



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI NAPOLI
TERZA SEZIONE CIVILE

SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA D'IMPRESA

Il Tribunale di Napoli, Terza Sezione Civile, Sezione Specializzata in Materia d'Impresa, riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati:

DR.SSA CATERINA DI MARTINO	PRESIDENTE
DR. ADRIANO DEL BENE	GIUDICE REL.
DR. SSA FRANCESCA REALE	GIUDICE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa

PROMOSSA DA

FALLIMENTO SCATOLIFICIO S.R.L., con sede ad Isola delle

ATTORE

NEI CONFRONTI DI

S.P.A., con sede in _____, in persona del legale rappresentante p.t., (P.I. _____) rappresentata e difesa, in virtù di procura in atti, dall'avv. Luca Caravella, unitamente al quale elettivamente domicilia in Napoli presso lo studio del prof. avv. Francesco Fimmanò sito in Napoli al centro Direzionale Is. E1

CONVENUTA

CONCLUSIONI

All'udienza del 17.03.2023 disposta nelle forme della trattazione cartolare le parti concludevano come da note di trattazione scritta da intendersi ivi riportate e trascritte.

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione ritualmente notificato, la Scatolificio _____ s.r.l. evocava in giudizio innanzi all'intestata sezione specializzata la _____ S.p.a. affinché venisse dichiarata ed accertata la violazione della normativa antitrust da parte della predetta convenuta e sentirla condannare al risarcimento dei danni patiti a causa della predetta condotta anticoncorrenziale.

Esponeva in fatto che:

- Scatolificio _____ s.r.l. era impresa operante nel settore della produzione e commercializzazione di imballaggi in cartone ondulato, connotandosi quale "scatolificio





puro”, che produceva imballaggi in cartone ondulato non integrato nella produzione di fogli, con la necessità quindi di acquistare da altre aziende con capacità di ondulazione, le materie prime ed i semilavorati costituiti da fogli di cartone ondulato;

- sin dal 2006 e fino al settembre 2019, la società attrice acquistava da spa ingenti quantitativi di fogli di cartone ondulato, trattandosi di una delle aziende più rilevanti attive soprattutto nel sud Italia nella produzione e vendita di fogli ed imballaggi di cartone ondulato;

- nel mese di ottobre 2019 parte attrice veniva edotta del coinvolgimento della società convenuta in un procedimento avviato in data 22.03.2017 dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato conclusosi con provvedimento n. 27849 del 17.07.2019 che sanzionava la s.p.a. unitamente ad altre aziende del settore per l’accertata violazione degli art. 81 e 101 CE;

- con tale provvedimento sanzionatorio l’Autorità garante accertava l’esistenza di una duplice complessa intesa (una relativa al mercato dei fogli di cartone ondulato e l’altra afferente al mercato degli imballaggi in cartone ondulato) restrittive della concorrenza con una sanzione irrogata nei confronti delle imprese partecipanti al cartello per un importo complessivo pari ad € 287 milioni di euro;

- la società convenuta veniva sanzionata per aver preso parte all’intesa anticoncorrenziale relativa al mercato degli imballaggi in cartone ondulato;

- dal provvedimento dell’AGCM con riferimento all’intesa relativa agli imballaggi, si evinceva che le imprese tra cui la avevano “*posto in essere un’intesa segreta, unica e continuata nel tempo, in violazione dell’art. 101, par. 1, TFUE, in particolare consistente nella definizione in comune di aumenti dei prezzi delle scatole, espressi in termini percentuali, applicabili a tutti i propri clienti, e nella ripartizione dei clienti e delle forniture a clienti co-forniti, nonché anche nella definizione in comune di altri parametri commerciali rilevanti, quali i termini di pagamento*”;

- come rilevato nel provvedimento dell’autorità amministrativa indipendente il controllo della società Ondulsud s.r.l. _ che controlla a sua volta la società convenuta – è esercitato dalla medesima persona fisica (dott. Silvio che controlla attraverso altra compagine societaria (A.C.M. Centralcarta s.r.l.) la società ICOM spa, anch’essa sanzionata poiché partecipante alla doppia intesa anticoncorrenziale;

