**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO**

***DOTTORATO DI RICERCA IN FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO E METODOLOGIA COMPARATISTICA***

# *"LE AZIONI RISARCITORIE PER VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA ANTITRUST IN EUROPA E NEGLI STATI UNITI. LA DEFINIZIONE DI UN MODELLO EUROPEO "*

**Candidato**
*Dr.ssa Rosa Guttuso*

**Coordinatore**
*Prof. Giuseppe Di Chiara*

**Tutor**
*Prof. Antonello Miranda*

***Anno accademico 2011-2012***

**INTRODUZIONE: STRUTTURA E SCOPO DELL'INDAGINE**

**CAPITOLO I - LA NORMATIVA EUROPEA E LE SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA IN TEMA DI PRIVATE ENFORCEMENT ANTITRUST**

1.1. Introduzione …….……pag 9

1.2. L'assetto normativo europeo: gli artt. 101 e 102 del Trattato ed il Regolamento 1/2003……pag 10

1.3. Il Libro Verde "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie"…….....pag 15

1.4. Il Libro Bianco "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie"…….……
……...pag 18

1.5. La Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 sul Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie……
……...pag 29

1.6. La Bozza di Documento di orientamento sulla quantificazione del danno nelle azioni per il risarcimento del danno causato dalla violazione degli articoli 101 o 102……
……...pag 35

1.7. Le sentenze della Corte di Giustizia Europea…….pag 42

**CAPITOLO II - Il SISTEMA GIURIDICO ITALIANO E PRIVATE ENFORCEMENT ANTITRUST**

2.1. Introduzione……....pag 56

2.2. L'assetto normativo italiano: uno sguardo di insieme……pag 57

2.3. Le azioni risarcitorie e *private enforcement* in Italia……..pag 60

2.4 L'evoluzione della giurisprudenza in Italia sul *private enforcement* antitrust ……...pag 69

**CAPITOLO III - Il SISTEMA GIURIDICO INGLESE E PRIVATE ENFORCEMENT ANTITRUST**

3.1. Introduzione ……..pag 90

3.2. La disciplina antitrust nel Regno Unito: uno sguardo d'insieme.....pag 91

3.3. Le azioni risarcitorie e *private enforcement* nel Regno Unito……pag 94

**CAPITOLO IV - Il SISTEMA GIURIDICO FRANCESE E PRIVATE ENFORCEMENT ANTITRUST**

4.1. Introduzione……pag 101

4.2. L'assetto normativo francese: uno sguardo d'insieme……pag 102

4.3. Le azioni risarcitorie e *private enforcement* in Francia……...pag 106

**CAPITOLO V – IL SISTEMA AMERICANO ED IL PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT**

5.1. Introduzione……pag 117

5.2. La normativa statunitense: uno sguardo d'insieme……..pag 118

5.3. Le azioni risarcitorie e *private enforcement* negli Stati Uniti……..pag 120

**CAPITOLO IV – IL MODELLO STATUNITENSE ED IL MODELLO EUROPEO DI PRIVATE ENFORCEMENT: UNA ANALISI COMPARATA**
……pag 133

**CONCLUSIONI** ……pag 137

**BIBLIOGRAFIA** ……...……...pag 145

## INTRODUZIONE: STRUTTURA E SCOPO DELL'INDAGINE

Il presente lavoro intende indagare la tematica delle azioni di risarcimento del danno dei privati per violazione delle norme antitrust. Tale tematica è stata oggetto di crescente attenzione negli ultimi anni, sia a livello nazionale che comunitario, per effetto di alcune fondamentali pronunce giurisprudenziali che hanno riconosciuto il diritto dei soggetti danneggiati da illeciti concorrenziali di ottenere il ristoro dei danni subiti, nonché per via degli sforzi compiuti a livello istituzionale per accrescere il ricorso dei privati a tale strumento di tutela.

Il paper prende spunto dal Libro Bianco pubblicato dalla Commissione Europea il 2 aprile 2008, dal quale emergeva con chiarezza che nella maggior parte degli Stati membri dell'UE esistono seri ostacoli che scoraggiano dal ricorso in tribunale per richiedere, a livello privatistico, un risarcimento dei danni derivanti da una violazione delle norme antitrust.

Tale tematica era già stata oggetto di un altro documento della Commissione, il Libro Verde pubblicato il 19 Dicembre 2005, intitolato "A*zioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*", con il dichiarato fine di agevolare l'introduzione delle domande di risarcimento del danno e di sviluppare il *private enforcement* del diritto antitrust[1], aprendo un grande dibattito sulle questioni della

1. Neelie Kroes, Realities and PotentialsOpening speech at the conference 'La reparation du prejudice cause par une pratique anti-concurentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives, Corte di Cassazione di Parigi, 17 ottobre 2005 - Applicazione privata delle norme europee permette di quelli per la cui vantaggio le regole sono state stabilite - e in particolare i consumatori e le imprese - far valere i propri diritti di cittadini europei direttamente tramite un giudice nazionale.
Il primo vantaggio del private enforcement è la giustizia diretta, che permette alle vittime di comportamenti anticoncorrenziali illegali di essere risarciti per la perdita che hanno subito. Nelle parole di Joseph Joubert, "La giustizia est le droit du più faible". Attualmente il 'plus faible' nei nostri mercati - i consumatori, le imprese più piccole - semplicemente scoprire che gli ostacoli per far valere i loro titoli europei di diritto della concorrenza dinanzi ai giudici nazionali sono troppo grandi.
Diretto la giustizia è ciò che rende le norme di concorrenza immediatamente rilevante per i cittadini. Che la pertinenza istante è una cosa che l'applicazione da parte delle autorità della concorrenza solo raramente raggiungere. Le autorità pubbliche sono lì per agire nell'interesse generale, e non possono riparare i danni causati da violazioni del diritto della concorrenza.
D'altra parte, i giudici nazionali possono pronunciarsi sulla violazione sia sostanziale e conseguente risarcimento del danno. Facilitare la proposizione di tali casi, dinanzi ai giudici nazionali può aumentare considerevolmente l'applicazione globale delle regole europee sulla concorrenza e quindi la probabilità di diritto della concorrenza, violazioni essere scoperti e sanzionati.
Mettere francamente, quella più probabile è quella di essere catturati, quello più incentivo deve rispettare. Il rispetto delle regole aumenta anche in proporzione a quello dei rischi di sanzioni per aver violato le regole. E 'chiaro che il rischio di dover pagare i danni per i danni causati da una violazione delle regole di concorrenza ha un forte effetto deterrente. E questo è indipendente dal fatto o meno danni si aggiungono delle sanzioni che possono essere imposti dalle autorità garanti della concorrenza.

Promuovere private antitrust come complemento al pubblico antitrust può quindi ragionevolmente prevedere per contribuire a rendere coloro che potrebbero contemplare violare le regole di concorrenza pensarci due volte. E va da sé che un maggiore livello di rispetto delle regole di concorrenza si sviluppi ulteriormente una cultura della concorrenza tra gli operatori di mercato, compresi i consumatori, e rafforza quindi la competitività dell'economia europea.
Poche persone si oppongono più giustizia. La maggior parte delle persone sarebbe d'accordo che la prevenzione attraverso la deterrenza è meglio che curare.
Ma sono consapevole che questo non deve farci dimenticare i rischi che sono insiti nel promuovere azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme europee sulla concorrenza. Né sono in alcun dubbio sul fatto che il contenzioso antitrust danno è al momento lontano dal lavoro di routine dei nostri tribunali nazionali.
Le autorità pubbliche, naturalmente, non hanno il quadro completo dei privati contenzioso antitrust. Un sacco di controversie commerciali sono in corso di esame al di fuori del tribunale pubblico. Eppure io resto convinto che qui in Europa non c'è non basta contenzioso danni volti a riparare la perdita che è stata causata da una violazione antitrust. Perché è questo il caso?
In primo luogo, dobbiamo consentire un certo grado di asimmetria informativa sul lato del 'plus faible' - i consumatori europei e le aziende piccole e medie imprese.
In secondo luogo, è chiaro che private enforcement ha, fino a tempi recenti, è stata ostacolata dal monopolio della Commissione sul mercato dichiarando comportamento restrittivo compatibile con le regole europee sulla concorrenza. Questo ha fatto sì che le azioni dinanzi ai giudici nazionali sono state bloccate fino a quando la Commissione stava esaminando una decisione di esenzione.
Dal momento che la velocità è una delle principali considerazioni a prendere un'azione dinanzi a un giudice nazionale piuttosto che una denuncia all'autorità garante della concorrenza europea o nazionale, spostare il convenuto di chiedere alla Commissione per una decisione di esenzione spesso fatto sì che il caso giudiziario nazionale è diventato irrilevante. Come ben sapete, regolamento 1 / 2003 risolto la situazione, eliminando il monopolio di esenzione della Commissione e potenziare le giurisdizioni nazionali di applicare gli articoli 81 e 82 del Trattato CE nella loro interezza.
Questo cambiamento costituisce indubbiamente un passo importante per l'incoraggiamento di contenzioso privato antitrust e, in particolare quando si tratta di richieste di decreto ingiuntivo, ma non sarà sufficiente a realizzare una svolta nel campo delle azioni di risarcimento dei danni.
Uno studio realizzato per la Commissione e disponibile sul nostro sito ha dimostrato che ci sono altri ostacoli che impediscono attori potenziali di proporre un ricorso per risarcimento. Questi includono l'incertezza sulla capacità a provare l'infrazione, dato che la maggior parte delle prove è di solito nelle mani del convenuto. Incertezza per quanto riguarda il risultato di un'azione in tribunale, combinato con il rischio di dover sopportare tutti i costi che sono legati alle procedure se uno perde il caso, è probabilmente una delle ragioni principali per cui potenziali attori decidono di non andare in tribunale, anche quando hanno un buon esempio.
Questa non è giustizia! Non solo perché lascia coloro che hanno sofferto da una violazione antitrust senza alcun ricorso, ma soprattutto perché lascia chi ha violato le norme intatta.
Ecco perché la Commissione - come ho detto, convinto i potenziali benefici di risarcimento danni in caso di violazione delle regole di concorrenza - vuole stimolare il dibattito pubblico in Europa su questo tema.
Voglio sottolineare che non abbiamo idee preconcette in questa fase. Vogliamo creare incentivi adeguati per risarcimento danni privati, evitando affermazioni assurde e non fondate. Vogliamo aumentare la deterrenza, evitando la situazione in cui convenuti raggiungono una transazione semplicemente perché spese processuali sono troppo elevati.
Lo sviluppo di adeguati incentivi per risarcimento del danno antitrust è un esercizio davvero delicato. Non solo per la difficoltà di identificazione di ciò che dovrebbe essere fatto per raggiungere il livello più adeguato di incoraggiamento. Ma anche perché si può giustamente chiedersi chi dovrebbe sviluppare questi incentivi e come possono essere più adeguatamente sviluppata.
In questa fase le ultime due domande sono troppo prematuri. In primo luogo abbiamo bisogno di sapere ciò che mantiene querelanti oggi dal deposito un'azione di risarcimento danni e quali cambiamenti nel sistema potrebbe persuaderli a file di una simile affermazione. È solo allora che possiamo ragionevolmente riflettere su come questi cambiamenti possono essere realizzati.
Lo studio è stato un primo passo utile per identificare le barriere. Ma la Commissione sarebbe stata più sconsiderato aveva portato i risultati e ha cercato di cucinare le soluzioni magiche in privato. Ideazione incentivi procedurali per risarcimento del danno è un affare delicato. Abbiamo quindi scelto di non presentare un ready-made proposta di atto comunitario che fare con tutte le difficoltà individuate e incertezze.
Al fine di tale struttura un dibattito aperto, la Commissione sta preparando un Libro verde che definirà una serie di mezzi possibili per modificare l'attuale quadro dei danni antitrust in cui sostiene che il quadro è considerato ostacolare contenzioso. Il Libro verde illustrerà varie alternative e valutare il loro potenziale impatto sul contenzioso antitrust danni.
A parte l'accesso alle prove e inerente i rischi finanziari, lo studio ha rivelato una serie di altri motivi per cui parte attrice non portano risarcimento del danno antitrust. Il tipo di ostacoli varia da uno Stato membro all'altro, ma sembra che ci siano ostacoli che la maggior parte, se non tutti, gli Stati membri hanno in comune.
Una di queste ragioni è che le procedure nazionali non consentono o rendono molto difficile per un gruppo di persone a presentare un ricorso, le rivendicazioni collettive o rappresentante cosiddetti. Il danno di un singolo consumatore sarà solo eccezionalmente superiori ai costi contenzioso. Se siamo veramente serio di dare giustizia ai consumatori, dobbiamo facilitare l'uso delle azioni collettive.
Una ulteriore preoccupazione è il grado di incertezza intorno alla natura e alla quantificazione dei danni. So che la maggior parte degli Stati membri escludere danni che vanno oltre quanto è necessario per risarcire le vittime per le perdite che hanno subito. Ma io credo che abbiamo bisogno di discutere su come creare incentivi adeguati per le vittime di andare in tribunale. Danni che vanno oltre la pura compensazione può essere uno strumento necessario al riguardo.

risarcibilità, dell'onere a carico dell'attore e della definizione del risarcimento da accordare.

Nei sistemi giuridici europei, l'interesse dei consumatori ad agire all'interno di un sistema che garantisca la concorrenza viene generalmente protetto attraverso due strade: la prima, la previsione di una autorità o agenzia pubblica indipendente, alla quale viene affidato il compito di indagare i comportamenti degli operatori economici (c.d. *public enforcement*); la seconda, la previsione di azioni da parte dei singoli a carattere risarcitorio legate ad illeciti concorrenziali (c.d. *private enforcement*)[2].

La Commissione europea ha avviato un processo di ridefinizione della dialettica fra *public* e *private enforcement*, mettendo in dubbio la (da sempre scontata) centralità del primo.

Invero, le azioni di risarcimento del danno rientrano pienamente negli obiettivi perseguiti dall'Unione Europea in quanto, da una parte, mirano a risarcire coloro che

---

Ho già menzionato le difficoltà connesse con l'accesso alle prove per l'attore. Qui è utile distinguere tra la situazione in cui un'autorità garante della concorrenza ha già preso una decisione, che constata un'infrazione alle regole della concorrenza europea, e la situazione in cui non è questo il caso.
Nella situazione precedente, l'attore inizia successivamente un procedimento dinanzi al giudice nazionale al fine di essere risarciti per il danno causato dalla violazione - follow-on azioni. Qui il problema è quello di essere in grado di fare affidamento sulla decisione dell'autorità garante della concorrenza come prove dell'infrazione.
Per quanto riguarda le decisioni della Commissione, la Corte di giustizia è venuto per aiutare l'attrice dichiarando nel caso Masterfoods - e questa è stata codificata nel regolamento 1 / 2003 - che un giudice nazionale non può prendere una decisione in contrasto con la decisione della Commissione. L'attore potrebbe quindi utilizzare la decisione della Commissione che constata un'infrazione di stare come prova della violazione. Perché non dovremmo prendere la logica di questo sistema un ulteriore passo avanti e applicare la legge Masterfoods caso alle decisioni di queste ultime?
Dal regolamento 1 / 2003 entrato in vigore, regole di concorrenza dell'UE sono applicate sia dalla Commissione e dalle autorità nazionali della concorrenza, autorità garanti della concorrenza, lavorando in stretta collaborazione attraverso l'ECN, la rete europea della concorrenza. Tale coordinamento significa che tutti i partner hanno la possibilità di commentare i progetti di decisione proposti, e se giustificato la Commissione interviene con l'apertura di un procedimento.
Guardando il sistema ECN con i suoi controlli coerenza integrato in mente, si potrebbe sostenere che, in termini di valore probatorio, non dovrebbe fare differenza se una decisione che constata un'infrazione è stata presa dalla Commissione o da un NCA. NCA decisioni che constata un'infrazione della competizione europea potrebbe essere riconosciuto come avente valore di prova nei tribunali nazionali. Si potrebbe immaginare questo solo per uso domestico o decisioni NCA, la Germania ha recentemente deciso quando modifica il suo diritto della concorrenza, anche per stranieri decisioni NCA - un tipo di mutuo riconoscimento.
Questa è un'idea interessante, ma richiede chiaramente una ulteriore riflessione sulla portata, le condizioni ed i limiti del valore probatorio delle decisioni delle autorità garanti della concorrenza. Questo è esattamente per questo che vogliamo ascoltare le opinioni di tutte le parti interessate prima ancora di pensare a come tale concetto potrebbe essere fatto concreto.
E ci sono naturalmente molti casi che non vengono trattati da autorità garanti della concorrenza. Se vogliamo ampliare la portata e la gamma di applicazione del diritto della concorrenza di là di quanto autorità garanti della concorrenza stanno facendo, dobbiamo anche incoraggiare 'stand alone' azioni. E 'noto che l'accesso alle prove è una barriera fondamentale per le azioni indipendenti. Avremo bisogno di guardare con attenzione a come tali elementi, che di solito è nelle mani del convenuto, può essere rivelata senza imporre un onere sproporzionato al convenuto.
Oltre a questi ostacoli per portare risarcimento del danno antitrust, ci sono una serie di altre questioni del Libro verde dovrà prendere in considerazione. Una di queste è l'interazione tra le azioni dei danni e gli atti di esecuzione delle autorità garanti della concorrenza. Un'applicazione più privato non è uguale a meno autorità pubbliche. E credo che sia possibile progettare un sistema in cui l'obbligo di risarcire le vittime di una violazione antitrust ha un effetto stimolante, piuttosto che un effetto raggelante, sui programmi di clemenza delle autorità europee sulla concorrenza.
2.Sul rapporto tra public e private enforcement del diritto della concorrenza si rimanda a KOMNINOS, Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?, Comp. Law Rev., vol. 3 Issue 1, pp. 5-26;

hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e, dall'altra, intendono assicurare, attraverso la disincentivazione delle condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia delle norme antitrust previste dal trattato (artt. 101 e 102), contribuendo così in modo significativo al mantenimento di una concorrenza effettiva nella Comunità.

