione degli artt. 101 o 102 del TFUE con riferimento a specifici ambiti della normativa *antitrust*, infatti, ben si concilia sia con una disputa di natura prettamente privata volta ad accertare e definire la corretta quantificazione di un danno conseguente ad una condotta conseguente ad una infrazione delle misure *antitrust*, sia con la naturale possibilità di compromettere ad un tribunale arbitrale un contenzioso relativo alla determinazione del danno sofferto a seguito di una accertata condotta antigiuridica.

Dunque, richiamato il contenuto dell'art. 101 TFUE secondo il quale *"sono vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno"* e dell'art. 102 che vieta *"lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo"*, appare chiaro come l'accertata violazione di detti principi comporti un danno per la parte che ha sofferto una condotta anticoncorrenziale la cui corretta quantificazione rappresenta un elemento altrettanto importante all'interno della procedura di accertamento e punizione di tali condotte.

La difficoltà di ogni operazione di determinazione del danno, la moltitudine e complessità degli elementi da valutare, la necessità di arrivare ad una pronuncia di merito, costituiscono dunque quei termini di necessaria considerazione per esprimere ogni valutazione in merito rispetto alla opportunità di compromettere agli arbitri la risoluzione di una controversia.

La quantificazione di tale tipologia di danno rappresenta, in particolare, un processo che richiede complesse analisi di natura economica e raffinati ragionamenti di determinazione del danno, che non hanno una omogenea procedura di valutazione e che rendono più difficile e meno economico, per consumatori ed operatori economici danneggiati, ricorrere alla giustizia ordinaria per ottenere reale tutela.

Inoltre, l'inarrestabile e pressoché compiuto processo di globalizzazione che ormai coinvolge ampi e diversificati ambiti del mercato, non rende desueto immaginare un conflitto fra un consumatore e un'impresa di diverse nazionalità con tutte le difficoltà di ricevere una adeguata

tutela nell'ambito di controversie derivanti da operazioni commerciali transfrontaliere rispetto a quelle nazionali.

Non è un caso che il legislatore abbia quindi lavorato per rendere più semplicemente accessibile il diritto al risarcimento dei danni a tutti i cittadini dell'Unione Europea e ne è la prova la pubblicazione ad opera della Commissione Europea delle linee guida del 2021 per la quantificazione del danno causato dall'infrazione degli artt. 101 o 102 del TFUE mediante la quale si è tentato di uniformare tale procedura per tutti gli Stati Membri fornendo comuni parametri operativi.

La pubblicazione di dette Linee guida non deve tuttavia celare quello che appare essere il vero obiettivo della Commissione, di traslare come sempre maggiore convinzione il ricorso alla giustizia ad azioni private per la risoluzione delle controversie ed in particolare allo strumento arbitrale, senza alcuna preclusione rispetto alla generale compromettibilità di dispute insorte per infrazione del diritto della concorrenza, cercando di rendere tali azioni private ancor più efficienti, soprattutto per quel che concerne costi e tempi di durata dei procedimenti.

Non può dunque rappresentare un caso la preferenza accordata nei confronti di uno strumento di "Alternative Dispute Resolution" quale è l'arbitrato, che fa della sua rapidità, confidenzialità e dei suoi ridotti costi amministrativi, i punti di forza che lo contrappongono ad un processo "tradizionale" svolto dinanzi un tribunale nazionale; affiancando a questi aspetti una più puntuale preparazione degli arbitri nominati, di solito selezionati tra riconosciuti esperti del settore di riferimento.

Sono questi vantaggi, unitamente alla possibilità di fare affidamento su una maggiore riservatezza delle informazioni private relative all'attività delle imprese che partecipano al conflitto, a fornire forza determinante allo strumento arbitrale, ancor di più nei conflitti legati all'infrazione del diritto della concorrenza, ove l'arbitrato è in grado di manifestare i suoi aspetti di efficienza e di flessibilità attraendo per le parti che lo scelgono anche successivamente alla manifestazione del conflitto.

Inoltre, la decisione assunta del procedimento Eco/ Swiss della Corte europea di giustizia, sembra confermare la tendenza ad imporre agli arbitri il dovere di sollevare ogni questione riguardante il diritto della concorrenza all'interno della procedura arbitrale, tanto da spingere a creare il corretto convincimento di poter utilizzare l'arbitrato quale strumento tipico alternativo di risoluzione della controversia per risolvere i conflitti in materia di diritto della concorrenza.