- tale condotta anticompetitiva aveva determinato effetti pregiudizievoli nei confronti della società attrice, sia in quanto diretta concorrente della s.p.a. sia perché acquistava dalla stessa i fogli ondulati e ciò sia sotto il profilo del mancato accesso ad altre fonti di approvvigionamento, sia in ordine alla riduzione del volume delle vendite e dei corrispondenti profitti;

- sulla base di una consulenza di parte che aveva esaminato le fatture emesse dalla s.p.a, nonché i bilanci 2015, 2016 e 2017 completi di nota integrativa della Scatolificio s.r.l., il danno risarcibile veniva quantificato prudenzialmente nella somma di € 171.924,83;

- i procuratori della società attrice inoltravano a mezzo pec alla spa nota con la quale chiedevano il ristoro dei danni subiti che restava infruttuosa.

Pertanto rassegnava le seguenti conclusioni:

“*Nel merito, ritenere e dichiarare la violazione dell’art. 101 TFUE e/o dell’art. 102 TFUE;*





dell'art. 2 e/o dell'art. 3 della Legge n. 287/1990 e, comunque, la violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza, da parte della società S.p.A., per i motivi suesposti.

- Ritenere e dichiarare la responsabilità della società S.p.A., per i danni tutti subiti dalla società Scatolificio S.r.l., a causa della condotta anticoncorrenziale della convenuta, delle violazioni dalla stessa commesse e per tutto quanto esposto in narrativa.

- Per l'effetto, condannare la società S.p.A., al risarcimento dei danni tutti subiti dalla società Scatolificio S.r.l., determinandone l'ammontare nella misura di €.171.924,83, o in quella somma, maggiore o minore, ritenuta di giustizia, o che verrà determinata e quantificata nel corso del giudizio, anche all'esito dell'espletanda C.T.U., oltre rivalutazione monetaria e interessi di legge dal dovuto al soddisfo, con ricorso al criterio equitativo limitatamente alla quantificazione delle somme che non potranno altrimenti determinarsi.

- **In via istruttoria**, si chiede che venga ammessa, con efficacia probatoria, la documentazione depositata unitamente al presente atto. Si chiede che venga disposta C.T.U. al fine di accertare e quantificare il danno subito dalla società attrice.

Si chiede, allorché ritenuto necessario dal Giudice, ordinare all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'art. 4 e ss D.Lgs 3/2017, l'esibizione del Provvedimento n. 27849 e delle prove e della documentazione rilevante, contenute nel fascicolo del procedimento n. 1805, nei limiti di quanto disposto dalle dette norme.

- Con vittoria di anticipazioni e compensi professionali del presente giudizio."

Si costituiva in giudizio la S.p.a., depositando comparsa di costituzione e risposta, evidenziando che l'inammissibile ed infondato atto introduttivo nasconderebbe l'intenzione di parte attrice di preconstituersi un alibi per giustificare le proprie gravi insolvenze nel rapporto con la s.p.a.

Nella ricostruzione dei fatti, parte convenuta faceva riferimento ai rapporti contrattuali intercorsi con parte attrice e provati attraverso una congerie di fatture a partire dal giugno 2013 e relativi documenti di trasporto che attestavano la consegna della merce alla Scatolificio che non riusciva però ad onorare le scadenze dei pagamenti, chiedendo nel giugno del 2018 un nuovo riscadenziamento del proprio debito. Nonostante le continue e ripetute difficoltà nel pagamento delle fatture, comunque la s.p.a. proseguiva nelle forniture confidando nelle promesse dell'amministratore di fatto e di diritto di parte attrice (rispettivamente padre e figlio) fino al settembre 2019.

Seguivano una serie di comunicazioni a mezzo pec tra le due società in cui si fissavano nuove scadenze per il debito nel frattempo accumulato, fino a quando non maturava ennesimo inadempimento da parte della Scatolificio sulla base di un bonifico il cui importo non veniva di fatto accreditato.

Ne risultava che il credito liquido, esigibile e riconosciuto della Scatolificio s.r.l. ammontava ad oltre € 200.000,00, mentre la stessa aveva provveduto anche a vendere il proprio capannone industriale anche in ragione dei protesti che gravavano sulla stessa attestando lo stato di dissesto e quindi l'incapacità di adempiere le proprie obbligazioni.