La Commissione ha evidenziato come uno dei principali ostacoli alla diffusione di tali rimedi era la diversità dei sistemi giudiziari dei vari Stati membri, sottolineando la necessità di armonizzare disciplina e procedure riguardanti il *private enforcement* a tutela dei soggetti danneggiati da illeciti concorrenziali. All'interno dell'Unione Europea infatti, i soggetti lesi devono agire in base al diritto interno, utilizzano rimedi accessibili (azione inibitoria, penalità di mora, pubblicazione della sentenza, ecc.) che variano da uno Stato membro all'altro.

Da queste coordinate si muove il presente progetto di ricerca, il quale intende analizzare ed indagare i sistemi previsti in Italia, Francia e Regno Unito, al fine di verificare se sia ipotizzabile la formulazione di un possibile modello europeo di *damages action*. Per giungere a tale obiettivo, si è reso altresì necessario esaminare il sistema statunitense, nel quale il 90% dei procedimenti antitrust è attivato dai privati a fronte di numeri assolutamente imparagonabili in Europa.

Per giungere a tale risultato, si è inteso strutturare il lavoro in sei capitoli.

Nel primo sono state analizzate le fonti comunitarie sull'argomento, in particolare il Regolamento Comunitario n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 sull'implementazione degli artt. 101 e 102 del Trattato in tema di concorrenza[3], il Libro Verde "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust del 2005[4]", il Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie del 2008[5], la Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 sul Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie[6], la Bozza di Documento di orientamento sulla quantificazione del danno nelle azioni per il risarcimento del danno causato dalla violazione degli articoli 101 o 102[7], nonché le

[3] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:IT:PDF
[4] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2005/com2005_0672it01.pdf
[5] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:EN:NOT
[6] http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0187+0+DOC+XML+V0//IT
[7] http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/index_it.html

sentenze della Corte di Giustizia Europea che hanno avuto un ruolo essenziale per l'evoluzione e l'implementazione del *private enforcement*[8]

Nel secondo, terzo e quarto capitolo, è stata analizzata la situazione esistente in Italia, Francia e Regno Unito, procedendo con l'utilizzo di una griglia operazionale per ciascuno Paese al fine di indagare gli aspetti che incidono in maniera rilevante sullo sviluppo del *private enforcement*, quali le corti e/o giudici competenti per la trattazione delle questioni di risarcimento danno per violazione della disciplina antitrust, i soggetti legittimati ad agire, gli elementi per l'ammissibilità dell'azione risarcitoria, le condizioni procedurali e sostanziali per ottenere il risarcimento del danno per violazione delle disposizioni antitrust, le problematiche relative all'onere della prova ed al risarcimento del danno, le ipotesi di esonero di responsabilità, i termini di prescrizione dell'azione, la durata ed i costi di una azione giudiziaria. La scelta di analizzare le soluzioni adottate in tre Paesi Europei, quali l'Italia, la Francia ed il Regno Unito, deriva dalla necessità di studiare ed attenzionare le soluzioni adottate in sistemi giuridici diversi, due di civil law (l'Italia e la Francia) e l'altro di common law (il Regno Unito), al fine di comprendere se i risultati ai quali si è giunti in un sistema in cui la legge costituisce l'unica fonte del diritto è simile o diversa da un sistema di case law.

Nel terzo capitolo è stato analizzato il modello statunitense di *private enforcement*, al fine di indagare la natura di tale strumento e le uguaglianze o le difformità rispetto ai modelli continentali. In particolare, ci si è soffermarti sui meccanismi che sembrano essere la fonte del successo di tale azione, almeno per quanto concerne i numeri; in particolare, i meccanismi quali *il treeble damages,* cioè il diritto dei soggetti privati che sono stati lesi da una violazione *antitrust* di chiedere il risarcimento dei danni fino ad un ammontare pari a tre volte il danno effettivamente patito, della *class action,* con la quale gruppi di consumatori possono agire insieme per far valere i loro diritti al risarcimento dei danni da illecito anticoncorrenziale e del *contingency fees,* il quale consente alle parti private di dare mandato agli avvocati sulla base di un accordo di corrispondere gli onorari quale quota del risarcimento ottenuto: in altri termini solo in caso di successo dell'azione intrapresa.

[8] Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage c.Crehan,* Corte di Gustizia, 13 luglio 2006, *Manfredi*, cause C-295/04 a C-298/04).

Il sesto capitolo è dedicato ad una comparazione dell'esperienza statunitense con quella europea, cui seguono le conclusioni.

# CAPITOLO I

# LA NORMATIVA EUROPEA E LE SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA IN TEMA DI PRIVATE ENFORCEMENT ANTITRUST

**1.1. Introduzione – 1.2. L'assetto normativo europeo: gli artt. 101 e 102 del Trattato ed il Regolamento 1/2003 – 1.3. Il Libro Verde "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie"- 1.4. Il Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie – 1.5. La Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 sul Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie – 1.6. La Bozza di Documento di orientamento sulla quantificazione del danno nelle azioni per il risarcimento del danno causato dalla violazione degli articoli 101 o 102 – 1.7. Le sentenze della Corte di Giustizia Europea**

## 1.1. Introduzione

La prima sezione del presente capitolo analizza le fonti comunitarie sull'argomento, con particolare attenzione al Regolamento Comunitario n. 1/2003 del 16 Dicembre 2002 sull'implementazione degli artt. 101 e 102 del Trattato in tema di concorrenza, il Libro Verde "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust del 2005" [9], il Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie del 2008, la Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 sul Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, la Bozza di Documento di orientamento sulla quantificazione del danno nelle azioni per il risarcimento del danno causato dalla violazione degli articoli 101 o 102, nonché i leading cases[10] della Corte di Giustizia, al fine di comprendere il ruolo delle sentenze della per l'evoluzione e l'implementazione del *private enforcement.*

[9] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2005/com2005_0672it01.pdf

[10] (Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage c.Crehan*, Corte di Gustizia, 13 luglio 2006, *Manfredi*, cause C-295/04 a C-298/04).

## 1.2. L'assetto normativo europeo: gli artt. 101 e 102 del Trattato ed il Regolamento 1/2003

L'azione di risarcimento del danno fondata su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza ha origine giurisprudenziale, in quanto, non esiste una legislazione comunitaria ad hoc uniforme. Essa si basa sul principio della diretta applicabilità degli articoli 101[11] ed 102[12] del Trattato (ex artt. 81 ed 82).

Tale azione, intesa come rimedio di diritto privato a disposizione di *chiunque* (impresa o consumatore) abbia subito danno a seguito di una illecita distorsione della concorrenza nel mercato comune, rappresenta un passo necessario ed ulteriore nell'evoluzione naturale delle regole di concorrenza comunitarie verso l'effettività.

È stato proprio attraverso il riconoscimento della diretta applicabilità[13] delle regole comunitarie di concorrenza nei rapporti tra privati che la Corte di Giustizia ha potuto introdurre nell'ordinamento giuridico comunitario l'azione di risarcimento del danno

---

[11] Articolo 101 - *1. Sono incompatibili con il mercato comune e 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 comune ed in particolare quelli consistenti nel:*
*a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;*
*b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;*
*c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;*
*d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;*
*e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.*
*2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.*
*3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:*
*a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordateche 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, ed evitando di:*
*(i) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;*
(ii) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

[12] Articolo 102 - *1. È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive consistono in particolare:*
*a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;*
*b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;*
*c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;*
*d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi*

[13] Corte di Giustizia. sent. 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*, in Racc. 1978, pg. 629: "…In forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabile, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere "ipso jure" inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi".

promossa da un operatore economico (impresa o consumatore) a seguito di un'illecita restrizione della concorrenza nel mercato comune.
Tale diritto è stato riconosciuto espressamente dalla Corte di Giustizia soltanto con la sentenza *Courage* (2001) e poi riaffermato nella sentenza *Manfredi* (2006) [14] di cui parleremo in seguito.

Il diritto al risarcimento del danno antitrust, dunque, ha affiancato e rafforzato la sanzione della *nullità di pieno diritto* prevista dal Trattato all'articolo 81.2[15], completando, in questo modo, il lato privatistico della reazione dell'ordinamento giuridico comunitario alle illecite distorsioni della concorrenza.

Il fondamento giuridico dell'azione di danno antitrust è rappresentato dalla necessaria effettività delle regole di concorrenza associata alla diretta applicabilità delle stesse da parte delle giurisdizioni nazionali.

I giudici nazionali, sono *"incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli[16]"*.

---

[14] Tuttavia è possibile ravvisare dei precedenti. Nel 1974, come è noto, la Corte di giustizia, decidendo il caso *BRT/SABAM*, riconobbe che *"per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. 85, n. 1, e 86* [ora 81 n. 1 ed 82] *sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli"* e che *"detti articoli attribuiscono direttamente a[i][singoli] dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare"*. La diretta applicabilità da parte delle Giurisdizioni nazionali dei paragrafi 1 e 2 dell'articolo 81 e dell'articolo 82 del Trattato fu successivamente consolidata dalla Corte di giustizia nei casi *Delimitis* (1991) e *Masterfood* (2000).

[15] L'art. 81.2 del Trattato sanziona con la nullità di pieno diritto qualsiasi accordo, pratica e decisione contraria al n. 1 dello stesso articolo. Tale nullità è considerata dalle Corti comunitarie come assoluta. Nessun effetto (passato o futuro) può essere validamente riconosciuto (sia nei confronti dei contraenti che dei terzi) agli accordi o pratiche o decisioni che ricadano sotto il divieto dell'art. 81.1 CE.

[16] Caso Francovich - *Sentenza Corte di Giustizia 19 novembre 1991, cause riunite C 6/90 e C 9/90*
Si tratta di una storica sentenza della Corte di Giustizia comunitaria con la quale veniva stabilito il principio che il mancato recepimento di una ***direttiva*** (v.) comunitaria entro la data ultima stabilita nel provvedimento poteva determinare, a certe condizioni, una condanna dello Stato e un obbligo di risarcimento del cittadino che fosse risultato leso dall'inadempiente comportamento; la portata innovativa della sentenza risiede proprio nell'affermazione di quest'ultimo principio da parte della Corte.
Una delle caratteristiche delle direttive comunitarie è quella di concedere un determinato lasso di tempo agli Stati membri per poter recepire nel proprio ordinamento le nuove disposizioni (in genere due anni). Spesso però gli Stati risultano inadempienti, in quanto non provvedono in tempo a completare tutte le procedure per dare attuazione alle disposizioni comunitarie. Nel caso esaminato nella sentenza Francovich lo Stato inadempiente era l'Italia, che non aveva recepito in tempo una direttiva sulla tutela dei crediti di lavoro in caso di insolvenza del datore di lavoro. Il mancato recepimento di tale direttiva aveva danneggiato tutti quei lavoratori che non potevano godere della speciale tutela loro accordata dalla normativa comunitaria; per questo motivo la Corte, oltre a rilevare l'inadempienza dell'Italia, aveva anche stabilito l'innovativo diritto del soggetto leso al risarcimento del danno ricevuto.
Tuttavia nella citata sentenza la Corte aveva precisato che affinché potesse configurarsi un diritto al risarcimento dovevano verificarsi tre condizioni:
- il risultato prescritto dalla direttiva doveva implicare l'attribuzione di diritti a favore dei singoli;
- il contenuto di tali diritti doveva essere chiaramente individuabile sulla base delle disposizioni della direttiva;
- doveva esistere un nesso di causalità tra la violazione dello Stato e il danno subito dal soggetto leso.

La Corte non aveva pronunciato nessuna sentenza di condanna per inadempimento a carico dello Stato, cosa che d'altra parte le era preclusa dal momento che si trattava di un *rinvio pregiudiziale.* Il compito di accertare l'esistenza del danno,

In particolare, secondo la Corte di giustizia, la piena efficacia dell'articolo 101 (ex art. 81) del Trattato e, soprattutto, l'effetto utile del divieto sancito all'articolo 101.1 (ex art.81.1) CE, sarebbe messo in discussione *"se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza"*[17].

Il diritto al risarcimento del danno rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole comunitarie di concorrenza ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune.

Secondo la Commissione "*le giurisdizioni svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate delle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quelle delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri…*"[18]

Pur tuttavia, ad oggi, l'assenza di una legislazione comunitaria uniforme rappresenta uno dei principali ostacoli per il raggiungimento di tale obiettivo.

---

di stabilire il nesso con l'inadempienza dello Stato e di quantificare il danno subito spetta, secondo la Corte, al giudice nazionale.
La Corte di Giustizia ha sempre affermato che in mancanza di una corretta e tempestiva trasposizione delle direttive, lo Stato non può opporre ai singoli il suo inadempimento agli obblighi espressi dalla direttiva inattuata. Il principio affermato dalla Corte è che, non solo gli Stati membri, ma anche i loro cittadini sono soggetti all'ordinamento giuridico comunitario, ed in base a ciò sono titolari di diritti ed obblighi discendenti da esso: l'obbligo gravante sullo Stato, ex articolo 249 Trattato CE, di dare attuazione alle direttive, corrisponde al diritto vantato dai singoli di vedere applicate le norme comunitarie.
Tutto ciò rappresenta un esempio di applicazione rafforzata del principio dell'efficacia diretta (v. *Diretta applicabilità del diritto comunitario*) e del *principio del primato del diritto comunitario* (v.), ma uno dei punti sui quali la sentenza Francovich differisce rispetto alla precedente giurisprudenza è che la responsabilità dello Stato è determinata non più in base al diritto interno, ma in base al diritto comunitario, lasciando agli ordinamenti nazionali solo gli aspetti meramente procedurali (punti 41 e 42 della sentenza). La portata innovativa della sentenza sta nel fatto che, nonostante siano numerosi i casi di direttive non attuate dagli Stati membri, viene esercitata una forte pressione affinché ciò avvenga, in quanto lo Stato si espone ad un numero di pretese risarcitorie, pari ad un numero di potenziali beneficiari della norma, indeterminato ed indeterminabile.

[17] A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per violazione della normativa antitrust, op. cit.*, p. 126, "il richiamo a valori quali la crescita occupazionale e la protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita e infine la generale solidarietà tra gli Stati membri, pare capace di dare contenuto definito al concetto di concorrenza voluto dagli Stati della Comunità".

[18] Considerando 7 del Regolamento1/2003

Infatti, le azioni giudiziali fondate su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza sono disciplinate in larga parte dalle norme *interne* dei singoli Stati membri nei quali vengono incardinate e, solo in misura minore, da alcune disposizioni imperative di diritto comunitario.

L'assenza di una disciplina uniforme fa si che la varietà delle soluzioni nazionali rispetto a determinati aspetti processuali e sostanziali delle azioni civili (si pensi, ad esempio, alla legittimazione attiva, al termine di prescrizione, all'onere della prova, alle modalità di identificazione e quantificazione del danno sofferto dalla vittima, all'ammissibilità dei danni punitivi o all'ammissibilità della *passing on defence* etc.), condizionino pesantemente l'esito delle azioni comunitarie antitrust, che, in alcuni casi, risultano addirittura compromesse a causa, proprio, della specificità delle regole nazionali che disciplinano l'azione civile.
L'assenza di una legislazione uniforme espone il sistema di *enforcement* comunitario al duplice rischio dell'ineffettività delle regole e della difformità degli esiti giudiziali.

La Corte di Giustizia è intervenuta in più occasioni per porre rimedio a tale rischiosa ed indesiderata situazione. Secondo la Corte, in assenza di una legislazione comunitaria, compete all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire *"le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario"*.

Tale apertura della Corte alla discrezionalità dei legislatori nazionali è, come si intuisce, solo apparente, in considerazione del fatto che il legislatore nazionale è fortemente condizionato al rispetto dei principi di effettività e di equivalenza[19]: pertanto, l'assenza di una legislazione comunitaria uniforme trasferisce agli Stati membri l'onere della definizione di regole procedurali e sostanziali effettive compatibili con il sistema comunitario.

[19] Uno dei principi cardini del diritto comunitario è il diritto alla tutela giurisdizionale (cioè dinnanzi a un giudice), piena ed effettiva", in virtù del quale, fra le altre cose, negli Stati membri la tutela dei diritti attribuiti ai cittadini da norme comunitarie deve essere quantomeno pari a quella dei diritti attribuiti dalle norme nazionali (principio di equivalenza), e ogni sistema giurisdizionale nazionale deve essere tale da non rendere impossibile o troppo gravoso l'esercizio dei diritti attribuiti al cittadino da norme comunitarie (principio di effettività). Cfr. Corte di giustizia, 12 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe/Landwirtschaftskammer Saarland*, in *Raccolta*, p. 1989; 7 luglio 1981, causa 158/80, *Rewe/Hauptzollamt*, in *Raccolta*, p. I- 1805, 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, in *Raccolta*, p. I-4025, punto 27, 17 giugno 2004, causa C 30/02, *Recheio – Cash & Carry*, in *Raccolta*, p. I 6051, punto 17, 24 aprile 2008, causa C-55/06, *Arcor*, non ancora pubblicata.