La complessità del processo di quantificazione del danno per infrazione del diritto della concorrenza attraverso tecniche econometriche di stimare dei danni che una vittima di una condotta anticoncorrenziale ha sofferto, paragonando il potenziale scenario nel quale l'infrazione del diritto della concorrenza non è stata compiuta con quello reale, in cui l'infrazione è avvenuta, impone piuttosto evidentemente la necessità di sottoporre ogni valutazione a soggetti in possesso

di una specifica preparazione che saranno chiamati a decidere la controversia mettendo a frutto la loro ampia e dettagliata conoscenza della materia.

Si pensi al caso d'infrazione ex art. 101 per pratica collusiva anticoncorrenziale fra imprese, posta in essere con la costituzione di un cartello che ha comportato un incremento illecito di prezzi a danno dei consumatori, evidente che una delle modalità di quantificazione del danno potrebbe avvenire tramite una analisi dei prezzi finali, ponendo in raffronto i due scenari prima e dopo il cartello per stimare quale è stato l'incremento dei prezzi ed in seguito quantificare i danni che i consumatori avrebbero sofferto.

Tale analisi non deve tuttavia limitarsi ad identificare il mero aumento dei prezzi, ma deve approfondire tutti gli altri elementi che hanno avuto un impatto diretto sul valore dei danni al pari delle potenziali riduzioni delle capacità di acquisto connesse anche a prodotti affini o complementari, relative a consumatori diretti e indiretti, ovvero alle imprese che hanno una relazione di tipo verticale con quelle che fanno parte del cartello, come ad esempio i grossisti e i distributori finali.

Questa distinzione nella quantificazione del danno da condotta anticoncorrenziale permette di valutare se vi è stato un cosiddetto effetto domino che ha comportato un aumento dei prezzi dei prodotti venduti sul mercato al dettaglio quale causa diretta di un aumento dei prezzi sul mercato all'ingrosso o da un generale rincaro nella filiera della produzione o della distribuzione.

L'analisi diviene ancor più complessa se si pensa al caso dove sia realmente possibile effettuare una disamine dell'effetto domino per determinare se lo stesso possa dirsi "completo" o "incompleto"; si dovrebbe, infatti, analizzare il mercato a valle per cercare di capire se il grossista abbia un potere di mercato tale da consentirgli di provocare un generale aumento dei prezzi ovvero se ci si trovi di fronte ad un mercato altamente concorrenziale, ove l'elasticità della domanda e la possibilità di alternative sul mercato possa comportare un riassorbimento all'interno dello stesso degli effetti distortivi di una condotta illecita e, a fronte di un generale innalzamento dei prezzi, possa comportare una diversa reazione del mercato, anche ulteriore rispetto al solo fattore prezzo.

Un esempio in tal senso è rintracciabile in un contenzioso che ha coinvolto due Compagnie telefoniche che operano nel mercato nazionale una delle quali era stata condannata per abuso di posizione dominante nel settore della telefonia fissa.

A seguito di tale condanna, una Compagnia concorrente ha chiesto un risarcimento danni per oltre 1 miliardo di euro ivi comprensivo del danno all'immagine connesso all'impressione trasmessa al mercato dei consumatori, affermando di essere passata nel pensiero collettivo come un soggetto incapace di offrire il proprio servizio in maniera efficiente ed in tempi rapidi al pari della Compagnia concorrente che aveva posto in essere una condotta riconosciuta come anticoncorrenziale.

Appare dunque di palmare evidenza la complessità della determinazione del danno non patrimoniale, al pari del danno patrimoniale, soprattutto se si pensa al danno all'immagine²³ ed alla velocità col quale si è verificato anche solo per la trasmissione di una scorretta reputazione fra i consumatori conseguente ad una illecita condotta altrui.

Il rischio concreto è quello di arrivare a una quantificazione del danno poco dettagliata ed eccessivamente semplicistica, che si allontana da una stima reale e molto più che probabilmente si potrebbe avvicinare ad una più corretta determinazione solo a seguito di un lungo e costoso procedimento che, unitamente al rischio di dover comunicare dati riservati in un procedimento pubblico, proprio per queste sue intrinseche caratteristiche, finisce per scoraggiare il ricorso alla giustizia ordinaria nel fondato timore che, anche appellandosi ad un giudizio di equità, fonerebbe per porre in essere una valutazione casuale ancor più che equa.

L'arbitrato, al contrario, caratterizzato come detto dalla sua flessibilità nella scelta dell'arbitro tra soggetti in possesso di comprovate conoscenze e competenze tecniche, consente invece di eliminare il rischio di una valutazione troppo approssimativa attraverso una stima di tutti gli aspetti tecnici ed economici dell'ambito di mercato dove è nato il conflitto, esprimendo con ampia probabilità una decisione che potrebbe rivelarsi più equilibrata perché dettata dalla possibilità di valutare in maniera più approfondita e critica le argomentazioni e le allegazioni delle parti con una stima dei danni più prossima alla realtà che invero, potrebbe avvicinare le parti anche ad un accordo transattivo.