Pertanto, la ricorreva alla procedura monitoria nei confronti della Scatolificio s.r.l. nonchè nei confronti dell'amministratore di fatto, Diego, in qualità di garante della società attrice ed il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere emetteva decreto





ingiuntivo n. 54/2020 del 05.01.2020 nei confronti del legale rappresentante nonché del garante della Scatolificio s.r.l. per la somma complessiva di € 205.113,02.

Con specifico riferimento al provvedimento dell'AGCM, la società convenuta ne contestava la legittimità (già impugnata dinanzi al Tar che aveva accolto l'istanza cautelare presentata dalla subordinandola alla prestazione di idonea cauzione) rappresentando di essere stata coinvolta limitatamente alla seconda intesa (relativa agli imballaggi), senza aver preso parte alle riunioni dei gruppi che dominavano il mercato interno, dal momento che copriva meno del 1% dei produttori aderenti alla associazione di categoria (GIFCO), anch'essa coinvolta nel procedimento avviato dall'Authority Antitrust.

Pertanto, secondo la difesa della comparente, la domanda di parte attrice risulterebbe inammissibile in quanto fondata su un provvedimento dell'autorità garante ancora *sub judice* in attesa della decisione del TAR e ciò sulla base del rilievo di cui all'art. 7 d.lgs. n. 3 del 2017 che prevede che gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza sono decisivi ai fini dell'azione per il risarcimento del danno laddove la decisione non sia più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso e comunque limitatamente all'accertamento della natura della violazione ma non al nesso di causalità ed all'esistenza del danno.

Concludeva pertanto per il rigetto delle domande attoree, con vittoria di spese e condanna di controparte ex art. 96 comma 3 c.p.c..

Alla prima udienza di trattazione del 27.10.2020, il giudice istruttore concedeva i richiedi termini ex art. 183 comma 6 c.p.c. ed all'esito, rigettata la richiesta di ctu, fissava l'udienza di precisazione delle conclusioni.

Nel frattempo veniva dichiarato il fallimento della società attrice, che riassumeva il giudizio con ricorso depositato in data 23.02.2022.

All'udienza del 17.03.2023 disposta nelle forme della trattazione cartolare le parti concludevano come da note di trattazione scritta ed il giudice istruttore rimetteva la causa in decisione concedendo i termini ex art. 190 c.p.c. per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

La domanda di parte attrice è infondata.

Mette conto evidenziare che il diritto della concorrenza vieta in maniera generale ed astratta in tutti i settori dell'economia comportamenti anticoncorrenziali come gli accordi tra società che limitano la concorrenza (cd. cartelli) o l'abuso di posizione dominante in cui un soggetto imprenditoriale con un potere di mercato significativo cerca di limitare la concorrenza.

La disciplina della concorrenza è quindi una disciplina generale che viene applicata (da giudici ed autorità amministrative) nei casi specifici con l'obiettivo di inibire e sanzionare determinati comportamenti che si sono già verificati.

Pertanto, se la regolazione economica definisce positivamente ciò che è un comportamento lecito da parte delle imprese di un settore, dettando le regole idonee a guidare e disciplinare un dato settore economico, al contrario la disciplina sulla concorrenza definisce in negativo ciò che è vietato in ogni settore, prevedendo le relative e proporzionate sanzioni.

La tutela della concorrenza si realizza attraverso un sistema di public enforcement rimesso alle decisioni prevalentemente delle Autorità garanti della concorrenza e del mercato a cui si affianca in ottica complementare il sistema del private enforcement antitrust fondato sulla possibilità di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno cagionato dalla lesione





del diritto della concorrenza. Come è stato autorevolmente affermato dalla stessa Corte di Giustizia il diritto al risarcimento rafforza «il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o a falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità» (punto 91) (cfr. sentenze Courage, del 20 settembre 2001, C 453/99 e Manfredi, del 13 luglio 2006, C-295-298/04).

Nell'idea del legislatore comunitario prevale il concetto che la repressione pubblicitaria (fondata anche sulle decisioni della Commissione Europea) debba avere comunque la priorità sul private enforcement, il quale però anche se soltanto in chiave complementare deve approntare quei rimedi civilistici che servono a rafforzare il sistema, sanzionando ogni comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza.