Su queste coordinate si muove l'azione del Regolamento CE n. 1/2003, il quale ha avuto consolidare le tesi della giurisprudenza circa la diretta applicabilità degli art. 101 (ex 81) e 102 (ex 82)[20], in modo che nessun cambiamento di orientamento delle Corti avesse potuto sottrarre gli strumenti rimediali ai privati; infatti l'art. 101 ( ex 81) del Trattato si limitava a prevedere esclusivamente la nullità degli accordi anticoncorrenziali, senza attribuire esplicitamente ai privati la possibilità di agire.

Tale gap viene colmato con l'art. 16 del Regolamento CE n. 1/2003, il quale prevede che "*quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione, esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati".*
In questo modo, il legislatore comunitario ha previsto la possibilità per i privati lesi di poter chiedere, oltre le misure cautelari un risarcimento.

[20] Il riconoscimento dell'applicazione diretta degli articoli 101 E 102 del Trattato ha, da sempre, un'importanza sistematica che occorre evidenziare cfr. A. TIZZANO, *L'applicazione decentrata degli art. 85 e 86 CE in Italia*, in *Foro It.*, 1997, n. 1, IV, 33. L'ordinamento comunitario ha assunto, infatti, caratteristiche del tutto peculiari nel panorama del diritto internazionale grazie – soprattutto – ai principi innovativi affermati dalla Corte di giustizia. L'applicazione diretta di alcuni articoli del TCE, e tra questi delle disposizioni *antitrust*, si inserisce pienamente in questo contesto poiché ha consentito di vedere, nelle norme del Trattato i cui destinatari sono in primis gli Stati membri, "in trasparenza i diritti dei singoli" e di innescare, quindi, con questi ultimi un dialogo – per il tramite dei giudici nazionali – tra organi comunitari e cittadini. Su questi temi, cfr. G. Tesauro nel corso del convegno "Il ruolo del giudice: le magistrature Supreme", Roma 18 e 19 maggio 2007, Università degli Studi Roma Tre e Corte di giustizia sent. 5 febbraio 1963, *Van Gend Loos*, in Racc. 1962, pg. 3: "Lo scopo del Trattato CEE, cioè l'instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità, implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti. …la funzione attribuita alla Corte di giustizia dall'articolo 177, funzione il cui scopo è di garantire l'uniforme interpretazione del trattato da parte dei giudici nazionali, costituisce la riprova del fatto che gli Stati hanno riconosciuto al diritto comunitario un'autorità tale da potere essere fatto valere dai loro cittadini davanti a detti giudici.
La Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini".

### 1.3. Il Libro Verde "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie

La Commissione ha fatto effettuare, nel 2004, uno studio *"on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules"*. Il report ha rivelato che nei diversi ordinamenti degli stati membri le posizioni in punto di risarcimento del danno per violazione della disciplina antitrust sono caratterizzate da *"astonishing diversity and total underdevelopment"*.

Il giudizio di "*total underdevelopment"* è legato alla circostanza che fino a quella data era stato possibile registrare in tutti gli stati membri un totale di 60 azioni (di cui 12 sulla base del diritto comunitario, circa 32 sulla base di diritti nazionali e 6 sulla base di entrambi), e di queste 60 solo 28 si erano concluse con il riconoscimento del risarcimento dei danni[21].

Il 19 Dicembre 2005, la Commissione, avendo preso atto della suddetta sottoutilizzazione dello strumento risarcitorio, ha pubblicato un Libro Verde sulle "*Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie"* con il dichiarato fine di agevolare l'introduzione delle domande di risarcimento del danno e di sviluppare il *private enforcement* del diritto antitrust.

Le questioni sulle quali il suddetto Libro Verde ha sollecitato la riflessione sono, fra l'altro, quelle relative alla possibilità nelle azioni di risarcimento del danno:
a) di prevedere norme speciali sulla divulgazione delle prove documentali;
b) di prevedere norme speciali sull'accesso ai documenti in possesso di un'autorità garante della concorrenza;
c) di attenuare l'onere a carico dell'attore di provare la violazione delle norme antitrust;
d) di definire, anche in modo diverso rispetto a quanto previsto nelle norme generali, il tipo di (e la funzione del) risarcimento da accordare;
e) di introdurre le azioni collettive;
f) di coordinare l'attivazione dello strumento risarcitorio con l'applicazione della disciplina ad opera delle autorità pubbliche (c.d. Leniency programme)[22].

[21] Per maggiori approfondimenti, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf
[22] All'interno della Rete è stato costituito un gruppo di lavoro per tentare di fornire delle risposte ai problemi rimasti insoluti in tema di *leniency*. La *leniency*, o clemenza, è un istituto del diritto antitrust che consente alle imprese che

L'idea è che la compressione di eventuali interessi "altri", quali ad esempio, quello alla riservatezza nella gestione dell'impresa (si pensi all'ipotesi in cui una delle parti si rifiuta di trasmettere i documenti probatori e alla possibilità di ritenere tale rifiuto presunzione di prova), o quello al corretto funzionamento dello strumento pubblicistico (le problematiche legate alle interferenze con i programmi di clemenza) o quello alla competenza degli organi giudicanti potrebbe trovare giustificazione considerando che, come afferma la Commissione, "*agevolare l'introduzione delle domande di risarcimento del danno per violazione della disciplina antitrust non solo consentirà ai consumatori e alla imprese danneggiate da una violazione delle norme antitrust di soddisfare più*

---

denunciano un cartello, cessano la condotta illecita e collaborano attivamente alle indagini dell'autorità di concorrenza, di ottenere a certe condizioni l'immunità *ex ante* dalle ammende che sarebbero altrimenti loro inflitte, ovvero di ottenerne *ex ante* una sensibile riduzione.

In meno di un anno, il gruppo, co-presieduto dal *Conseil de la Concurrence (oggi Autoritè de la Concurrence)* e dall'*Office of Fair Trading*, è pervenuto ad una soluzione flessibile, senza ricorrere al lungo processo legislativo comunitario, attraverso l'adozione nel settembre 2006 dell'*ECN Model Leniency Programme*.

Questo documento rappresenta il segno dell'avvio di una nuova era nella cooperazione all'interno della Rete, è la dimostrazione di come la Commissione insieme alle altre autorità nazionali possa sviluppare nuovi metodi per rispondere alle nuove sfide e raggiungere la convergenza aldilà di quanto sia richiesto dal Regolamento 1/2003.

In un sistema di competenze parallele tra la Commissione e le autorità nazionali della concorrenza, una richiesta di *leniency* presentata ad un'autorità non viene considerata avanzata nei confronti di tutti i membri della Rete. Pertanto, in base al par. 38 della Comunicazione sulla cooperazione "*(..) Il richiedente ha interesse a presentare una domanda di trattamento favorevole a tutte le autorità garanti della concorrenza competenti per l'applicazione dell'articolo 81 e 82 del Trattato nel territorio interessato dall'infrazione e che possano essere considerate nella posizione idonea per intervenire contro l'infrazione in oggetto".*

Lo scopo principale dell'*ECN Model Leniency Programme* è, pertanto, quello di assicurare che le società interessate a denunciare un cartello e a beneficiare di un programma di clemenza non siano scoraggiate dal farlo in ragione delle discrepanze tra i diversi programmi di *leniency* all'interno della Rete. Dunque, l'*ECN Model Leniency Programme* è disegnato essenzialmente come un programma operativo, che contiene gli elementi essenziali del trattamento che un'impresa si aspetta di trovare in ogni giurisdizione nel caso in cui dovesse auto-denunciarsi e avanzare richiesta di *leniency*.

La letteratura comunitaria sull'analisi strategica che sottosta all'adozione di programmi di clemenza è ormai molto vasta. Si vedano, tra i contributi degli ultimi anni, F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto* antitrust: *l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Concorrenza e mercato*, 2002, n. 10, 228; C.R. LESLIE, *Trust, Distrust and Antitrust, cit.*; M. MOTTA, M. POLO, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2003, 21(3), 347; P. BUCCIROSSI, G. SPAGNOLO, *Optimal dines in the Era of Whistleblowers. Should price fixers still go to prison?*, in V. GHOSAL, J. STENNEK (Eds.), *The political economy of Antitrust*, Oxford, 2007; G. SPAGNOLO, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, in P.BUCCIROSSI (ed.), *Handbook for Antitrust Economics*, Cambridge (Mass.), 2008, 259 e *Divide et Impera:optimal deterrence mechanisms against cartels and organized crime*, CEPR Discussion Paper No. 4840, 2004, disponibile sul sito *www.cepr. org;* W. WILS, *Leniency in Antitrust enforcement. Theory and practice*, in *World Competition*, 2007, fasc. 30, 25.*;* M. VATIERO, P*rogramma di clemenza. Alcuni spunti di riflessione*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, 437; V. D'ANTONIO, *I programmi di clemenza in diritto anitrust: modelli teorici ed esperienze concrete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 677. Sottolinea l'analogia di funzionamento con le legislazioni premiali adottate nel contrasto alla criminalità organizzata o al terrorismo G. SPAGNOLO, *Optimal Leniency Programs*, FEEM *Working Paper* . No. 42/2000, in *www.ssrn.com* e ID., *Divide et Impera, cit.* Condivisibili dubbi su tale assimilabilità sono espressi F. DENOZZA, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust europeo*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 1141. (169) Il primo programma, come noto, fu adottato dal *Department of Justice* (DoJ) statunitense nel 1978 e non ebbe grande successo (la media delle richieste di accesso al programma fu di una domanda all'anno). Il programma vigente attualmente è stato introdotto nel 1993 (si veda il sito *http://www,justice.gov/atr/ public/ guidelines/0091.htm*) e ha avuto maggiore successo, producendo un significativo aumento delle domande di clemenza. Nel 1994 è stata comunicata anche una *Leniency Policy for Individuals.* Per un'ampia illustrazione delle caratteristiche del vigente sistema statunitense, si veda, da ultimo, J. WILS, *Leniency in Antitrust enforcement. Theory and practice*, in2007 *World Competition*, 2007, No. 30, 25. Per una comparazione tra modelli statunitense e comunitario cfr. N. ZINGALES, *European and American leniency programs: two models towards convergence*, in *Competition Law Review, vol.* V, n. 1, 2008 (scaricabile anche da *www.ssrn.com*).

*facilmente la loro pretesa risarcitoria ma rafforzerà, nel contempo, il diritto della concorrenza*".

Le azioni di risarcimento del danno rispondono, cioè, ad un duplice obiettivo: in primis, risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e, in secondo luogo, assicurare, attraverso la disincentivazione delle condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia delle norme antitrust previste dal trattato, contribuendo così in modo significativo al mantenimento di una concorrenza effettiva nella Comunità (c.d. effetto deterrente)[23].

La Commissione, nel Libro Verde, appare dunque orientata ad adottare un modello di risarcimento del danno proiettato su una doppia funzione di deterrenza e sanzionatoria[24].

[23] Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules Eddy De Smijter, Constanze Stropp and Donncadh Woods

[24] Per approfondimenti, Prof. M. SIRAGUSA, *A reflection on some private antitrust enforcement issues*, in *European Competition Law Annual* 2006, a cura di C.D. EHLERMANN - I. ATANASIU, J. PHEASANT, *Private dameges actions*, in Competition Law Insight, 14 febbraio 2006, 14 marzo 2006, 1 agosto 2006 e 8 maggio 2007, e L. DI GIAMBATTISTA, *Damages actions for breach of EC Treaty antitrust rules: a critical assessment of the European Commission's Green Paper*, in Dir. Unione eur., 4/2006, pp. 729-746.

### 1.4. Il Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie

Il Libro Bianco della Commissione europea in materia di azioni di risarcimento del danno da violazione delle norme antitrust (2008) nasce dalla necessità di tutelare tutti i cittadini e tutte le imprese che subiscono un danno a seguito di un'infrazione delle norme antitrust comunitarie (articoli 101 e 102 del Trattato CE) devono poter richiedere un risarcimento alla parte che lo ha causato.

Il diritto delle vittime al risarcimento del danno è garantito dal diritto comunitario, come affermato dalla Corte di giustizia nel 2001 e nel 2006.

Nonostante l'esigenza di adottare un efficace quadro giuridico, tale da rendere il diritto al risarcimento del danno una possibilità concreta, e malgrado le indicazioni del Libro Verde di miglioramento in questo senso in alcuni Stati membri, la Commissione ha evidenziato che le vittime di violazioni delle norme antitrust comunitarie ottengono solo episodicamente il risarcimento del danno subito.

Nel Libro Verde la Commissione aveva concluso che questa assenza di tutela era dovuta in gran parte a vari ostacoli giuridici e procedurali determinati dalle norme degli Stati membri che disciplinano le azioni di risarcimento del danno da violazione delle norme antitrust davanti ai giudici nazionali.

In effetti, le azioni di questo tipo presentano una serie di peculiarità che spesso non sono disciplinate in modo adeguato dalle tradizionali norme in materia di responsabilità civile e di procedura civile. Tale situazione ha determinato una notevole incertezza del diritto.

Le peculiarità menzionate riguardano la necessità di un'analisi fattuale ed economica molto complessa, la frequente inaccessibilità e occultamento di prove determinanti in possesso del convenuto, e il fatto che il rapporto rischi/benefici è spesso sfavorevole per l'attore.

È stato dunque necessario affrontare l' inefficacia delle azioni di risarcimento del danno antitrust mediante una combinazione di misure a livello sia comunitario sia nazionale, allo scopo di ottenere un'effettiva tutela minima del diritto delle vittime al

risarcimento del danno ai sensi degli articoli 101 e 102 in ogni Stato membro, nonché condizioni di maggiore parità e certezza del diritto in tutta l'UE.

Il Libro Bianco ha analizzato e presentato proposte relative a scelte politiche e misure specifiche che garantirebbero le vittime di violazioni delle norme comunitarie sulla concorrenza, in modo che abbiano accesso a meccanismi di tutela efficaci in modo da poter essere interamente compensate del danno subito.
Il Paper va letto congiuntamente a due documenti di lavoro dei servizi della Commissione, ossia il documento di lavoro della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazioni delle norme comunitarie antitrust[25], che illustra in modo più particolareggiato le considerazioni alla base del Libro bianco e che fornisce una breve sintesi dell'*acquis* comunitario già esistente e la Relazione sulla Valutazione di Impatto[26] che analizza i costi e i benefici potenziali delle varie opzioni strategiche e la sintesi di detta Relazione.

La Commissione ha evidenziato come, per realizzare meccanismi di risarcimento più efficaci è necessario che i costi della violazione delle norme antitrust siano a carico dagli autori dell'infrazione e non delle vittime.
Il fatto che i privati dispongano di mezzi d' azione efficaci aumenta la probabilità che vengano individuate un maggior numero di intese anticoncorrenziali: il miglioramento della giustizia retributiva produrrebbe pertanto di per sé conseguenze positive anche in termini di effetto deterrente per le infrazioni future e di maggiore rispetto delle norme antitrust comunitarie.

Un altro importante principio della politica della Commissione è quello di mantenere, a livello pubblico, un'incisiva applicazione degli articoli 101 e 102 (ex artt. 81 e 82) da parte della Commissione e delle Autorità di Concorrenza degli Stati membri. In tale ottica, le misure presentate nel Libro bianco sono concepite per creare un sistema efficace di applicazione delle norme da parte dei privati mediante azioni di risarcimento danni che

[25] http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/working_paper.pdf
Commission Staff Working Paper allegato al Libro Bianco della Commissione (cfr. nota n. 86), pp.12-15 in cui tra l'altro si considera che "*enhancing the effectiveness of actions for damages will, amongst othereffects, mean that compensation of the harm suffered by victims of illegal anti-competitive behaviour will be achieved more often: compensation of the harm is fundamental so that companies who comply with the law do not suffer from a competitive disadvantage, and victims who are harmed do not bear the costs of the infringements: these costs must be borne by the infringers. Victims have a right to compensation, as confirmed by the ECJ, and it is fundamental that they can enforce it affectively. Even though actions for damages in Europe are primarily about victims effectively exercising Treaty rights, an enhanced level of actions for damages will also have the positive effect of increasing deterrence for potential infringers*".
[26] http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_report.pdf

integrano, ma non sostituiscono o compromettono, l'applicazione di dette norme da parte delle autorità pubbliche.

Nel contesto della legittimazione ad agire, la Commissione ha accolto con favore la conferma dalla Corte di Giustizia del fatto che "chiunque" abbia subito un danno causato da una violazione di norme antitrust deve poterne chiedere il risarcimento dinanzi ai tribunali nazionali. Questo principio si applica anche agli acquirenti indiretti, ossia agli acquirenti che non hanno avuto alcun rapporto commerciale diretto con l'autore dell'infrazione, ma che possono tuttavia aver subito un considerevole danno perché su di loro è stato trasferito, lungo la catena di distribuzione, un sovrapprezzo illegale.

Per quanto riguarda le azioni collettive, la Commissione ritiene che vi sia la chiara necessità di meccanismi che consentono l'aggregazione delle singole istanze da parte delle vittime delle violazioni delle norme antitrust. I singoli consumatori, ma anche le piccole imprese, in particolare coloro che hanno subito un danno diffuso e di valore relativamente basso, sono spesso scoraggiati dall'intentare un'azione individuale per danni a causa dei costi, ritardi, incertezze, rischi ed oneri che ne possono derivare. Di conseguenza, molte di queste vittime rimangono attualmente prive di risarcimento. Nei rari casi in cui più azioni individuali vengono intentate in relazione alla medesima violazione, insorgono inefficienze procedurali, che colpiscono i richiedenti, i convenuti e il sistema giudiziario stesso.