Evidente infatti, che anche una definizione posta in essere coltivando la possibilità di un mutuo accordo tra le parti non solo non possa essere aprioristicamente scartata, ma non debba neanche rappresentare un'alternativa di secondo livello assurgendo, al contrario, ad uno dei fini principali che potrebbero essere raggiunti, anche solo per il fatto di conferire carattere di definitività all'accordo raggiunto per la chiusura della controversia.

Parallelamente ai pregi sinora tratteggiati, appare inoltre possibile evidenziare alcuni possibili ed importanti limiti connessi proprio a determinate caratteristiche della procedura.

La segretezza degli atti, oltre a garantire una maggiore riservatezza rispetto alle valutazioni espresse, comporta una minore reperibilità di antecedenti decisioni arbitrali e non consente di potersi servire di valutazioni precedentemente adottate in ambito arbitrale con l'effetto, da un lato, di rallentare l'intero processo decisionale a spese delle parti, e dall'altro di privare il Collegio nominato di un elemento di valutazione teso a conferire omogeneità di giudizio sulla tematica controversa.

²³ In questo contesto, una ulteriore valutazione può essere effettuata rispetto alla società quotate ove il valore della singola azione, nel breve periodo, può effettivamente soffrire gli effetti di una reputazione negativa in questo modo consentendo una più determinazione semplicistica del valore e delle conseguenze diretta di un danno reputazionale.

Nella quantificazione del danno per infrazione ex artt. 101 e 102 TFUE, la possibilità, per l'arbitro, di potersi basare su altre passate decisioni arbitrali, faciliterebbe sicuramente l'omogeneità nella valutazione aiutando l'adozione di simili strumenti di sintesi, utili a delineare i termini dell'evoluzione giurisprudenziale connessa a fattispecie fattuali simili tra loro.

L'idea di una comune base di valutazione, connessa ai lodi arbitrali emessi sul tema, costituisce una pratica che appare essere incoraggiata dalla stessa Commissione Europea nelle sue linee guida per la quantificazione del danno per infrazione del diritto della concorrenza.

Si consideri inoltre il fatto che l'arbitro possiede differenti poteri istruttori e sebbene ne sia stato rafforzato il ruolo a seguito dell'ultima riforma, l'assenza di idonea documentazione allegata dalle parti potrebbe verosimilmente rappresentare una lacuna più complessivamente colmabile.

Il riferimento alla casistica sopra richiamata conferma l'importanza, in caso di cartello illecito, della documentazione inerente i costi di produzione, per stimare i prezzi fissati e valutare l'illiceità della condotta posta in essere; l'omissione di tali informazioni impedirebbe quindi il buon funzionamento del procedimento arbitrale con l'effetto di dover costringere il Collegio a ricercare altrove informazioni che possano consentirgli di adottare una decisione ottimale, con aggravio di tempi e costi del procedimento.

Ecco dunque come anche la procedura arbitrale si trova a dover fronteggiare l'esigenza di una pratica e corretta risoluzione della controversia e al tempo stesso scongiurare gli effetti della deriva patologica di condotte antiggiuridiche che, sebbene siano connaturate ad ogni conflitto, sono spesso utilizzate come reale "strumento difensivo" dalle parti in giudizio, rallentando il processo decisionale e rendendolo non più corretto o ragionevole.

Ovviamente, l'analisi delle condotte strategiche e della loro deriva patologica non considera l'onere della prova che ricade sulle due parti in modo differente.

7. Considerazioni conclusive

L'arbitrato per le sue caratteristiche di flessibilità, efficienza in termini di costi, risparmio della tempistica necessaria, preparazione dell'organo prescelto per l'espressione di un Lodo e la confidenzialità delle informazioni reperite per dirimere e decidere una controversia, appare evidentemente vocato ad una preferenza assoluta da parte di coloro che ritengono necessario incardinare un contenzioso al fine di risolvere una disputa connessa alla quantificazione dei danni causati dall'infrazione degli artt. 101 o 102 TFUE.

Sebbene, questo strumento rappresenti più di una valida alternativa proprio nell'ottica di arrivare ad una rapida definizione del contenzioso anche attraverso la possibilità di comprendere con maggiore precisione in termini del danno sofferto piuttosto che il momento opportuno per addivenire ad una soluzione transattiva senza eccessivi vincoli formali connessi ad ingessati limiti

procedurali, appare corretto rammentare la perfettibilità anche di questo strumento e l'ovvia presenza di limiti che potrebbero porre dei problemi al suo buon funzionamento.