Il sistema del private enforcement antitrust origina in prima battuta dalla previsione di cui all'art. 33 comma della legge antitrust n. 287 del 1990 ed è stato potenziato in maniera decisiva con il d.lgs. n. 3 del 2017 che ha recepito la Direttiva 2014/104/UE.

Invero l'art. 33 legge n. 287/1990 rubricato «Competenza giurisdizionale» al comma 2° stabilisce che «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonchè i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n.168, e successive modificazioni».

Soltanto però con la cennata direttiva europea del 2014 e poi con il decreto legislativo di recepimento della stessa sono state fondate le basi di una disciplina unitaria del cd. "private enforcement antitrust".

E' stato ripetutamente affermato che lo scopo precipuo del legislatore europeo sia proprio quello di garantire l'effettività del diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla violazione delle norme della concorrenza. Ed in tal senso le disposizioni sia della direttiva eurounitaria 2014/104 sia del relativo decreto legislativo di recepimento devono essere intese ed inquadrare come funzionali a fornire integrale e completa attuazione al ristoro del pregiudizio subito dai consociati in conseguenza della violazione delle norme sulla libera concorrenza, che possono considerarsi (almeno in una prospettiva storico-evolutiva) come la pietra angolare dell'attuale diritto dell'Unione Europea.

Le azioni in cui si concretizza tale tutela si dividono in due gruppi: da una parte vi sono le azioni cd stand-alone, e dall'altra quelle denominate follow-on.

Il criterio distintivo tra le predette azioni non si basa sullo scopo dell'azione (nullità o risarcimento del danno), bensì sull'esistenza o meno di un previo accertamento della violazione da parte di un'autorità garante della concorrenza. Pertanto, si qualifica come stand-alone un'azione fondata su un procedimento avviato in maniera autonoma, senza che sia stata preceduta dall'adozione di una decisione dell'autorità garante della concorrenza.

Al contrario, l'azione follow-on non avrebbe motivo di esistere se non vi fosse già un provvedimento dell'autorità garante della concorrenza che spiana la strada alla tutela giurisdizionale che si baserà principalmente sul quel tipo di decisione almeno sotto il profilo dell'accertamento della violazione antitrust.

La peculiarità del sistema del private enforcement come introdotto dal decreto legislativo n. 3





del 2017 si incentra sulla previsione di un coacervo di norme strettamente processuali che devono garantire l'effettività dell'esercizio del diritto al risarcimento (come delineato già nel 4° considerando premesso alla direttiva citata).

Non sembra ultroneo osservare che il potenziamento della tecnica processuale realizzata con il d.lgs. n. 3 del 2017 risponde ad un'esigenza ben precisa.

Come si può leggere nella parte iniziale del 14° considerando premesso alla direttiva: «le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica. Gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore».

I principali illeciti antitrust rilevanti in ottica risarcitoria ineriscono a vicende in cui nel caso di "cartelli" fonte di un danno parcellizzato che ricade sul ceto indistinto dei consumatori oppure nel caso di fattispecie exclusionary ove il pregiudizio viene a colpire una o più imprese determinate (abuso di posizione dominante) il materiale istruttorio indispensabile a provare l'antigiuridicità della condotta si concentra pressochè integralmente nella documentazione aziendale del soggetto o dei soggetti cui l'illecito è ascritto, oppure presso terzi (ivi comprese le autorità pubbliche).

E' tale contesto di asimmetria informativa che rende alla controparte danneggiata estremamente arduo e disagiavo il compito di individuare le fonti di prova, prima ancora che di accedervi con gli ordinari strumenti processual-civilistici.

Così come in ordine a tali illeciti ancora più complessa è la prova del danno, inteso come *quantum* del pregiudizio sofferto dal presunto danneggiato, specie se si tiene conto di come, nelle ipotesi di danno da cartello, esso risulti normalmente micro-parcellizzato in ragione anche dei vari snodi della catena distributiva.