Allo scopo di affrontare in modo efficace tali inefficienze nel settore dell'antitrust, pertanto, la Commissione ha suggerito di combinare due meccanismi complementari di azione collettiva:

- le *azioni rappresentative*, intentate da soggetti qualificati, quali associazioni dei consumatori, organismi statali o associazioni commerciali, a nome di vittime identificate o, in casi piuttosto limitati, identificabili. Tali soggetti vengono designati ufficialmente in anticipo, oppure sono abilitati *ad hoc* da uno Stato membro, in relazione ad una particolare violazione delle norme antitrust, per intentare un'azione a nome di alcuni o di tutti i propri membri;
- le azioni collettive con modalità opt-in, nelle quali le vittime decidono espressamente di aggregare in una sola azione le proprie richieste individuali di risarcimento del danno subito.

Secondo la Commissione, è necessario che questi due tipi di azione si completino per garantire un sistema di azione collettivo efficace per le vittime di violazioni delle norme antitrust. Inoltre, è importante che le vittime non siano private del loro diritto di intentare un'azione per danni individuale se lo desiderano e nel contempo dovrebbero tuttavia essere previste salvaguardie volte ad evitare che lo stesso danno venga risarcito più di una volta.
Altra problematica è legata al fatto che i casi di diritto della concorrenza prevedono l'analisi di una notevole quantità di elementi fattuali; gran parte degli elementi di prova decisivi per comprovare un caso di danni provocati dalla violazione di norme antitrust sono spesso occultati e, essendo in possesso del convenuto o di terzi, non sono solitamente noti in maniera sufficientemente dettagliata all'attore. A parere della Commissione, anche se è essenziale superare questa strutturale asimmetria informativa e migliorare l'accesso delle vittime alle prove rilevanti, è importante altresì evitare gli effetti negativi di obblighi di divulgazione eccessivamente ampi ed onerosi, in particolare il rischio di abusi.
La Commissione propone dunque di garantire in tutta l'UE un livello minimo di divulgazione *inter partes* nelle cause: i giudici nazionali dovrebbero, in circostanze tassative, avere il potere di ordinare alle parti in causa o a terzi di divulgare categorie precise di prove rilevanti.
Le circostanze per la divulgazione dovrebbero includere il fatto che l'attore abbia illustrato tutti i fatti e mezzi di prova che ha ragionevolmente potuto raccogliere, a condizione che questi dimostrino motivi plausibili per ritenere che egli:

- abbia subito un danno a seguito di una violazione di norme sulla concorrenza da parte del convenuto;
- abbia dimostrato in modo sufficiente al giudice che egli non è in grado altrimenti, ricorrendo a tutti gli sforzi ragionevolmente possibili, di presentare le prove richieste;
- abbia specificato categorie di prove da divulgare sufficientemente precise;
- abbia dimostrato in modo sufficiente al giudice che il previsto provvedimento di divulgazione è sia rilevante nel caso di specie che necessario e proporzionato.

I giudici dovrebbero avere il potere di applicare sanzioni con effetto sufficientemente deterrente, compresa la possibilità di trarre conclusioni sfavorevoli alla parte nel procedimento civile per danni.

Naturalmente dovrebbe essere prevista una protezione adeguata per le dichiarazioni rilasciate dalle imprese che presentano richiesta di trattamento favorevole, per le indagini

delle Autorità di Concorrenza e per evitare la distruzione di prove rilevanti o il rifiuto di eseguire un ordine di divulgazione.

Ogniqualvolta la Commissione europea constata in una decisione l'infrazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del Trattato CE, le vittime di tale infrazione possono, ai sensi della giurisprudenza consolidata e dell'articolo 16, paragrafo 1 del Regolamento n. 1/2003, citare tale decisione come prova vincolante in un procedimento civile per danni.
Per le decisioni adottate dalle Autorità nazionali di Concorrenza che constatano un'infrazione degli articoli 101 e 102 (ex artt. 81 e 82), norme simili esistono attualmente soltanto in alcuni Stati membri.

La Commissione non vede alcuna ragione per cui una decisione definitiva adottata ai sensi dell'articolo 101 e 102 (ex artt. 81 o 82) da un'Autorità Nazionale della rete europea della concorrenza e una sentenza definitiva emessa da una Corte d'Appello, che conferma la decisione dell'autorità nazionale o che constata essa stessa un'infrazione, non debbano essere accettate in ogni Stato membro come prova inconfutabile dell'infrazione in successive cause civili per il risarcimento dei danni antitrust.

Una norma di tale portata:

- garantirebbe un'applicazione più coerente degli articoli 101 e 102 da parte dei diversi organismi nazionali;
- aumenterebbe la certezza del diritto;
- accrescerebbe inoltre significativamente l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento dei danni causati da violazioni delle norme antitrust.

Infatti, se i convenuti possono mettere in dubbio la violazione degli articoli 101 e 102 stabilita in una decisione di un'Autorità nazionale per la Concorrenza ed eventualmente confermata da una Corte d'Appello, i giudici dinanzi ai quali venga intentata un'azione per danni dovranno riesaminare i fatti e gli aspetti giuridici già oggetto di indagine e valutazione da parte di un'Autorità pubblica specializzata (e da una Corte d'Appello).
Una tale duplicazione dell'analisi fattuale e giuridica determina considerevoli costi aggiuntivi, nonché una durata ed un'imponderabilità notevoli per l'azione di risarcimento danni intentata dalle vittime.

La Commissione ha pertanto proposto l'applicazione di una regola: i giudici nazionali che devono statuire in merito ad azioni di risarcimento danni relative a violazioni degli articoli 101 o 102 sulle quali un'autorità nazionale di concorrenza appartenente alla rete europea abbia già adottato una decisione definitiva constatando una violazione di tali articoli, o in merito alle quali una corte d'appello abbia emesso una sentenza definitiva confermando la decisione dell'autorità nazionale per la concorrenza o constatando essa stessa una violazione, non possono prendere decisioni in contrasto con una decisione o sentenza di questo genere.

Quest'obbligo dovrebbe applicarsi lasciando impregiudicato il diritto, ed eventualmente l'obbligo, dei giudici nazionali di richiedere chiarimenti sull'interpretazione degli articoli 101 o 102 ai sensi dell'articolo 234 del Trattato CE.

Tale regola conferisce un effetto vincolante soltanto alle decisioni prese in via definitiva, ossia quando il convenuto ha esaurito tutti i mezzi di ricorso, e riguarda soltanto le stesse pratiche e la stessa o le stesse imprese per le quali l'autorità nazionale per la concorrenza o la corte d'appello hanno constatato un'infrazione.

Per quanto concerne il criterio della colpa, se la violazione degli articoli 101 o 102 è stata accertata, gli Stati membri adottano approcci diversi per ottenere il risarcimento dei danni: in alcuni Stati membri l'esistenza della colpa non è una condizione necessaria per una richiesta di risarcimento di danni antitrust, o la colpa è presunta inconfutabilmente, una volta comprovata l'infrazione.

La Commissione non vede ragioni per esentare gli autori dell'infrazione da responsabilità a causa dell'assenza di colpa, tranne nei casi in cui l'autore dell'infrazione abbia commesso un errore scusabile[27].

La Commissione ha proposto una misura volta a chiarire, per gli Stati membri che richiedono la prova della colpa: una volta che la vittima abbia dimostrato una violazione degli articoli 101 0 102, l'autore dell'infrazione deve essere ritenuto responsabile per i danni causati a meno che non dimostri che la violazione è il risultato di un errore realmente scusabile.

La Commissione accoglie favorevolmente la conferma da parte della Corte di giustizia in merito alle tipologie di danno per le quali le vittime di violazioni di norme antitrust

[27] Un errore è scusabile se una persona ragionevole che avesse agito con un elevato livello di diligenza non avrebbe potuto essere consapevole del fatto che il comportamento limitava la concorrenza.

dovrebbero poter ottenere un risarcimento[28]. La Corte Europea ha sottolineato che le vittime devono come minimo ricevere un risarcimento completo del valore reale della perdita subita: il diritto al risarcimento si estende dunque non soltanto alla perdita effettiva dovuta ad un aumento anticoncorrenziale dei prezzi, ma anche al mancato profitto causato da una riduzione delle vendite e comprende un diritto agli interessi.
Per motivi di certezza del diritto e per aumentare la consapevolezza delle vittime potenziali e dei potenziali autori dell'infrazione, la Commissione propone di codificare in uno strumento legislativo comunitario l' *acquis* comunitario sulla portata del risarcimento dei danni che potrebbero ottenere le vittime delle violazioni delle norme antitrust.

Per quanto concerne il quantum, il calcolo comporta un raffronto con la situazione economica della vittima nell'ipotetico scenario di un mercato concorrenziale: è spesso molto complicato e può diventare eccessivamente difficile o essere addirittura praticamente impossibile. Per agevolare la situazione, la Commissione ha mostrato la volontà di elaborare un quadro di indicazioni pratiche e non vincolanti per la quantificazione dei danni nei casi di violazione delle norme antitrust, ad esempio attraverso metodi approssimati di calcolo o regole semplificate per la stima delle perdite subite.

Se il cliente diretto dell'autore dell'infrazione ha trasferito interamente o parzialmente il sovrapprezzo illegale ai propri clienti (gli acquirenti indiretti), possono sorgere diverse questioni giuridiche. Attualmente, esse creano un notevole grado d'incertezza del diritto e difficoltà nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust.
I problemi sorgono, da un lato, se l'autore dell'infrazione invoca il trasferimento del sovrapprezzo come argomento di difesa contro una richiesta di danni, sostenendo che l'attore non ha subito alcuna perdita perché ha trasferito l'aumento dei prezzi sui propri clienti.

La Commissione ha ricordato che la Corte ha sottolineato l'importanza del principio compensativo e del presupposto che il risarcimento deve poter essere concesso a "*chiunque abbia subito un danno"* e possa dimostrare "*un sufficiente nesso causale con l'infrazione*".
In questo contesto, gli autori dell'infrazione dovrebbero poter invocare la possibilità che il sovrapprezzo sia stato trasferito.

[28] Causa *Manfredi*

In effetti, rifiutare questo argomento di difesa determinerebbe un arricchimento senza causa da parte degli acquirenti che hanno trasferito il sovrapprezzo e un'indebita compensazione multipla per il sovrapprezzo illegale da parte del convenuto.

La Commissione propone pertanto che i convenuti dovrebbero avere il diritto di invocare a propria difesa l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo a fronte di una richiesta di compensazione di detto sovraprezzo ma, l'onere della prova per questa argomentazione non dovrebbe essere inferiore a quello previsto per la dimostrazione del danno da parte dell'attore.

Vi sono difficoltà, d'altro canto, anche se un acquirente indiretto invoca il trasferimento del sovrapprezzo come base per dimostrare il danno subito. Gli acquirenti che si trovano all'estremità, o quasi, della catena di distribuzione sono spesso i più danneggiati dalle violazioni delle norme antitrust, ma vista la loro distanza dall'infrazione per loro è particolarmente difficile presentare sufficienti prove dell'esistenza e della portata di un trasferimento del sovrapprezzo illegale lungo la catena di distribuzione.

Se questi attori non riescono a sostenere tale prova, non verranno risarciti e l'autore dell'infrazione, che può avere utilizzato con successo l'argomento del trasferimento del sovrapprezzo nei confronti di un altro attore a monte, conseguirebbe un arricchimento senza causa.

Onde evitare situazioni di questo tipo, la Commissione ha espresso la volontà di ridurre gli oneri a carico della vittima e propone che gli acquirenti indiretti dovrebbero poter contare sulla presunzione semplice che il sovrapprezzo illegale sia stato loro trasferito nella sua interezza.

In caso di azioni congiunte, parallele o consecutive avviate da acquirenti che si trovano in punti diversi della catena della distribuzione, i giudici nazionali sono pertanto incoraggiati ad utilizzare appieno tutti i meccanismi di cui dispongono in base al diritto nazionale, comunitario ed internazionale per evitare una sottocompensazione o una sovracompensazione del danno causato da un'infrazione della normativa sulla concorrenza.

Anche se i termini di prescrizione svolgono un ruolo importante nel garantire la certezza del diritto, essi possono tuttavia costituire un ostacolo considerevole al risarcimento del danno, sia in cause di risarcimento autonome sia in quelle instaurate con riferimento ad un precedente accertamento dell'infrazione da parte dell'autorità pubblica.

Per quanto riguarda il decorrere dei termini di prescrizione, le vittime possono dover affrontare difficoltà pratiche in caso di infrazione continuata o ripetuta o quando non possono ragionevolmente essere state consapevoli dell'infrazione. Quest'ultimo caso si verifica spesso relativamente alle infrazioni più serie e dannose, come i cartelli, che spesso rimangono segreti sia durante sia dopo la loro esistenza.

La Commissione propone pertanto che il termine di prescrizione non inizi a decorrere:

- prima del giorno in cui l'infrazione cessa, in caso di infrazione continuata o ripetuta;
- prima che si possa ragionevolmente presumere che la vittima dell'infrazione sia a conoscenza dell'infrazione e del pregiudizio che essa le ha causato.

Onde conservare la possibilità di intentare azioni collegate a procedimenti condotti dalle Authorities, dovrebbero essere adottate misure volte ad evitare che i termini di prescrizione scadano mentre è ancora in corso il procedimento avviato da parte delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza (e delle Corti di Appello). A tale scopo, la Commissione privilegia la possibilità di fissare un nuovo termine di prescrizione, che inizi a decorrere una volta che un'Autorità di Concorrenza o una Corte d'Appello hanno adottato una decisione in merito all'infrazione, piuttosto che la possibilità di sospendere il termine di prescrizione durante il procedimento pubblico.

In quest'ultimo caso, per gli attori (e i convenuti) sarà talvolta difficile calcolare con precisione il periodo rimanente, dato che il momento di avvio e di chiusura del procedimento da parte delle Autorità non sempre è di pubblico dominio. Inoltre, ove una sospensione iniziasse in una fase molto avanzata del termine di prescrizione, potrebbe non esservi tempo sufficiente per preparare un'azione.

La Commissione propone pertanto un nuovo termine di prescrizione di almeno due anni, che dovrebbe iniziare a decorrere una volta che la decisione relativa all'infrazione sulla quale l'attore basa la propria azione è diventata definitiva.

Le spese relative alle azioni di risarcimento del danno causato da violazioni delle norme antitrust, così come le norme per la ripartizione delle spese, possono costituire un disincentivo decisivo alla proposizione di un'azione di risarcimento danni, in quanto si tratta di azioni che possono essere particolarmente costose e che sono generalmente più complesse e lunghe di altri tipi di azione civile.

La Commissione ritiene utile che gli Stati membri riflettano sulle rispettive norme relative alle spese processuali e che esaminino le pratiche esistenti in tutta l'UE, in modo che azioni che potrebbero essere fondate, e che non potrebbero essere avviate a causa dei loro costi, possano essere intraprese, in particolare da parte di ricorrenti la cui situazione finanziaria è considerevolmente più debole di quella del convenuto.
Gli Stati membri potrebbero anche valutare la possibilità di introdurre, ove opportuno, limiti al livello delle spese processuali applicabili alle azioni per il risarcimento del danno antitrust.
Inoltre gli Stati sono invitati a riflettere sulle loro norme di ripartizione delle spese per ridurre l'incertezza dei potenziali attori in merito ai costi che potrebbero dover sostenere. Il principio "chi perde paga", prevalente negli Stati membri dell'UE, ha una funzione importante nell'esclusione delle cause temerarie. In determinate circostanze, tuttavia, questo principio potrebbe anche scoraggiare le vittime che avanzano richieste fondate; potrebbe dunque essere necessario attribuire ai tribunali nazionali la facoltà di derogare a tale principio, ad esempio garantendo che un attore soccombente non debba sostenere le spese dei convenuti che siano irragionevoli o vessatorie o altrimenti eccessive.

Dovrebbero altresì essere presi in debita considerazione i meccanismi che agevolano la rapida risoluzione delle controversie, ad esempio la transazione: questo potrebbe significativamente ridurre o eliminare le spese legali per le parti, nonché i costi a carico del sistema giudiziario.

Altra riflessione deve riguardare la divulgazione delle dichiarazioni rilasciate dalle imprese che presentano richiesta di trattamento favorevole, onde evitare di mettere queste ultime in una posizione di svantaggio rispetto ai coautori dell'infrazione. In caso contrario, la minaccia di divulgazione delle ammissioni fatte da coloro che presentano richiesta di trattamento favorevole potrebbe avere un effetto negativo sulla qualità delle loro dichiarazioni o addirittura dissuadere coloro che abbiano commesso un'infrazione dal presentare una richiesta di partecipare al programma di clemenza.
La Commissione propone pertanto che tale tutela si applichi:

- a tutte le dichiarazioni rilasciate da tutti i richiedenti di trattamento favorevole, relativamente ad una violazione dell'articolo 101 del trattato CE (anche quando la normativa nazionale antitrust viene applicata in parallelo);

- indipendentemente dal fatto che la richiesta di trattamento favorevole venga accettata, respinta o non determini alcuna decisione da parte dell'Autorità di Concorrenza.

Questa tutela si applica quando la divulgazione viene ordinata da un giudice, sia prima che dopo l'adozione di una decisione da parte dell'autorità per la concorrenza. La divulgazione volontaria delle dichiarazioni rese da parte dei richiedenti dell'immunità e di una riduzione delle ammende dovrebbe essere impedita almeno finché non venga emessa una comunicazione degli addebiti.

Un'ulteriore misura per garantire che i programmi di clemenza conservino la loro piena attrattiva potrebbe essere quella di limitare la responsabilità civile di coloro la cui richiesta di immunità sia stata accettata. La Commissione propone dunque di valutare ulteriormente la possibilità di limitare la responsabilità civile del beneficiario dell'immunità rispetto alle richieste di risarcimento presentate dai suoi partner contrattuali diretti ed indiretti.