L'effetto conseguente, è ovviamente una parziale riduzione della sua efficacia nella risoluzione del conflitto che ha origine multipla, prima delle quali molto probabilmente l'asimmetria informativa che potrebbe incoraggiare o ancora più probabilmente rappresentare la scelta volontaria delle parti che pongono in essere comportamenti strategici, finendo per colpire ed inficiare la funzionalità dell'intero processo arbitrale.

Ne consegue una maggiore difficoltà a perseguire con forza il fine transattivo proprio in ragione dell'impossibilità per l'arbitro di arrivare a considerare ogni elemento esistente e, allo stesso tempo, per le parti di valutare la bontà delle proposte ricevute, a maggior ragione sapendo che il Collegio nominato l'ha formulata sulla base di informazioni in ogni caso parziali.

Il risultato è dunque rappresentato da un procedimento che potrebbe perdere parte della forza connessa alla sua maggiore accuratezza, speditezza ed economicità, proprio in funzione dei limitati strumenti in possesso del Collegio Arbitrale, dell'asimmetria informativa e dell'atteggiamento delle parti che potrebbero rallentare ogni operazione arenando il giudizio, finendo per inficiare anche le opportunità transattive o financo incidendo sulla fondatezza di una decisione finale che rischia discostarsi eccessivamente da quella che avrebbe dovuto o potuto essere realmente adottata.

Bibliografia

- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, A428 - Wind-Fastweb/ Condotte Telecom Italia, Provvedimento 24339
- Benacchio G. A., Carpagnano M. (a cura di), 2019 Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato, *Atti del Convegno*, Trento: Università degli Studi di Trento;
- Biamonti L., 2011 Commercial Arbitration and the Italian and EC antitrust legislation with an Emphasis on intellectual property rights, in *Diritto del Commercio Internazionale*;
- Canale, Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, fasc. 4
- Commissione Europea, Bozza di documento di Orientamento su: "Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell' art. 101 o 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea", Bruxelles, Belgio, 2011, non pubblicato in G.U.U.E. disponibile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_it.pdf.
- Commissione Europea, Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM/2008/0165, Bruxelles, Belgio, 2008, disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:IT:NOT>.
- Condinanzi M., Alberti J., Croci F. (a cura di), 2020, Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi: una prospettiva europea, *Atti del Convegno*, Milano: Bruno Nascimbene;
- Eco Swiss China Ltd c. Benetton - testo reperibile al seguente indirizzo <http://curia.europa.eu>.
- Finocchiaro A., Arbitrato e diritto della concorrenza in <https://iris.luiss.it/bitstream/11385/201087/3/20160129-finocchiaro>
- ICC, Arbitration and Competition, Report Adopted by Working Party and approved by Executive Board of the ICC on 4 April 1984, in *World Competition*, 1984, pp. 37-40; Komminos, Case C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, in *Common Market Law Review*, 2000;
- La Mattina, L'Arbitrato e il nuovo regolamento UE 1215/212: Vecchie questioni e nuovi problemi aperti, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, fasc 3
- Lamandini M., Arbitrato e diritto antitrust, in *AIDA*, 2006, Fasc. 1;
- Landolt, *Modernised EC Competition law in international arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2006
- Laudisa L., Arbitrabilità delle controversie internazionali, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007, fasc. 2,
- Manzini P., 2022, *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, Milano: Giappichelli;
- Massolo A., Riflessioni sull'adozione dell'arbitrato e della mediazione nella risoluzione dei conflitti per la quantificazione del danno per infrazione degli artt. 101 o 102 del TFUE in <https://edizionicafoscari.unive.it/media/pdf/article/ricerche-giuridiche/2013/2/art-10.14277-2281-6100-Ri-2-2-13-13>
- Nicita A. 2008, Consumatori, Antitrust e risarcimento del Danno. Le prospettive del Libro Bianco CE, in *Consumatori Diritti & Mercato*, n. 2.

- Pace L.F., 2013 Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza, voce 37, Arbitrato commerciale internazionale e diritto antitrust, a cura di Bastianon, Napoli
- Radicati di Brozolo L.,1999, Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali, *Rivista di diritto dell'arbitrato*;
- Schepisi C., 2021, «Public e private enforcement nel settore antitrust e degli aiuti di Stato: convergenze, divergenze e circolarità di principi nel dialogo tra i giudici e la Corte di giustizia», in *Eurojus*, fasc. 2.
- Von Mehren R., 2004, fasc. n. 4, The Eco-Swiss Case and International Arbitration, in *Arbitration International*;