Invero di tanto è sembrata ampiamente consapevole la stessa giurisprudenza di legittimità ben prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo di recepimento della direttiva 2014/104, che nel cassare una sentenza d'appello autrice di una "meccanica" applicazione del principio dell'onere della prova, si è interrogata sulle specifiche peculiarità di questo contenzioso per concludere che il giudice sia «chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, anche mediante un'interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza. E' un obiettivo che può essere perseguito valorizzando, in modo opportuno gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazione e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, nel rispetto del principio del contraddittorio e fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio di indicare in modo sufficientemente "plausibile" seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale» (cfr. Cass. 4 giugno 2015 n. 11564).

E' stato infatti costantemente ribadito in questa materia che la difficoltà di ricostruire una





complessa realtà economica è accentuata dalla circostanza che molto spesso sorge la necessità di confrontarsi con elementi controfattuali da comparare con quanto avvenuto nella realtà soprattutto quando si deve misurare la capacità di alterazione e restrizione del mercato.

Al fine di superare tali criticità e compensare la citata asimmetria informativa è stata disciplinata una specifica misura di agevolazione probatoria dettata nell'art. 14, comma 2°, d.lgs. n. 3/17, che – sulla scorta dell'art. 17, par. 2, della direttiva – con specifico riferimento alle azioni di risarcimento del danno “da cartello” pone la presunzione che «l'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume». Si realizza in questo modo attraverso questo sistema di presunzioni la *relevatio ab onere probandi* in favore della parte danneggiata che agisce per il risarcimento del danno.

Si tratta di una regola di chiara incentivazione specie per le azioni follow on rispetto all'accertamento di un cartello, ove il carattere recisamente segreto dell'accordo rende più difficile per l'attore ottenere le prove necessarie per dimostrare il danno patito.

Trattasi di una presunzione di dannosità di natura relativa che ammette pertanto la controprova (art. 14 comma II d.lgs. n. 3/2017), sebbene poi deve essere menzionato l'accesso dibattito dottrinale che si è soffermato sul senso e l'effettiva praticabilità della dimostrazione del contrario, con specifico riguardo agli spazi concreti per l'impresa di riuscire a fornire una prova di una concatenazione causale e quindi di un'efficienza eziologica diversa da quella pervasivamente presunta.

Altra norma che connota il sistema del private enforcement antitrust come conformato dal decreto legislativo di recepimento della direttiva 104/2014 concerne la portata della decisione del sistema di public enforcement e quanto sia in grado di incidere in maniera pregnante sul potere del giudice chiamato a verificare se l'attuazione dell'intesa anticoncorrenziale abbia leso il diritto del consumatore finale ad una libera scelta dei prodotti in concorrenza.

Si fa espresso riferimento alla previsione di cui al D. Lgs. n. 3 del 2017 adottato in attuazione della Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, “relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea” che all'art. 7 prevede espressamente che: “Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato...La decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove”.

Già la dir. 2014/104/UE attribuiva effetto vincolante alla decisione definitiva di un'autorità nazionale della concorrenza nelle cause risarcitorie con riferimento all'affermazione dell'esistenza dell'infrazione (irrefutably established). In base all'art. 9 di tale direttiva, “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 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”.





Non deve sfuggire che il recepimento della direttiva sul risarcimento del danno è stato anticipato da una copiosa giurisprudenza interna che ha tratteggiato il percorso poi seguito dal legislatore in ordine al valore probatorio delle decisioni antitrust nazionali nei giudizi civili, non dando seguito alle aperture della direttiva verso una definitiva vincolatività.

Già nel 2011 la Corte di Cassazione affermava che la decisione dell'AGCM fornisce un'idonea base presuntiva della condotta illecita, del danno e del nesso causale, in mancanza di prove e fatti nuovi e contrari (cfr. Cass. 10 maggio 2011, n. 10211).

Ed invero, la “prova privilegiata”, che pure non costituisce una categoria distinta da quella di prova legale, non preclude al convenuto di fornire la prova contraria dei fatti accertati, ma impedisce che vengano messi in discussione i fatti costitutivi della sussistenza della violazione in base a materiale probatorio o argomenti già disattesi dall'AGCM (cfr. Cass. 20 giugno 2011, n. 13486).

La prima parte dell'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 costituisce invero l'esatta trasposizione della direttiva europea.