Questo contribuirebbe a rendere più prevedibile e più limitata la portata dei danni che i beneficiari dell'immunità dovrebbero rimborsare, senza sottrarli indebitamente alla responsabilità civile per la loro partecipazione ad un'infrazione. Il beneficiario dell'immunità dovrebbe avere l'onere della prova per dimostrare la misura in cui la sua responsabilità dovrebbe essere limitata. Andrebbe tuttavia esaminata, in particolare, la necessità di un provvedimento di questo genere e l'effetto che esso avrebbe per la piena compensazione delle vittime dei cartelli e per la posizione dei coautori dell'infrazione, in particolare se anch'essi hanno presentato richiesta di trattamento favorevole[29].

[29]Per approfondimenti: The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules Rainer Becker, Nicolas Bessot and Eddy De Smijter, Directorate-General for Competition

### 1.5. La Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 sul Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie

Il Parlamento europeo, con la risoluzione del 26 marzo 2009, ha accolto con favore il Libro bianco e sottolineato che le norme comunitarie in materia di concorrenza e, in particolare, la loro effettiva applicazione richiedono che le vittime delle violazioni delle norme comunitarie in materia di concorrenza abbiano il diritto di chiedere un risarcimento per i danni subiti.

Ha altresì rilevato che, fino a quel momento, la Commissione non aveva specificato qual è la base giuridica delle misure proposte e che occorreva esaminare ulteriormente la questione di una base per gli interventi proposti a livello di procedure nazionali per danni extracontrattuali e diritto processuale nazionale.

Il Parlamento ha infatti ricordato che, i singoli consumatori, ma anche le piccole imprese, in particolare quelle che hanno subito un danno diffuso e di valore relativamente basso, sono spesso scoraggiati dall'intentare azioni individuali per danni a causa dei costi, ritardi, incertezze, rischi ed oneri che ne possono derivare; ha sottolineato che, in questo contesto, le azioni risarcitorie collettive, che consentono l'aggregazione di singole azioni di risarcimento dei danni imputabili a violazioni delle norme comunitarie in materia di concorrenza e accrescono la capacità delle vittime di accedere alla giustizia, rappresentano un importante deterrente. Ha altresì accolto con favore la proposta della Commissione di istituire dei meccanismi per migliorare le azioni risarcitorie collettive evitando al contempo un eccesso di contenzioso.

Il Parlamento ha osservato che, le azioni di risarcimento per violazioni della normativa comunitaria in materia di concorrenza dovrebbero essere considerate, per quanto possibile, alla stregua di altre richieste extracontrattuali; è del parere che un approccio orizzontale o integrato potrebbe coprire norme procedurali comuni e meccanismi di ricorso collettivi in vari ambiti del diritto ed ha sottolineato che tale approccio non deve ritardare né impedire lo sviluppo di proposte e misure ritenute necessarie per la piena applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza; ha osservato inoltre la maggiore profondità dell'analisi della tutela risarcitoria civile contro le violazioni delle norme sulla concorrenza e il quadro avanzato offerto dalle Autorità Garanti della Concorrenza, compresa la Rete europea della concorrenza.

L’istituzione ha  osservato che è preferibile una risoluzione definitiva per i convenuti, al fine di ridurre le incertezze e gli effetti economici sproporzionati che possono avere ripercussioni sui dipendenti, sui fornitori, sui subappaltatori e su altri soggetti estranei; per tale ragione ha chiesto la valutazione e l'eventuale introduzione di una procedura di composizione extra-giudiziale per le domande di risarcimento collettive che possa essere avviata sia dalle parti, prima dell'avvio dell'azione legale, sia in seguito a un invito da parte del tribunale dinanzi al quale l'azione è stata proposta.

Il Parlamento ha ritenuto che una simile procedura di composizione dovrebbe tendere ad una risoluzione extragiudiziale della controversia soggetta all'approvazione giudiziale dell'accordo di transazione che possa essere dichiarato vincolante nei confronti di tutte le vittime che hanno partecipato a tale procedura. Un obbligo di questo tipo non deve comportare un allungamento indebito dei tempi delle procedure né fornire richieste inique di risarcimento e, pertanto, il Parlamento ha invitato pertanto la Commissione a trovare i mezzi per conseguire una migliore certezza, compresa una valutazione dell'eventualità che ciascun ricorrente successivo approfitti, in linea di principio, dei risultati di non più di una procedura di questo tipo.

Il Parlamento è stato del parere che gli acquirenti diretti e indiretti che intendano esercitare il loro diritto, sia nell'ambito di cause di risarcimento autonome che di cause instaurate con riferimento a un precedente accertamento da parte dell'autorità pubblica, debbano avere la possibilità di ricorrere a “*domande individuali*” o “*azioni collettive rappresentative*”, che possono essere intraprese anche nella forma di "test case".

Inoltre, il Parlamento ha ritenuto che, al fine di evitare un abuso delle controversie, gli Stati membri dovrebbero concedere la facoltà di ricorrere all'azione rappresentativa ad organi statali, come il difensore civico, o ad enti legittimati, come le associazioni dei consumatori, ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 1998, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori e che per avviare dette azioni rappresentative debba essere presa in considerazione un'abilitazione ad hoc, soprattutto per le associazioni commerciali che intentano azioni di risarcimento dei danni a nome delle imprese. Ha altresì chiesto che solo una cerchia chiaramente delimitata di persone sia legittimata a partecipare all'azione collettiva di risarcimento e che l'identificazione dei membri di tale cerchia nel caso di

richieste collettive di consenso preliminare e l'identificazione nel caso di azioni rappresentative intentate da enti qualificati designati in precedenza o abilitati ad hoc devono avvenire entro un determinato periodo di tempo, senza ritardi inutili e nel rispetto della normativa vigente che stabilisce un termine successivo.

Per quanto concerne il risarcimento, il Parlamento ha sottolineato che dovrebbero essere risarciti soltanto i danni realmente subiti ed ha chiesto che, in caso di esito positivo dell'azione, il risarcimento richiesto sia versato al gruppo di ricorrenti identificato, o a persone da loro designate, e che l'ente legittimato possa al massimo ricevere il rimborso delle spese che ha dovuto sostenere per far valere l'azione e possa non essere direttamente o indirettamente una persona designata per la riscossione del risarcimento.

Il Parlamento ha altresì segnalato che, in caso di esito positivo di un'azione individuale, non sono da escludere successivi procedimenti da parte delle Autorità ed ha ribadito che, onde incoraggiare le imprese a risarcire le vittime dei loro comportamenti illeciti, nel modo quanto più rapido ed efficace possibile, alle Autorità Garanti della Concorrenza viene richiesto di tener conto del risarcimento versato o da versarsi in sede di determinazione dell'ammenda da imporre all'impresa accusata. Naturalmente, ciò non dovrebbe inficiare il diritto della vittima ad essere pienamente risarcita per il danno subito o la necessità di conservare il potere deterrente dell'ammenda e che per le imprese ciò non deve comportare lungaggini e incertezze riguardo al carattere definitivo della transazione[30]. L'istituzione ha altresì osservato che una valutazione prima facie del merito di un'azione collettiva dovrebbe costituire una fase preliminare ed ha sottolineato che i ricorrenti di azioni di risarcimento collettive non possono godere di una posizione di vantaggio o di svantaggio rispetto ai ricorrenti individuali; ha chiesto che, nel quadro di meccanismi collettivi di ricorso, sia fatto valere il principio in base al quale l'onere della prova spetta all'attore, nella misura in cui il diritto nazionale applicabile non preveda alleggerimenti dell'onere probatorio o agevoli l'accesso all'informazione e alle prove detenute dall'accusato.

[30] Ha invitato il Consiglio e la Commissione a inserire esplicitamente nel regolamento (CE) n. 1/2003 tali principi relativi alle ammende e a migliorarli ulteriormente, specificandoli, affinché siano conformi ai criteri dei principi giuridici generali.

Il Parlamento ha altresì chiesto che, nell'esame di verifica, la Commissione sia tenuta a concedere alle vittime delle violazioni delle norme comunitarie in materia di concorrenza l'accesso alle informazioni necessarie per intentare azioni di risarcimento e sottolineato che l'articolo 255 del trattato CE e il regolamento (CE) n. 1049/2001 stabiliscono il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni solo alle condizioni stabilite da detto regolamento in particolare all'articolo 4 dello stesso; reputa pertanto che la Commissione debba interpretare il regolamento (CE) n. 1049/2001 di conseguenza o proporre una modifica dello stesso; ha sottolineato che, quando le autorità concedono l'accesso ai documenti, occorre attribuire un'attenzione specifica alla tutela del segreto professionale societario dell'accusato o di terzi e constata la necessità di orientamenti relativamente alle richieste di trattamento favorevole.

Per quanto concerne le decisioni, Il Parlamento è del parere che un tribunale nazionale non debba essere vincolato dalla decisione di un'Autorità nazionale Garante della Concorrenza di un altro Stato membro, fatte salvo le disposizioni che prevedono un effetto vincolante di decisioni adottate da un membro della Rete europea della concorrenza, in applicazione degli articoli 101 e 102 del trattato e in relazione al medesimo oggetto; ha constatato che i programmi di formazione e di scambio dovrebbero portare alla convergenza delle decisioni, affinché accettare le decisioni dell'autorità garante della concorrenza diventi la norma.

In merito alla colpa, ha sottolineato come un'azione a fini risarcitori dovrebbe sempre avere come premessa un atto colposo e come la violazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza debba essere avvenuta quantomeno per negligenza, salvo che la normativa nazionale preveda una presunzione assoluta o una presunzione relativa di colpa nel caso di violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza, assicurando l'applicazione costante e coerente di tale normativa.

Il Parlamento ha visto in maniera positiva:

- il fatto che il risarcimento miri a compensare le perdite e il mancato guadagno, compresi le spese aggiuntive e gli interessi, ed ha chiesto che tale nozione del danno sia stabilita a livello comunitario per meccanismi di ricorso collettivo;
- le attività della Commissione a favore di un quadro di indicazioni non vincolanti per la quantificazione dei danni che potrebbe proficuamente contenere indicazioni sulle

informazioni necessarie per stabilire il calcolo e la loro applicazione in meccanismi di risoluzione delle controversie, ogniqualvolta possibile;

- lo sviluppo di un approccio comune a livello comunitario sulla cosiddetta "passing-on defence"[31] (trasferimento);
- l'ammissibilità del trasferimento come difesa, notando che l'onere della prova per tale argomento a difesa incombe sulla persona lesa e che i tribunali possono ricorrere alle norme consolidate a livello nazionale in relazione al nesso di causalità e al nesso di responsabilità, al fine di conseguire decisioni giuste nei casi singoli. Ha suggerito che siano proposti degli orientamenti relativi alla misura in cui l'acquirente indiretto, e in particolare l'ultimo acquirente indiretto, possa fare affidamento sulla presunzione confutabile che un sovrapprezzo illegale è stato totalmente trasferito al suo livello;
- il fatto che in caso di infrazione continuata o ripetuta, i termini di prescrizione debbano decorrere dal giorno in cui l'infrazione cessa o dal momento in cui si possa ragionevolmente presumere che la vittima sia a conoscenza dell'infrazione, se successiva; ha sottolineato che i termini di prescrizione sono utili anche per garantire la certezza del diritto e che, pertanto, in caso non venga proposta un'azione pubblica o privata, deve essere applicato un termine di prescrizione assoluto di cinque anni;
- il fatto che la durata dei termini di prescrizione per le azioni individuali di risarcimento debba essere definita in base al diritto nazionale ed ha chiesto che tale criterio si applichi anche alle azioni intentate con riferimento a un precedente accertamento dell'infrazione; ha constatato che non sono pregiudicate le normative degli Stati membri che disciplinano la sospensione o l'interruzione del termine di prescrizione;
- che siano gli Stati membri a dover stabilire le proprie norme in materia di ripartizione delle spese; ha ritenuto che debba essere lasciato agli Stati membri il compito di valutare se assicurare o meno che l'asimmetria di risorse fra il ricorrente e il convenuto

[31] Il fenomeno della traslazione del danno (cd passing on) è direttamente imputabile alla struttura del mercato. Le varie relazioni verticali che legano il processo produttivo a quello distributivo e che permettono alle imprese di raggiungere il consumatore finale sono necessariamente collegate tra loro. Di conseguenza, ciò che avviene al livello superiore della catena del valore (ad es. un aumento del prezzo imputabile ad un accordo illecito ai sensi delle regole antitrust) tende a ripercuotersi al livello successivo della catena distributiva e, almeno astrattamente, fino al consumatore finale.
Da una prospettiva giuridica, il fenomeno assume una grande rilevanza sia dal punto di vista procedurale (ad es. per quel che riguarda l'identificazione dei legittimati attivi e passivi) che sostanziale (ad es. con riferimento alla precisa individuazione ed esatta quantificazione del danno antitrust subito).
Tale fenomeno, inoltre, è spesso utilizzato in chiave difensiva dal convenuto per contrastare la tesi dell'attore volta ad ottenere il risarcimento del danno antitrust imputato all'asserita intesa anticoncorrenziale (cd passing-on defence). Infatti, se il convenuto riesce a dimostrare in giudizio (spesso attraverso il ricorso a modelli econometrici) che il danno patrimoniale lamentato dall'attore è stato in realtà interamante trasferito al livello distributivo sottostante, questi perderà la legittimazione attiva, non avendo di fatto subito alcun danno o il danno lamentato in giudizio risulterà notevolmente ridimensionato. L'utilizzo dell'argomentazione della traslazione del danno al livello distributivo successivo può avere anche una connotazione non difensiva e servire all'attore danneggiato per chiedere in giudizio il risarcimento dei danni che l'operatore intermedio gli ha procurato attraverso il trasferimento del danno patrimoniale (offensive passing on).

nei procedimenti legali non sia un deterrente dall'intentare azioni ben fondate per danni e osserva che l'accesso alla giustizia deve essere equilibrato mediante misure rigorose, volte a prevenire abusi, fra l'altro con azioni moleste, vessatorie o diffamatorie.

Il Parlamento ha altresì invitato la Commissione, al fine di non minare ma bensì agevolare l'esercizio del diritto delle vittime ad avviare azioni per il risarcimento dei danni, come priorità, ad evitare che i procedimenti relativi a cartelli e in materia di concorrenza siano abbandonati ma anzi a portare tutti i procedimenti importanti ad una conclusione adeguata e con una decisione chiara.

### 1.6. La Bozza di documento di orientamento sulla quantificazione del danno nelle azioni per il risarcimento del danno causato dalla violazione degli articoli 101 o 102

Nel Libro verde del 2005 sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, la Commissione ha identificato le difficoltà nel quantificare il danno individuale come uno dei problemi fondamentali in questo tipo di azioni.

Nel Libro bianco del 2008, ha annunciato l'intenzione di elaborare un quadro di indicazioni pratiche e non vincolanti per la quantificazione del danno subito nel contesto di tali azioni. Questa intenzione è stata accolta favorevolmente da un gran numero di parti interessate.

In preparazione di tali indicazioni non vincolanti e al fine di adattarle alle esigenze pratiche dei giudici e delle parti nei casi di risarcimento danni per violazione delle norme antitrust, la Direzione Generale della Concorrenza ha fatto appello alle conoscenze di accademici ed esperti che operano in campo giuridico ed economico ed ha analizzato le attuali prassi di quantificazione del pregiudizio subito in una serie di cause dinanzi ai giudici nazionali.

Su tale ha preparato un documento di riflessione, che offre una panoramica dei danni subiti da diverse categorie di soggetti a causa di una violazione delle norme UE antitrust, e presenta alcuni metodi e tecniche attualmente disponibili per quantificare il pregiudizio subito.

Si riportano pertanto le linee guida del documento.

- *Il diritto al risarcimento del danno*

I soggetti che hanno subito un danno a causa di un'infrazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) hanno il diritto di ricevere un risarcimento.

La Corte di Giustizia dell'UE ha stabilito che tale diritto viene garantito dal diritto primario dell'UE.

"Risarcimento" significa ripristinare il soggetto danneggiato nella posizione in cui si sarebbe trovato in assenza dell'infrazione. Per questa ragione, il risarcimento non copre soltanto la perdita effettivamente subita (damnum emergens), ma anche il mancato guadagno (lucrum cessans) e il pagamento degli interessi.

Il concetto di “effettività del danno” implica una riduzione del patrimonio di un individuo, mentre “mancato guadagno” significa che non vi è stato un aumento del patrimonio, che si sarebbe invece verificato in assenza dell’infrazione.

In assenza di una disciplina in materia a livello dell’Unione, è compito degli ordinamenti giuridici interni di ciascuno Stato membro definire norme dettagliate che disciplinino l’esercizio del diritto al risarcimento garantito dal diritto dell’Unione europea.

Tali norme non devono però rendere eccessivamente difficile, o praticamente impossibile, l’esercizio dei diritti conferiti ai singoli dalla normativa UE (principio di effettività) e non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano le azioni per il risarcimento del danno causato dalla violazione di diritti simili conferiti dal diritto nazionale (principio di equivalenza).

➢ *Norme nazionali sulla quantificazione e presente documento di orientamento*

In un’azione di risarcimento del danno subito a causa di un’infrazione dell’articolo 101 o 102 TFUE, i giudici nazionali devono definire l’importo da accordare all’attore nel caso in cui la domanda sia fondata. Spesso però è difficile valutare e dimostrare il quantum dei danni nelle azioni di risarcimento, specialmente in materia di concorrenza.

Il diritto nazionale, definito e applicato conformemente alle disposizioni e ai principi della normativa UE, determina il quadro normativo in cui i giudici espletano la propria funzione di definire le controversie tra le parti.

Con riferimento alla quantificazione dei danni, tale quadro normativo comprenderà, ad esempio, alcune norme sui seguenti aspetti:

• le voci di danno soggette a risarcimento e le norme generali di responsabilità che disciplinano tali richieste;

• i requisiti come la causalità o la prossimità, che definiscono un collegamento tra l’atto illecito e il danno, a giustificazione del fatto che l’autore dell’infrazione è ritenuto responsabile per il risarcimento del danno causato;

• il quadro procedurale in cui vengono giudicate le domande di risarcimento (generalmente le norme nazionali prevedono la ripartizione dell’onere della prova e delle responsabilità delle parti di addurre argomentazioni fattuali dinanzi al giudice);

• il livello di elementi di prova adeguato, che può variare in base alle varie fasi del procedimento ed essere anche diverso nelle questioni relative alla responsabilità per danni e al quantum dei danni stessi;

• la misura e le modalità secondo cui i giudici hanno la facoltà di quantificare il danno subito sulla base delle stime più attendibili o di considerazioni equitative; e

• l'ammissibilità e il ruolo delle prove (e, in particolare, delle perizie tecniche) nelle azioni civili e nella loro valutazione.

Nell'ambito del proprio quadro normativo di riferimento, i legislatori e i giudici hanno spesso adottato un approccio pragmatico per quanto riguarda la determinazione dell'entità del danno da risarcire. Ad esempio, essi hanno definito presunzioni e consentito il trasferimento dell'onere della prova nel momento in cui, ad esempio, una parte è in grado di produrre un numero sufficiente di fatti e prove.

La normativa degli Stati membri può inoltre prevedere che i profitti illeciti realizzati dalle imprese autrici dell'infrazione rientrino (direttamente o indirettamente) nella stima del danno subito dalle parti.

Lo scopo del documento di orientamento è quello di mettere a disposizione dei giudici, e delle parti coinvolte in azioni per il risarcimento del danno, conoscenze economiche e pratiche che potrebbero rivelarsi utili nell'applicazione delle norme e delle prassi nazionali. A questo scopo, il documento di orientamento fornisce indicazioni in merito al danno causato da pratiche anticoncorrenziali proibite dal trattato, nonché informazioni sulle principali metodologie e tecniche per la quantificazione di tale danno. Inoltre, potrebbe aiutare le parti a raggiungere una risoluzione consensuale delle proprie controversie, sia nel contesto, sia al di fuori di procedimenti giudiziari o tramite meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie.

Il documento ha un carattere puramente informativo, non è vincolante per i giudici nazionali e non modifica il quadro giuridico applicabile negli Stati membri in materia di azioni per il risarcimento del danno fondate sull'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE. In particolare, la legislazione nazionale, di concerto con i summenzionati principi normativi dell'UE di effettività ed equivalenza, determina se e quali tra i metodi e le tecniche descritti nel presente documento siano considerati applicabili dinanzi ai tribunali degli Stati membri.

Tra le considerazioni rilevanti potrebbero rientrare, ad esempio, la conformità di una determinata metodologia o tecnica con gli standard richiesti in base alle normative nazionali, la possibilità, per la parte che ha l'onere della prova, di disporre di dati sufficienti per applicare il metodo o la tecnica, nonché la proporzionalità degli oneri e dei costi al valore della domanda di risarcimento in questione.

Potrebbero emergere difficoltà eccessive nell'esercizio del diritto al risarcimento del danno garantito dalla normativa UE e, di conseguenza, preoccupazioni relative al principio di effettività, ad esempio, a causa di costi sproporzionati o di requisiti eccessivamente gravosi in merito al livello di certezza e precisione di una quantificazione del danno subito.

In casi specifici, i giudici nazionali possono utilizzare prove dirette per quantificare il danno, come ad esempio i documenti prodotti da un'impresa autrice dell'infrazione nell'ambito della propria attività, relativi agli aumenti di prezzo pattuiti e alla loro attuazione, oppure i documenti attestanti lo sviluppo della propria posizione di mercato.

La disponibilità di tali elementi probatori può rivestire un ruolo importante nel momento in cui un giudice decide se, e quali, metodi e tecniche di seguito definite devono essere utilizzate da una parte per soddisfare il livello di prova richiesto dalla normativa applicabile.

Il documento di orientamento non contiene considerazioni a sfavore dell'utilizzo di tali prove dirette o di approcci più pragmatici, o elementi che incrementino o riducano il livello di prova o il grado di dettaglio delle argomentazioni di fatto richieste alle parti nell'ambito degli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

In base alle norme applicabili e conformemente ai principi di effettività ed equivalenza (anche nei casi in cui i giudici siano chiamati a emettere una sentenza sulla base di stime approssimative o di considerazioni equitative), le parti potrebbero limitarsi a fornire fatti e prove in merito al quantum dei danni che sono meno dettagliati rispetto alle metodologie e alle tecniche discusse nel presente documento di orientamento.

Si osservi inoltre che le conoscenze di natura economica relative al danno causato da violazioni delle norme antitrust e le tecniche per la quantificazione del danno possono evolversi nel tempo, di pari passo con le ricerche teoriche ed empiriche e la prassi giudiziaria in materia.

- *Il risarcimento*

Il risarcimento del danno subito mira a mettere il soggetto danneggiato nella posizione in cui si sarebbe trovato qualora non si fosse verificata l'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE.

Pertanto, la quantificazione del danno subito richiede che venga effettuato un confronto tra la posizione reale del soggetto danneggiato e la posizione in cui tale soggetto si sarebbe

trovato in assenza dell'infrazione. A volte, questa valutazione viene chiamata "analisi differenziale" (detta anche *but-for analysis*)[32].

La questione principale nella quantificazione del danno da violazione delle norme antitrust è quella di definire cosa sarebbe probabilmente successo in assenza dell'infrazione. Tuttavia, non è possibile osservare questa situazione ipotetica ed è quindi necessario ricorrere a una stima per creare uno scenario di riferimento realistico con cui confrontare la situazione reale. Questo scenario di riferimento può chiamarsi "scenario di non infrazione" o "scenario controfattuale" (detto anche *counterfactual scenario*).

Il tipo di danno per cui l'attore richiede un risarcimento determina la tipologia di variabili economiche da considerare (come, ad esempio, prezzi, volumi delle vendite, utili, costi o quote di mercato). Ad esempio, nel caso di un cartello che genera un aumento dei prezzi per i clienti dei partecipanti al cartello, sarà necessario elaborare una stima del prezzo di non infrazione, così da poter disporre di un elemento di riferimento per effettuare un confronto con il prezzo effettivamente corrisposto dai clienti. In caso di abuso di

[32] Sul tema, *Anna Genovese,* Funzione e quantificazione del risarcimento, Considerazioni relative al danno da illecito antitrust, 2007 "L'utilizzo della nozione di danno patrimoniale differenziale non risolve i problemi di appropriata quantificazione del risarcimento. Il ricorso a tale nozione, peraltro, rimane irrinunciabile. La quantificazione del risarcimento richiede sempre l'accertamento, in contraddittorio fra le parti, di una differenza negativa (o perdita) fra la situazione patrimoniale (sfavorevole per il danneggiato) che si è determinata a seguito dell'illecito e quella che si sarebbe determinata in mancanza dell'illecito.

La ricostruzione della situazione che si sarebbe determinata in mancanza dell'illecito, però, è frutto di valutazioni giuridiche: valutazioni che attengono anche alla natura dell'interesse protetto attraverso la responsabilità e all'intensità di tale protezione, sia in assoluto sia in relazione alla condotta del danneggiante. Queste valutazioni consentono di stabilire quali argomenti e quali prove, indiziarie o logiche, oltre che fattuali, il danneggiato possa proporre per accreditare una determinata quantificazione del risarcimento, e quali contro argomenti e contro prove il danneggiante possa eccepire.

E' evidente poi che tanto più la perdita economica - che è il presupposto essenziale, se anche non unico, perché si possa parlare di danno ingiusto e risarcibile - ha carattere intangibile (ovverosia: interessa ricchezza intangibile) tanto più ardui per l'attore danneggiato e contestabili a cura del convenuto danneggiante risulteranno i ragionamenti necessari per ricostruire la situazione patrimoniale che si sarebbe determinata in mancanza dell'illecito. Del resto, è noto che tutte le vicende economiche relative alla ricchezza intangibile sono complesse, difficili da decifrare, solo in parte conosciute e, nell'andamento, suscettibili di previsione solo approssimativa. Ciò ovviamente non esclude, nei fatti, che l'economia ruoti prevalentemente intorno alla creazione e allo sfruttamento di risorse di questo tipo (*intangible assets*); e che gli ordinamenti dei paesi industrializzati in vari modi proteggano queste attività. Appare perciò del tutto coerente anche con le finalità della responsabilità civile che perdite di questo tipo di ricchezza, se ingiuste, siano risarcite (e, in tal modo, una volta di più monetizzate). Sorge però il problema di tradurre la perdita economica di ricchezza intangibile in un "*quantum*" di danno patrimoniale risarcibile e di quantificare il risarcimento che lo compensa.

Per risolvere questo problema, a mio parere, è utile tenere presente che la compensazione è ottimale, secondo gli assunti della scienza economica, se rende il danneggiato indifferente all'illecito. Ciò significa che la tutela aquiliana compensativa, nei confronti del danno patrimoniale, deve attribuire al danneggiato utilità (monetarie) che, tenuto conto di tutte le circostanze rilevanti16, possono, con ragionevole approssimazione, sostituire le utilità (patrimoniali in senso lato) che egli ha ingiustamente e definitivamente perduto.

Va dunque riconosciuto che nessun risarcimento elimina la perdita economica (intesa come distruzione di ricchezza o come mancata creazione o appropriazione di ricchezza) prodotta dall'illecito, e che la responsabilità non può, come una moviola, riportare il danneggiato nella situazione in cui si trovava prima dell'illecito. Il rimedio muta soltanto, per una parte che va opportunamente determinata, l'allocazione soggettiva (provvisoria) di una parte di ricchezza monetaria liquida ed esistente. E' importante perciò che, avendo specifici costi di implementazione, sia applicato solo quando c'è una valida ragione sociale (ingiustizia e imputabilità del danno) per la traslazione e sia applicato in misura congrua, non solo dal punto di vista dei soggetti coinvolti (finalità compensativa), ma anche dal punto di vista generale (massime esternalità positive in termini di appropriata deterrenza). Ciò vale sempre e, a più forte ragione, quando l'entità della perdita economica effettiva sia irrimediabilmente incerta perché riguarda ricchezza intangibile.

posizione dominante con una conseguente esclusione di imprese concorrenti dal mercato, la perdita di utili per le imprese concorrenti può essere calcolata confrontando il fatturato effettivo e i margini di profitto con quelli che sarebbero stati probabilmente realizzati in assenza dell'infrazione.

È impossibile conoscere con certezza l'evoluzione esatta di un mercato nel caso in cui non si fosse verificata l'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE. I prezzi, i volumi delle vendite e i margini di profitto dipendono da una serie difficilmente stimabile di fattori e interazioni complesse tra gli operatori del mercato. La stima dello scenario ipotetico di non infrazione si baserà, per definizione, su una serie di ipotesi.Nella pratica, la mancata disponibilità o l'inaccessibilità dei dati andrà spesso ad aggiungersi a questa limitazione intrinseca.

Per queste ragioni, la quantificazione del danno nei casi relativi alla concorrenza è, per sua stessa natura, soggetta a limiti considerevoli per quanto riguarda il livello atteso di certezza e precisione. Non è possibile infatti determinare un singolo valore "reale" del danno subito, ma possono essere formulate esclusivamente le stime più attendibili sulla base di ipotesi e approssimazioni.

Le norme giuridiche nazionali applicabili e la loro interpretazione dovrebbero rispecchiare questi limiti intrinseci della quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento dovute alla violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, conformemente al principio di effettività del diritto dell'Unione europea, così da non rendere praticamente impossibile, o eccessivamente complesso, l'esercizio del diritto al risarcimento del danno garantito dal trattato.

Il documento di orientamento evidenzia una serie di metodi e tecniche sviluppate nei settori economico e giuridico, al fine di definire uno scenario di riferimento opportuno e stimare il valore della variabile economica di interesse (ad esempio, nel caso di un cartello sui prezzi, il prezzo potenziale del prodotto qualora non si fosse verificata l'infrazione).

I metodi e le tecniche sono basati su diversi approcci e variano in termini di presupposti su cui si fondano, nonché di varietà e specificità dei dati necessari. Inoltre, essi differiscono nella misura in cui controllano fattori diversi dall'infrazione, che potrebbero aver influito sulla situazione dell'attore.

Ne risulta che l'applicazione di questi metodi e tecniche potrebbe rivelarsi più o meno difficile, lunga e costosa.

Una volta stimato un valore per le variabili economiche rilevanti (come, ad esempio, prezzo, margini di profitto o volumi delle vendite) nel contesto dello scenario ipotetico di non infrazione, è necessario confrontarlo con le circostanze reali (ad esempio, il prezzo effettivamente corrisposto dal soggetto danneggiato) per poter così quantificare il danno causato dall'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE. Il riconoscimento degli interessi, conformemente alle norme nazionali applicabili, è una componente fondamentale del risarcimento per il danno subito a causa della violazione dei diritti conferiti dal trattato. Come sottolineato dalla Corte di giustizia, il pieno risarcimento per il danno subito deve includere l'indennizzo per gli effetti negativi risultanti dal lasso di tempo intercorso dal verificarsi del danno causato dall'infrazione. Tra questi effetti rientrano "la svalutazione monetaria" e "la perdita della possibilità" per il soggetto danneggiato di poter disporre dei capitali.

La normativa nazionale può tenere conto di questi effetti sotto forma di interessi legali o altre forme di interessi, nella misura in cui siano conformi ai principi summenzionati di effettività ed equivalenza.

### 1.7. Le sentenze della Corte di Giustizia Europea

L'azione di risarcimento del danno fondata su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza, come già evidenziato, è un rimedio che ha origine giurisprudenziale.

Tale azione ha rappresentato un passo necessario ed ulteriore nell'evoluzione delle regole di concorrenza verso l'effettività, ed è intimamente legata ad un altro principio di origine giurisprudenziale: il principio della diretta applicabilità degli articoli 101 e 102 del Trattato.

Solo attraverso il riconoscimento della diretta applicabilità delle regole di concorrenza nei rapporti tra privati (oggi sancita dall'articolo 6 del Regolamento 1/2003 anche per il terzo paragrafo dell'articolo 81 CE), la Corte di Giustizia ha potuto introdurre l'azione di risarcimento del danno subito da un operatore economico (impresa o consumatore) a seguito di un'illecita restrizione della concorrenza nel mercato unico.
Tale diritto fu riconosciuto espressamente dalla Corte di giustizia nella sentenza *Courage* (2001) e poi consolidato nella sentenza *Manfredi* (2006).

Il diritto ad ottenere il risarcimento del danno antitrust ha, dunque, affiancato e rafforzato la sanzione della nullità prevista dal Trattato per le illecite distorsioni della concorrenza, completando il lato privatistico della reazione dell'ordinamento giuridico comunitario.

La possibilità di invocare dinnanzi ad un giudice nazionale l'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza in una controversia tra privati e di chiedere il risarcimento del danno patrimoniale subito a seguito di una violazione delle stesse, rappresenta, di per sé, uno dei momenti più avanzati della confluenza e della integrazione tra l'ordinamento giuridico comunitario e quello interno di ciascuno Stato membro.

Difatti, le azioni giudiziali fondate sul diritto comunitario della concorrenza sono *azioni nazionali* che potremmo definire *complesse*, poiché sono disciplinate dalle norme processuali dello Stato membro nel quale vengono promosse e, allo stesso tempo, da alcune disposizioni imperative di diritto comunitario.
Del resto, quando le giurisdizioni nazionali agiscono nell'ambito del diritto comunitario esse sono tenute ad osservare oltre alle norme nazionali, rilevanti ai fini della definizione del caso di specie, *anche* le norme imperative ed i principi generali del diritto comunitario.

Tale fenomeno è di solito descritto ricorrendo all'immagine geometrica del *parallelismo* dell'applicazione delle regole. Nel diritto antitrust si può apprezzare un po' più facilmente come tale parallelismo sia solo apparente dal momento che i piani sui quali operano il diritto comunitario e quello nazionale sono leggermente diversi, inclinati quanto basta per creare una illusione prospettica. La diversità dei piani è sancita dal principio generale della supremazia del diritto comunitario rispetto a quello nazionale.
Secondo tale principio, come è noto, i giudici nazionali devono disapplicare qualsiasi disposizione di diritto interno che risulti in contrasto con una norma comunitaria. Tale regola opera, ovviamente, a favore dell'ordinamento comunitario lasciando il diritto nazionale in una situazione di soggezione. Una soggezione che, dalla prospettiva comunitaria si rivela necessaria per (cercare di) garantire uniformità ed effettività nell'applicazione delle regole del Trattato da parte delle giurisdizioni e delle autorità di concorrenza nazionali dei ventisette Paesi che delimitano, al momento, il mercato comune.

La sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Courage* nel settembre 2001 rappresenta la prima tappa per il cambio di prospettiva che ha condotto ad abbandonare le posizioni ostili alla legittimazione privata alle azioni antitrust.

E' quindi necessario partire dai fatti per poi esporre delle considerazioni.