Senza ripercorrere il dettato normativo già soprariportato, emerge una vincolatività assoluta nei confronti dell'autore della violazione, che non può contestare la decisione dell'Autorità una volta scaduti i termini per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo per vizi di legittimità o una volta formatosi il giudicato.

Nell'impostazione scelta dal legislatore nazionale, l'effetto dell'accertamento definitivo da parte dell'autorità antitrust o dal giudice del ricorso in caso di impugnazione è vincolante nei confronti dell'autore della violazione che ha partecipato o poteva partecipare al procedimento davanti all'autorità stessa. Non vi sono margini, quindi, per fornire prova contraria della natura della violazione e della sua “portata materiale, personale, temporale e territoriale”.

La stessa giurisprudenza di merito - che si è interrogata sulla portata della decisione dell'autorità garante nazionale in riferimento ad un giudizio instaurato, ai sensi dell'art. 33, comma 2, L. 287/90 per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, pratiche concordate o abuso di posizione dominante - ha concluso che la delibera assunta dall'AGCM nonché le decisioni dei giudici amministrativi che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscono, in relazione all'autorevolezza dell'organo da cui promanano ed agli strumenti e modalità di indagine poste in atto dalla medesima Autorità, una prova particolarmente qualificata (“prova privilegiata”) (cfr. Tribunale Milano del 16.02.2018).

La dicitura di “prova privilegiata” si caratterizza per il suo carattere inedito ed atecnico ed allude ad una prova segnatamente persuasiva ed autorevole, ma pur sempre liberamente valutabile, che non assurge certo al valore di “prova legale” e quindi, astrattamente almeno, aperta alla prova contraria (cfr. Cass. 28 maggio 2014 n. 11904, che ha chiarito come nel nostro ordinamento non esiste la categoria della “prova privilegiata” distinta da quella della prova legale).

Orbene, senza approfondire il carattere di tale prova privilegiata, che una parte della dottrina ha cercato di parificare al giudicato quanto a resistenza a successive contestazioni (sebbene di questo non abbia la definitività, atteso che trattasi di decisione amministrativa sulla quale l'autorità garante può esercitare sempre il potere di autotutela), mentre altra parte della dottrina si è accontentata di valorizzare il carattere vincolante esteso dunque proprio a quell'accertamento della condotta nella sua materialità e del suo carattere anti giuridico, questo tema conduce a riflettere sulla compressione del potere del giudice di procedere alla





libera valutazione del carattere illecito della condotta, che torna però a riespandersi quanto alla valutazione del nesso di causalità e del *quantum* del danno, dovendosi escludere ogni profilo di sussistenza di un danno *in re ipsa*.

Così sinteticamente ricostruito il sistema di regole su cui si fonda il private enforcement antitrust, venendo al caso di specie, il Collegio intende in prima battuta focalizzare l'attenzione sulla circostanza che il provvedimento sanzionatorio ha accertato la partecipazione della s.p.a. soltanto in relazione alla seconda intesa, quella relativa agli imballaggi di cartone ondulato.

Il rilievo è di portata dirimente per escludere che sia stata accertata alcuna violazione della normativa antitrust da parte della s.p.a. con riguardo alla prima intesa, quella relativa ai fogli di cartone ondulato che costituisce il semilavorato necessario per la produzione e commercializzazione dell'imballaggio.

La diretta conseguenza di tale assunto ha una ricaduta decisiva nella valutazione del rapporto commerciale instaurato tra la Scatolificio s.r.l. e la s.p.a., da cui la prima si approvvigionava dei fogli di cartone.

Infatti l'esclusione della partecipazione della alla prima intesa (quella sui fogli) - che reca con sé l'ulteriore esenzione di quest'ultima da una partecipazione complessiva (come accertato pacificamente da entrambe le pronunce della giustizia amministrativa che ha vagliato la legittimità del provvedimento dell'AGCM) al cd "piano d'insieme" volto a restringere o falsare la concorrenza da parte di quelle imprese che invece hanno preso parte ad entrambe le intese - determina che quanto alla prima intesa il presente procedimento deve qualificarsi come stand alone, non potendo basarsi quindi sull'attitudine di prova privilegiata della decisione amministrativa, che si ribadisce ha escluso la partecipazione della all'intesa sui fogli.