Nel 1990 la Courage, una fabbrica di birra che nel Regno Unito deteneva quote pari al 19% del mercato della vendita di birra, e la Grand Metropolitan, una società che aveva diversi interessi nel settore alberghiero e della ristorazione, si accordavano per la fusione dei pub, da esse concessi in locazione. A tal fine, i rispettivi esercizi venivano trasferiti alla Inntrepreneur Estates Ltd (di seguito "IEL"), una società posseduta in parti uguali dalla Courage e dalla Grand Metropolitan. Un accordo stipulato tra la IEL e la Courage prevedeva che tutti i locatari della IEL dovessero acquistare la loro birra esclusivamente dalla Courage. Quest'ultima era tenuta a fornire i quantitativi di birra ordinati al prezzo specificato nel listino prezzi di riferimento. La IEL sottoponeva un contratto tipo di locazione agli esercenti del pub. Se il livello del canone poteva costituire oggetto di trattativa con il potenziale locatario, l'obbligo di acquisto esclusivo e le altre clausole del contratto non erano negoziabili.
Nel 1991 il Sig. Crehan stipulava con la IEL due contratti di locazione ventennali contenenti le suddette clausole di acquisto esclusivo a favore della Courage con

indicazione di quantitativi minimi di approvvigionamento. L'esercente doveva acquistare un quantitativo minimo delle birre specificate e la IEL acconsentiva a che i tipi di birra specificati fossero forniti all'esercente dalla Courage ai prezzi risultanti dal listino prezzi di quest'ultima.

Nel 1993 la Courage intentava un'azione giudiziaria nei confronti del sig. Crehan reclamando da questi il pagamento delle somme relative alle forniture di birra rimaste insolute; il sig. Crehan, dal suo canto, contestava la fondatezza delle avverse pretese sostenendo che l'obbligo di acquisto esclusivo integrava una violazione del divieto di intese sancito dall'art. 81 del Trattato (oggi 101) per i suoi effetti restrittivi della concorrenza: in particolare, egli eccepiva, facendo leva sulla giurisprudenza conforme della Corte di Giustizia, che tale clausola imposta dalla Courage risultava in realtà riprodotta nella gran parte dei contratti esistenti sul mercato britannico tra produttori e esercenti dei pub e, dunque, contribuiva a determinare un effetto di blocco per qualunque produttore che avesse voluto fare ingresso sul mercato della distribuzione di birra attraverso lo specifico canale dei pub. Su queste basi il Sig. Crehan proponeva altresì domanda riconvenzionale per il risarcimento dei danni.

In questo contesto, la Corte inglese ha adito la Corte di Giustizia, al fine di avere, in sede pregiudiziale, risposta a quattro quesiti:

- la prima riguardava l'interpretazione dell'art. 81 CE (ex art. 85, oggi 101), se dovesse essere interpretato nel senso che una delle parti di un contratto illecito di locazione di un bar, contenente una clausola di esclusiva, può far valere tale norma per ottenere una tutela giurisdizionale nei confronti della controparte;
- la seconda riguardava la legittimazione da parte di chi chiedeva tutela ad ottenere un risarcimento dei pretesi danni subiti a seguito del suo assoggettamento alla clausola contrattuale vietata ai sensi dell'art. 81 (oggi 101);
- la terza riguardava la risoluzione di problemi di compatibilità tra ordinamenti nazionale e comunitario: in particolare, se una norma dell'ordinamento nazionale, ai sensi della quale i giudici non debbono consentire ad un oggetto di far valere propri atti illeciti e/o fondarsi su di essi come presupposto per ottenere un risarcimento danni, debba essere considerata compatibile con il diritto comunitario;
- la quarta, correlata alla terza, in caso di incompatibilità, quali siano le circostanze che il giudice nazionale dovrebbe prendere in considerazione.

Ai quesiti sono state fornite le seguenti soluzioni:

- una parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 85 del Trattato (poi 81 ed oggi 101) può far valere la violazione di tale norma al fine di ottenere una tutela giurisdizionale nei confronti della controparte;
- l'art. 85 (poi 81 ed oggi 101) del Trattato osta ad una norma di diritto nazionale che vieti a chi è parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza, ai sensi di tale articolo, di chiedere il risarcimento di un danno causato dall'esecuzione del detto contratto per il solo motivo che il richiedente è parte di quest'ultimo;
- il diritto comunitario non osta ad una norma di diritto nazionale che neghi a chi è parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento danni, qualora sia accertato che tale parte ha una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza.

La sentenza della Corte un principio giuda di notevole importanza per l'evoluzione del *private enforcement* negli ordinamenti degli Stati Membri, riconoscendo in linea di principio una legittimazione alle azioni di risarcimento antitrust estesa a qualunque categoria di potenziali attori: ad essere potenzialmente esclusi, come si visto, sono eventualmente quei soggetti che condividano una responsabilità significativa nella violazione della concorrenza, sempre che la normativa interna di uno Stato Membro individui tale circostanza come un limite alla legittimazione risarcitoria e preveda un analogo trattamento nel caso di violazioni della normativa interna.

E' opportuno porre l'attenzione su alcune questioni interpretative sollevate dalla pronuncia della Corte che assumono particolare rilievo.

In particolare, la dottrina ha evidenziato le difficoltà, da un lato, di armonizzare i principi di diritto espressi dalla Corte nel caso *Courage* con la fattispecie sostanziale dinanzi ad essa dedotta e dall'altro, di individuare da un punto di vista sistematico le categorie giuridiche di riferimento per tradurre e rendere operativi i principi in questione all'interno del nostro ordinamento.

Sotto il primo profilo, al centro dell'attenzione degli interpreti si sono posti i profili negoziali della vicenda, affrancati dalla questione delle intese a valle. Nel caso concreto

sono proprio l'accordo di locazione e la clausola di esclusiva in esso contenuto a integrare la violazione del diritto antitrust e ad essere pertanto colpiti da nullità, senza che a tal fine venga in rilievo ciò che avviene da un punto di vista contrattuale a monte o a valle dell'accordo. In tale contesto ci si è interrogati sulla correttezza dell'approccio seguito dalla Corte che riconduce l'accordo di locazione alla categoria dell'intesa antitrust.
L'intesa anticoncorrenziale infatti presuppone una situazione in cui due soggetti indipendenti condividano la volontà di attuare una politica, di perseguire un obiettivo o di adottare un preciso comportamento nel mercato. Tale requisito sembrerebbe mancare nel caso *Courage* dove l'attore, a detta della Corte, si trova in una grave posizione di inferiorità nei confronti della controparte, tale da compromettere seriamente la sua libertà di negoziare le clausole del contratto e di evitare o limitare le conseguenze pregiudizievoli che ne derivano .

Sotto il secondo profilo, si è evidenziato come, adottando le categorie giuridiche del diritto nazionale, sia difficilmente individuabile nel caso di specie un nesso sufficientemente solido tra la violazione antitrust dedotta e la natura della responsabilità da cui deriva il diritto al risarcimento del danno. Se si configura, infatti, la responsabilità accertata dalla Corte a carico della Courage in chiave contrattuale, essa assumerebbe le sembianze di una responsabilità da pieno adempimento delle prescrizioni contrattuali (non è infatti in discussione che la società abbia sempre ottemperato ai suoi obblighi di approvvigionamento di birra); se si fa invece riferimento ai canoni della responsabilità extracontrattuale, l'elemento illecito dovrebbe individuarsi non tanto nel contratto ma nel comportamento unilaterale della Courage che, sfruttando il suo potere di mercato, ha imposto la clausola di approvvigionamento esclusivo. Tuttavia il preteso abuso del proprio potere di mercato da parte della Courage non costituisce certo l'oggetto della violazione dedotta dinanzi alla Corte e comunque non sarebbe stato in grado di assumere alcun rilievo da un punto antitrust, visto che Courage non deteneva una posizione dominante sul mercato (elemento indispensabile per configurare una violazione dell'art. 102 del Trattato).

Altra parte della dottrina, dello stesso avviso, partendo proprio dalle difficoltà di adattare le categorie interne della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ai principi stabiliti dalla Corte di Giustizia, ha ritenuto che il giudice nazionale disporrebbe di strumenti diversi e più conferenti per "adeguare" l'ordinamento nazionale ai dettami del Giudice di Lussemburgo e rendere così immediatamente azionabile il diritto al

risarcimento del danno di derivazione comunitaria sistema interno. Anche secondo questa ricostruzione, pertanto, la fonte di tale responsabilità sarebbe da individuarsi al di fuori del negozio (ossia dell'intesa illecita) e in particolare nella violazione da parte del soggetto forte del rapporto del vincolo di buona fede e degli obblighi di protezione e conservazione della sfera giuridica del soggetto in situazione di "dipendenza economica" che sorgono indipendentemente (e precedentemente) rispetto al vincolo negoziale.
In realtà le incongruenze sistematiche e le difficoltà ricostruttive rilevate in dottrina sembrano in realtà riconducibili alla comune percezione di un profondo scollamento tra la violazione antitrust sottostante e il diritto al risarcimento riconosciuto dalla Corte alla parte debole del rapporto.

Dalla motivazione della sentenza risulta chiaro che la decisione di aprire la legittimazione antitrust a tutte le categorie di potenziali attori (inclusi coloro che a norma del diritto nazionale inglese ne sarebbero rimasti esclusi) non è esclusivamente riconducibile al mero interesse dell'ordinamento comunitario alla tutela specifica della vittime di una violazione antitrust.

In particolare, la sentenza opera un espresso riferimento al notevole contributo che le azioni antitrust da parte dei privati sono in grado di apportare per la repressione delle condotte anticoncorrenziali, affiancandosi all'attività svolta sul piano pubblicistico dalle autorità investigative specificamente preposte a tale tutela.
La posizione assunta dalla Corte appare pertanto influenzata anche da motivi contingenti di vera e propria *policy* della politica di concorrenza comunitaria : in un contesto di scarsa propensione dei privati all'azione antitrust, l'ampliamento della sfera dei legittimati sul piano civilistico veniva percepito come un tassello funzionale ad incrementare l'effettività dell'*enforcement* della normativa antimonopolistica[33] .

Il caso *Manfredi* (2006) rappresenta per il diritto comunitario il *leading case* in materia di azioni di danno antitrust non soltanto perché consolida la giurisprudenza del caso *Courage* (2001) ma anche perché filtra, alla luce del diritto comunitario, alcuni degli aspetti più controversi delle azioni private antitrust, come ad esempio la legittimazione ad agire, il nesso di causalità, il computo del termine di prescrizione delle azioni e l'obbligo del giudice nazionale di liquidare i danni punitivi.

[33] In questi stessi termini S. BASTIANON, *op. cit.* (nt. 65), p. 1155 secondo cui "*la piena efficacia del diritto comunitario, da semplice appendice del principio della competenza esclusiva dei giudici nazionali in subjecta materia, assurge al rango di vera e propria chiave di volta dell'istituto della responsabilità civile in ambito antitrust, attribuendo al risarcimento dei danni il ruolo di presupposto utile delle norme antitrust"*.

Per il diritto nazionale, il caso *Manfredi* così come è stato risolto, alla luce delle indicazioni della Corte di Giustizia, dal Giudice di Pace di Bitonto, rappresenta, al momento, l'unico caso di applicazione opposto ai terzi dell'articolo 101 del Trattato in una azione di danno promossa da un consumatore finale.

La sentenza, quindi, sia che lo si guardi dal versante comunitario che da quello nazionale è di estrema attualità ed interesse.

E' dunque necessario partire dal fatto.

Il caso *Manfredi* appartiene alle numerose domande di risarcimento proposte dai singoli consumatori-assicurati contro le rispettive compagnie d'assicurazione-colluse che parteciparono all'ormai famoso cartello *Rca*. La vicenda, dal punto di vista giuridico, è abbastanza complessa perché sulla questione si sono pronunciati, a vario titolo ed in momenti successivi nel tempo, praticamente tutti gli Organi giudiziari nazionali e come abbiamo anticipato, anche la Corte di Giustizia in via pregiudiziale; i fatti, invece, sono piuttosto semplici da ricordare: nel 2000, con provvedimento n. 8546[34], l'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato condannò le principali compagnie di assicurazione attive nel mercato italiano del ramo *Rca* per aver posto in essere, almeno tra il 1994 ed il 1999, un cartello illecito finalizzato a fissare il prezzo delle polizze d'assicurazione. Poco dopo la

[34] Con provvedimento n. 8546 del 28 luglio 2000, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ( di seguito abbreviata in AGCM) istituita con L. 10 ottobre 1990 n. 287, a conclusione di un istruttoria aperta nel settembre del 1999 e finalizzata all'accertamento delle norme sulla concorrenza da parte di 39 società assicuratrici operanti in Italia nel settore R.C. AUTO, accertava l'esistenza tra numerose imprese di una "*intesa avente quale oggetto di restringere e falsare il gioco della concorrenza nei mercati nazionali dell'assicurazione auto*".
L'istruttoria evidenziava un'attività di scambio di informazioni tra imprese avente ad oggetto i premi commerciali e le condizioni contrattuali realizzata attraverso una società esterna ( RC Log) . Alla luce dei dati acquisiti durante l'inchiesta l'Autorità ha statuito che alcune imprese avevano posto in essere a partire dal 1995 - 1997, in violazione dell'art. 2, comma 2 della legge 287/90, una complessa ed articolata intesa orizzontale, nella forma di una pratica concordata, consistente nello scambio sistematico di informazioni commerciali sensibili tra imprese concorrenti" ed ha ritenuto che " *il circuito informativo istituzionalizzato era idoneo ad incidere in modo decisivo sulle scelte di prezzo a danno dei consumatori*". In pratica l'utente, obbligato ad assicurare il suo veicolo ( L. n. 990 del 1969), vagava invano tra le varie agenzie sperando di trovare variazioni di costo che rendessero conveniente una polizza piuttosto dell'altra.
Non solo, ma il comportamento illegittimo posto in essere dalle imprese ha determinato una maggiorazione del prezzo dei premi stimato dalla stessa A.G.C.M. presumibilmente intorno al 20%.
Le compagnie coinvolte sono state pesantemente sanzionate dall'Antitrust che ha comminato loro una multa di 700 miliardi di vecchie lire.
La vicenda ha avuto un seguito giudiziario che ha visto contrapposto dinanzi al giudice amministrativo le imprese sanzionate dall'Autorità Garante che hanno agito per l'annullamento del provvedimento sanzionatorio dapprima dinanzi al TAR del Lazio e poi dinnanzi al Consiglio di Stato.
Quest'ultimo, con propria sentenza resa in data 26 febbraio 2002, ha confermato la sentenza del giudice di primo grado statuendo la legittimità del provvedimento dell'A.G.C.M. impugnato dalle Compagnie Assicuratrici e ribadendo la sussistenza tra le stesse di una pratica lesiva del libero mercato e della concorrenza.

pubblicazione della decisione, grazie anche all'enorme risonanza che la notizia ebbe nel nostro Paese, furono incardinate varie decine di azioni individuali di risarcimento del danno da parte dei consumatori-assicurati dinnanzi ai giudici nazionali individuati, in alcuni casi, sulla base della competenza per valore stabilita dal codice di procedura civile (Giudice di Pace), in altri sulla base della riserva di competenza esclusiva stabilita dalla legge antitrust (Corte d'Appello).
Fu adito anche il Giudice di Pace di Bitonto, il quale sospese il procedimento avente ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno patrimoniale fondata su una violazione delle regole *nazionali* di concorrenza per proporre una serie di questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia.

Il Giudice di Pace chiese se una pratica contraria al diritto nazionale della concorrenza (articolo 2 della legge 287/90) possa anche costituire una violazione delle regole comunitarie (articolo 81 CE, oggi 101) e sottopose altre quattro questioni di carattere processuale aventi ad oggetto rispettivamente:

- la legittimazione attiva per far valere la nullità di una pratica vietata dal diritto comunitario della concorrenza e per chiedere il risarcimento dei danni subiti;
- la compatibilità dell'art. 33.2 della legge n. 287/1990 con il diritto comunitario;
- il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno;
- l'obbligatorietà per il giudice nazionale di liquidare il danno punitivo.

Come si intuisce, dalla soluzione della prima questione dipende la competenza del Giudice di Pace di Bitonto a conoscere l'azione di danno proposta dall'assicurato. Infatti, la vigente riserva di competenza esclusiva a favore della Corte d'Appello a conoscere in primo (ed unico) grado le controversie basate sulla legge nazionale antitrust (articolo 33.2 della legge 287/90) escluderebbe nettamente la competenza del Giudice di Pace.

Come è noto, in assenza di una espressa previsione del legislatore nazionale, tale regola non è applicabile alle azioni di danno fondate *esclusivamente* sulla violazione del diritto comunitario (in questo caso la determinazione della competenza seguirebbe le ordinarie regole dettate dal codice di procedura civile).

In linea generale, l'individuazione dell'organo competente si regolerà ricorrendo al "*principio dell'onere di allegazione*"[35]. Ci si può interrogare, però, sull'estensione del margine di apprezzamento del giudice in merito all'individuazione d'ufficio della regola di concorrenza violata nella singola fattispecie. A questo proposito, la giurisprudenza comunitaria ha stabilito che "*le giurisdizioni nazionali devono, […], applicare le disposizioni di diritto comunitario della concorrenza anche nei casi in cui la parte interessata alla loro applicazione non ne ha fatto richiesta".*

Tuttavia, il diritto comunitario non impone alle giurisdizioni nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie *"qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda"*.