Ne consegue che l'onere probatorio incombente sulla società attrice si aggrava, non potendosi adagiare sull'autorevolezza della decisione amministrativa e di tanto non sembra consapevole parte istante che a riguardo sembra dare per scontato l'accertamento dell'illecito concorrenziale, senza assolvere all'onere probatorio sulla stessa incombente che dimostri i fatti costitutivi dell'illecito antitrust e quindi l'antigiuridicità del comportamento della s.p.a. quanto alla fornitura dei fogli ricevuti dalla Scatolificio s.r.l.

Invero, a tale riguardo nell'atto di citazione, parte attrice menziona una serie di comportamenti della spa che si possono riassumere in quanto riportato a pag. 9 dell'atto introduttivo (intese segrete orizzontali di fissazione e coordinamento dei prezzi d'acquisto o di vendita, ovvero delle altre condizioni di offerta, nella limitazione o nel controllo della produzione, degli sbocchi, dello sviluppo tecnico o degli investimenti, nonché nella ripartizione dei mercati, della clientela o delle fonti di approvvigionamento) tacciati di rappresentare "violazioni molto gravi della disciplina a tutela della concorrenza" che non trovano però quanto alla prima intesa alcun supporto probatorio nella decisione amministrativa, restando così smaccatamente sguarnita la prova dell'illecito antitrust se non sulla base di un'allegazione che resta mera petizione di principio.

Per quanto riguarda invece, la partecipazione alla seconda intesa (quella relativa agli imballaggi), parte attrice si trincerava dietro la presunzione di dannosità dell'accordo collusivo accertato anche nei confronti della s.p.a.

A tal riguardo, mette conto evidenziare che il Consiglio di Stato nell'accogliere parzialmente il ricorso della società convenuta senza escludere l'*an* della partecipazione della stessa





all'intesa sugli imballaggi ha statuito per una rideterminazione della sanzione che tenga conto della effettiva gravità del comportamento e quindi della specificità delle condotte e ruoli imputabili a ciascun singolo operatore.

Ciò premesso, resta fermo che se la decisione amministrativa assume rilievo vincolante per il giudice civile chiamato a decidere sulla lesione del diritto alla concorrenza da parte dell'impresa che si ritiene danneggiata ed insta quindi per il risarcimento del danno, tale vincolatività deve essere confinata all'accertamento dell'illecito anticompetitivo e la così realizzata *relevatio ab onere probandi* non può scattare in relazione alla prova del nesso causale e del *quantum* del pregiudizio subito che sono rimessi alla parte attrice in quanto necessari fatti costitutivi della domanda di risarcimento.

Ciò che difetta nell'assolvimento dell'onere probatorio incombente sulla società attrice è la prova di essersi sobbarcata a seguito della seconda intesa un pagamento sistematicamente alterato e quindi la sussistenza di un sovrapprezzo eziologicamente riconducibile all'intesa collusiva nelle forniture ricevute da

Tale aspetto è assolutamente imprescindibile nelle controversie di questo tipo, anche alla luce di quanto stabilito dalla sentenza del Consiglio di Stato che si è pronunciata sull'appello della spa e depositata in data 01.03.2023 nella parte in cui testualmente si legge “Nel caso di specie, l'Autorità, sul rilievo dell'indisponibilità di elementi certi circa l'effettivo impatto dell'intesa sul mercato, applicava a tutte le partecipanti lo specificato valore percentuale minimo” (cfr. sentenza del Consiglio di Stato allegata nella comparsa conclusionale di parte convenuta).

Nemmeno la consulenza tecnica di parte, che è d'uopo ricordare non assume alcuna valenza probatoria, ma si atteggia a mera allegazione di parte che deve trovare eventuale supporto probatorio in una ctu disposta dal tribunale, riesce a sovvertire tale lacuna probatoria.

Invero, tale ctp non sembra attendibile prima di tutto poiché non opera alcuna differenza tra le conseguenze della prima intesa alla quale spa non ha partecipato secondo gli approfondimenti istruttori dell'AGCM e quelle della seconda intesa, procedendo quindi ad un'analisi generica dei danni derivanti dalla partecipazione ad un cartello, senza interrogarsi sulla circostanza che il danno concorrenziale deve essere provato *aliunde* in mancanza del supporto costituito dalla decisione dell'autorità garante della concorrenza (che si ribadisce non ha appurato alcuna responsabilità della spa nell'intesa sui fogli).

Inoltre, ha gioco facile parte convenuta nello stigmatizzare i criteri utilizzati dal ctp per comparare i prezzi delle forniture effettuate alla Scatolificio s.r.l. da s.p.a e da un'altra impresa che non aveva partecipato al cartello.

Parte comparente, in particolare, ha censurato la scarsa significatività statistica dell'accertamento peritale di parte che si è soffermato ad analizzare - mettendole a paragone - solo forniture relative a due trimestri del 2016 senza riuscire a fornire un quadro sistematico e complessivo in un ampio arco temporale (eventualmente ricadente in quello stesso in cui è stata accertata la partecipazione della alla combine collusiva) della diversità e quindi del maggior prezzo sborsato dall'attrice rispetto all'altro fornitore.

Peraltro, e la circostanza è decisiva per escludere ogni profilo di abuso di posizione dominante, la cui deduzione invero non viene sostenuta da parte attrice se non in maniera del tutto generica nell'atto introduttivo, se fosse risultato in un ampio arco temporale articolato un risparmio di spesa nell'approvvigionamento ad altro fornitore, non si comprende il motivo per il quale (non sussistendo particolari vincoli contrattuali o condizioni contrattuali tra le





parti contendenti, che non sono state oggetto di prova in questo giudizio) Scatolificio abbia continuato a rifornirsi dalla e non si sia rivolta ad un fornitore alternativo che gli avrebbe garantito l'asserito e non dimostrato (se non per un ristretto ambito temporale) risparmio di spesa.

Le lacune probatorie con particolare riferimento al cennato nesso di causalità tra la partecipazione della spa all'intesa imballaggi ed il relativo sistematico sovrapprezzo applicato nelle forniture alla società attrice disvelano il carattere prettamente esplorativo della consulenza tecnica di ufficio.

Resta infine sullo sfondo un dato che il Collegio di certo non può ignorare e cioè la circostanza che il presente procedimento è stato azionato da parte attrice, a fronte di un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM del luglio 2019, soltanto nel marzo del 2020 quando la Scatolificio era stata già oggetto dell'ingiunzione con decreto monitorio per l'insolvenza maturata nei confronti della spa per un importo cospicuo superiore ai 200.000,00 euro.

In buona sostanza, resta il dubbio che la presente iniziativa giudiziaria non sia niente altro che la reazione non corredata da adeguati riscontri probatori e quindi strumentale di una società in stato di dissesto, gravata da una pesante debitoria (che peraltro la condurrà dopo pochi anni alla dichiarazione di fallimento) alla definitiva rottura dei rapporti con la società convenuta che come attestato dalla documentazione prodotta dalla non sembra essersi comportata con la volontà di escludere dal mercato una diretta concorrente, in ragione del sempre accordato riscadenziamento della debitoria almeno fino al 02.09.2019 (come da mail di cui al documento sub. n.12 allegato alla comparsa di costituzione).

Non sussistono tuttavia gli estremi della responsabilità aggravata di parte attrice ex art. 96 comma 3 c.p.c.

Le spese seguono la soccombenza.

PQM

Il Tribunale di Napoli, Sezione Specializzata in materia d'Impresa, definitivamente pronunciando sulle domande proposte da **FALLIMENTO SCATOLIFICIO S.R.L.** nei confronti di **S.P.A.**, disattesa ogni altra istanza, difesa o eccezione così provvede:

- rigetta la domanda ;
- condanna **FALLIMENTO SCATOLIFICIO S.R.L.** al pagamento in favore di parte convenuta delle spese di lite che liquida nella somma di € 11.500,00 per compensi, oltre iva, cpa e rimborso spese generali al 15%.

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 25 luglio 2023

IL GIUDICE ESTENSORE
DR. ADRIANO DEL BENE

IL PRESIDENTE
DR.SSA CATERINA DI MARTINO