La questione è di interesse dal momento che nel caso *Manfredi*, il Giudice di Pace di Bitonto ha risolto la controversia *esclusivamente* sulla base del diritto comunitario (violazione dell'articolo 81 del Trattato), mentre parte attrice aveva fondato la propria azione *esclusivamente* sul diritto nazionale della concorrenza (violazione dell'articolo 2 della legge 287/90).

La Corte di Giustizia, risolse in senso affermativo sia la questione relativa all'idoneità di una pratica contraria alle regole nazionali di concorrenza a ledere anche il diritto comunitario, sia la questione relativa alla legittimazione attiva per far valere in giudizio la nullità di una pratica anticompetitiva e per chiedere il risarcimento del danno subito. Di conseguenza, il Giudice di Pace di Bitonto, sulla base delle indicazioni ricevute dalla Corte di Giustizia, si è dichiarato competente a conoscere le quattro controversie principali e ha riconosciuto la legittimazione attiva del consumatore finale sulla base della violazione dell'articolo 81 CE (oggi art. 101).

[35] Secondo tale principio incombe all'attore l'onere di qualificare la controversia come rientrante nello spettro di applicazione della legislazione nazionale/comunitaria e dunque, in base a tale valutazione, sarà l'attore a decidere di incardinare la richiesta di risarcimento presso l'organo ritenuto competente. Il convenuto potrà, eventualmente, eccepire l'incompetenza dell'organo adito sulla base della dimostrazione che la violazione, ad esempio, è *esclusivamente* di rilevanza comunitaria. Per quanto riguarda le azioni fondate sul diritto nazionale della concorrenza *e* su quello comunitario, il principio dell'onere di allegazione continua ad essere valido.

Per quanto concerne il quesito sulla prescrizione, l'accesso alle corti in base allo scorrere del tempo, è uno degli elementi processuali che, difatti, più pesantemente incide sull'effettività dell'applicazione, tra privati, delle regole di concorrenza. Anche su questo aspetto, l'assenza di una disciplina comunitaria uniforme implica l'esistenza di una pericolosa varietà di soluzioni negli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

In linea di principio, un termine di prescrizione troppo breve potrebbe seriamente compromettere l'effettività dell'intero sistema di *private enforcement* comunitario frustrando, allo stesso tempo, le esigenze di tutela dei danneggiati. Al contrario, un termine di prescrizione eccessivamente lungo lascerebbe il danneggiante ingiustamente sovraesposto all'azione giudiziale altrui, il che appare, obiettivamente, in contrasto con la finalità stessa dell'istituto della prescrizione.

Il termine di prescrizione rileva, inoltre, anche ai fini di un'efficace interazione tra *public* e *private enforcement* ed in particolare per l'effettiva proposizione delle azioni *follow-on* in giudizio. Un termine di prescrizione breve potrebbe, in questo caso, portare alla situazione paradossale per cui, una volta che la competente Autorità amministrativa abbia pubblicato la decisione di condanna dell'operatore colluso, l'azione del danneggiato potrebbe essere già preclusa a causa, proprio, dello spirare del termine di prescrizione. Al contrario, un termine di prescrizione lungo favorirebbe la proposizione delle azioni *follow-on* e dunque, in linea di principio, assicurerebbe una maggiore effettività dell'applicazione delle regole antitrust nel loro complesso.

Sulla base di queste considerazioni, la Corte di Giustizia ha stabilito, risolvendo la questione pregiudiziale, che spetta al giudice nazionale verificare se la norma nazionale in materia di prescrizione renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito.

Considerando che nell'ordinamento italiano il termine di prescrizione per un'ordinaria azione di danno extracontrattuale è di cinque anni a partire dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (articolo 2935 c.c.), si trattava di stabilire, nel caso concreto, se tale termine potesse essere ritenuto compatibile con lo standard comunitario.

Il Giudice di Pace di Bitonto, nel risolvere la questione principale, ha ritenuto che *"le domande di parte attrice sono da considerarsi poste più che tempestivamente".* Tale soluzione, più che sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, si fonda sulla natura extracontrattuale dell'azione antitrust il cui termine di prescrizione quinquennale "*decorre dal giorno in cui la pratica anticoncorrenziale è cessata".*

Sul termine di prescrizione dell'azione (nazionale) antitrust è intervenuta recentemente la Corte di Cassazione; la quale ha affermato che *"lo scarto temporale che intercorre tra il momento dell'inflizione del danno ad opera del danneggiante (la stipula del contratto di assicurazione Rca) ed il momento della sua reale percezione da parte del danneggiato, fa rientrare il danno antitrust nella categoria dei danni lungo latenti"*.
L'interpretazione della Cassazione, applicabile anche ai casi antitrust comunitari, sembra favorire il danneggiato e appare in linea con lo standard comunitario dal momento che l'inerzia del danneggiato diventa rilevante ai fini del termine di prescrizione solo quando *"il complesso di informazioni che compone il quadro cognitivo del soggetto leso raggiunge un livello di completezza tale da essere ritenuto sufficiente a consentirgli di esercitare il diritto risarcitorio"*.

Secondo la Corte di Cassazione, l'individuazione del momento in cui il danneggiato abbia adeguatamente maturato la cognizione della illiceità di una condotta/pratica anticompetitiva non può stabilirsi in maniera obiettiva (non potendo coincidere con il momento della pubblicazione del provvedimento dell'Autorità che abbia accertato la violazione nello specifico caso, visto che non è un presupposto necessario dell'azione) ma deve essere accertato dal giudice di merito nel *singolo caso*.

Si apre, così, un fronte molto vasto al contenzioso antitrust coperto solo in parte dalla fragile regola secondo cui, colui che eccepisce l'avvenuta prescrizione, può *"provare l'avvento dell'oggettiva possibilità, per una persona di normale diligenza, di conoscere adeguatamente tutti gli elementi che la pongano in condizione di smettere la sua inerzia"* e di esercitare il diritto al risarcimento.

Per quanto concerne l'ultima questione procedurale sottoposta alla Corte di Giustizia dal Giudice di Pace di Bitonto in merito alla liquidazione del danno punitivo, si andava a toccare una vera e propria "*key difficulty"* del *private enforcement* del diritto comunitario della concorrenza.
Infatti, tanto la quantificazione del danno che la sua liquidazione in giudizio costituiscono due degli aspetti più problematici delle azioni private, a causa non solo delle possibili definizioni di risarcimento (a seconda che siano basate sul concetto di riparazione del danno o di restituzione di un profitto illecito) ma anche delle concrete modalità di quantificazione dello stesso.

Nella maggior parte dei casi antitrust, infatti, entrambi gli aspetti incidono sensibilmente sulla scelta opportunistica del danneggiato di adire le vie giudiziali per ottenere giustizia e condizionano, quindi, direttamente l'effettività del sistema di applicazione privata delle regole comunitarie di concorrenza. Da un punto di vista di politica del diritto, gli incentivi a portare in giudizio un danno antitrust, sono di fondamentale importanza soprattutto quando i potenziali attori sono piccole imprese o consumatori finali. In questi casi, il risarcimento del danno, se inteso come una mera compensazione per una perdita subita, non sarebbe idoneo di per sé, ad incentivare la proposizione delle azioni in giudizio[36].

La questione sottoposta dal Giudice del rinvio verte proprio sulla possibilità da parte del giudice nazionale di liquidare i danni punitivi.

La Corte di Giustizia ha risolto anche questa questione alla luce dei principi di equivalenza e di effettività, stabilendo che ciascuno Stato membro ha il compito di fissare i criteri per la liquidazione del danno, purché tali criteri non risultino meno favorevoli di quelli applicati ad analoghe pretese fondate sul diritto interno e, il risarcimento del danno non venga reso impossibile o estremamente difficile.

Proprio su questo punto, la Corte di Giustizia ha precisato che i danneggiati da un illecito anticompetitivo devono poter chiedere in giudizio, comunque, il risarcimento non solo del danno reale subito (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*) oltre al pagamento degli interessi. Inoltre, un'interessante precisazione viene collocata dalla Corte a chiusura della soluzione della questione: il diritto comunitario "*non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto".*

Tale orientamento, come già evidenziato per il caso *Manfredi*, appare una notazione politica, una sorta di incoraggiamento alla Commissione a portare avanti la proposta

[36] Ad esempio, nel caso del cartello *Rca*, è stato stimato che il sovrapprezzo pagato indebitamente da ciascun assicurato alla propria compagnia di assicurazione collusa è stato (per ogni anno di cartello) un venti per cento maggiore del prezzo concorrenziale. Tale cifra, senza calcolare gli interessi di mora, non raggiunge nella maggior parte dei casi i cento euro. A fronte della modesta entità di un simile danno patrimoniale ci si può legittimamente interrogare sull'opportunità, ovviamente in termini economici, di proporre l'azione in giudizio e di sopportare gli elevati costi dell'assistenza legale oltre l'inevitabile rischio processuale rispetto all'esito del giudizio, aggravato, come è noto, dalla regola della soccombenza. Le imprese colluse, invece, distribuendo un piccolo sovrapprezzo illecito su tutto il loro portafoglio clienti ricavano normalmente da tale tipo di collusione un notevolissimo vantaggio economico. L'iniziativa processuale privata potrebbe essere, da questo punto di vista, incentivata attraverso, ad esempio, l'introduzione di criteri di quantificazione del danno che vadano al di là della mera compensazione della perdita del danneggiato e che attacchino direttamente il beneficio illecito (ed ingiusto) ottenuto dall'operatore colluso attraverso la condotta anticompetitiva.

timidamente inserita nel Libro Verde relativa alla possibilità di prevedere, in caso di violazioni delle norme sui cartelli orizzontali la possibilità di *"raddoppiare il risarcimento del danno in maniera automatica o condizionata a discrezione del tribunale".*

Poiché nel sistema italiano, così come nella maggior parte degli Stati membri, il risarcimento dei danni assolve la funzione di riparazione del pregiudizio causato dal comportamento anticoncorrenziale vietato e non procura, di regola, al danneggiato alcun vantaggio economico. Di conseguenza, il danno punitivo oltre a non essere previsto dal legislatore è persino estraneo alla finalità dell'istituto del risarcimento del danno in quanto tale.
Tale istituto è, infatti, concepito come uno strumento di ristoro del pregiudizio subito (oltre che provato in giudizio) dal danneggiato, senza che possano in alcun modo venire in rilievo funzioni sanzionatorie o repressive, che sono oggetto di riserva di legge.

Del resto, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, per garantire l'effetto utile dell'art. 101 CE non è necessario accordare un risarcimento danni superiore al pregiudizio subito dalla vittima.
A tale riguardo, il giudice comunitario, ha stabilito che, in ossequio al principio di equivalenza, la liquidazione del danno punitivo deve poter essere riconosciuta, nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, solo qualora detto rimedio possa essere esperibile nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno.

Il Giudice di Pace di Bitonto, al momento di liquidare il danno patrimoniale alla vittima dell'illecito antitrust è ricorso alla formula "*l'intesa anticoncorrenziale ha consentito ai partecipi […] di praticare un aumento medio dei premi pari al 20% annuo*".
L'identificazione del danno patrimoniale nel venti per cento del costo totale del premio versato, è un *leitmotiv* nelle sentenze dei giudici nazionali che si sono pronunciati a favore del consumatore finale in una azione civile riconducibile al caso *Rca*. L'origine di tale quantificazione percentuale risiede nel Provvedimento di condanna dell'AGCM sopra citato.

Anche la Corte di Cassazione ha aderito a questa linea interpretativa, identificando il danno patrimoniale nel maggior esborso a carico della vittima dell'illecito antitrust e qualificandolo come una "*perdita di chance"*, come "*la perdita della possibilità di*

*ottenere migliori condizioni di polizza, che sarebbero state disponibili nel mercato se la concorrenza non fosse stata illecitamente falsata o eliminata".*

Il Giudice di Pace di Bitonto, però, si è spinto oltre e, facendo perno sulla notazione della Corte di Giustizia in merito all'estraneità rispetto al diritto comunitario dell'arricchimento senza giusta causa dei danneggianti antitrust, ha stabilito, secondo equità, che "*alla parte attrice deve essere riconosciuta, a titolo di risarcimento danni, una somma di denaro tale da avere anche l'effetto deterrente nei confronti della parte convenuta e di terzi dal porre in essere altre intese o pratiche concordate come quella sanzionata dall'AGCM*". Secondo il Giudice di Pace, "*se il risarcimento dei danni fosse ancorato ai canoni generali […] il principio di effettività del diritto comunitario ne risulterebbe gravemente compromesso, in quanto l'autore dell'illecito, con altissimo grado di probabilità, continuerebbe comunque a trarne profitto".*

Sulla base di tali considerazioni "*il danno da liquidarsi deve essere di entità tale da render certo l'annullamento di qualsiasi vantaggio economico tratto da una pratica […] vietata dall'articolo 81 CE".* Il Giudice di Pace ha quindi liquidato, nei quattro casi incardinati dinnanzi a lui, *"un danno nella misura del doppio rispetto all'ammontare dei premi esatti dalla convenuta in esecuzione dell'intesa anticoncorrenziale".*

Tale soluzione è decisamente innovativa per il sistema giuridico italiano[37].

Il Giudice di Pace di Bitonto ha raddoppiato il danno patrimoniale subito dal signor Manfredi, quantificato in € 889,10 euro.

[37] La Corte di Cassazione rispetto al *quantum* del danno antitrust ha riconosciuto, anche recentemente, che di fronte all'impossibilità "o comunque [al]l'elevata difficoltà della determinazione del danno nel suo preciso ammontare" il giudice può procedere "sicuramente" alla liquidazione equitativa ex articolo 1226 del Codice civile. Ma la Corte non ha mai fatto riferimento alla possibilità di risarcire il danno in modo esorbitante rispetto alla sua intima funzione compensativa. Nel caso *Rca*, il danno patrimoniale, afferma la Corte di Cassazione, è la differenza tra il prezzo effettivamente pagato (segretamente ed illecitamente concordato tra i collusi) e quello concorrenziale. Premesso che anche la Corte di Cassazione è consapevole che il "prezzo giusto" di mercato è assai difficile se non impossibile da stabilire con precisione, il danno antitrust, secondo la Corte, si presta ad essere determinato in forma equitativa e quindi "correttamente il giudice *[la Corte d'Appello di Napoli]* lo ha liquidato sottoforma di percentuale del premio effettivamente pagato".
Come si vede, le soluzioni del Giudice di pace e della Corte di Cassazione non possono essere più distanti l'una dall'altra in merito alla quantificazione del danno sofferto dal consumatore-assicurato.
Nonostante entrambe si richiamino all'*equità*, la Corte di Cassazione non è disposta a riconoscere un centesimo di euro in più al danneggiato tanto è vero che, a suo dire, l'unica pecca della Corte d'Appello di Napoli nella quantificazione del danno sta nell'aver calcolato il venti percento "sul premio lordo, ossia comprensivo di imposte ed oneri vari […] mentre avrebbe dovuto essere calcolata sul premio netto […]". La Corte d'appello di Napoli, lo ricordiamo, aveva liquidato il danno al consumatore-assicurato in una somma pari ad € 19,68 (euro diciannove e sessantotto centesimi); tale importo andrà adesso ricalcolato, secondo le prescrizioni della Cassazione, in base ai valori netti effettivamente incassati dalla compagnia di assicurazione.

# CAPITOLO II

# Il SISTEMA GIURIDICO ITALIANO ED IL PRIVATE ENFORCEMENT ANTITRUST

**2.1. Introduzione - 2.2. L'assetto normativo italiano: uno sguardo di insieme - 2.3. Le azioni risarcitorie antitrust e *private enforcement* in Italia - 2.4. L'evoluzione della giurisprudenza in Italia sul *private enforcement* antitrust**

## 2.1. Introduzione

Nel presente paragrafo viene sintetizzato il quadro normativo afferente la normativa antitrust in Italia e le principali tappe della giurisprudenza sulle azioni antitrust per il risarcimento del danno.

L'analisi è volta, in primo luogo a chiarire le coordinate procedurali su cui si muove l'azione di risarcimento da illecito antitrust nel sistema italiano, in secundis ad evidenziare la forte influenza esercitata dagli orientamenti assunti dalla Corte di Giustizia sulla prospettiva con cui il giudice nazionale si è approcciato alla tematica in oggetto.

## 2.2. L'assetto normativo italiano: uno sguardo di insieme

La disciplina antitrust in Italia è contenuta nella legge 10 ottobre 1990 n. 287. Le fattispecie tipiche di un illecito antitrust sono individuate dall'art. 2[38] (relativo alle intese restrittive delle concorrenza) e dall'art. 3[39] (relativo all'abuso di posizione dominante).

Le disposizioni nazionali e comunitarie riguardano sostanzialmente le medesime fattispecie.

In particolare, l'art. 2 della legge n. 287/90, così come l'art. 101 del Trattato CE, vieta le intese tra imprese "*che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato".*

La nozione di intesa, rilevante ai fini dell'applicazione del divieto, ricomprende gli accordi tra imprese, le pratiche concordate, nonché le deliberazioni di associazioni di imprese, di consorzi e di altri organismi similari. La norma esemplifica, in modo non esaustivo, le tipiche forme di intese anticoncorrenziali:

- la fissazione dei prezzi o di altre condizioni contrattuali;
- la limitazione della produzione o degli accessi al mercato;

[38] Articolo 2. *Intese restrittive della libertà di concorrenza*
1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.
2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:
a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;
b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;
c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.
3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto.

[39] Articolo 3. *Abuso di posizione dominante*
1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:
a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;
b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;
c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.

- la compartimentazione del mercato;
- la discriminazione delle condizioni commerciali applicate;
- l'imposizione di prestazioni supplementari estranee all'oggetto del contratto.

L'art. 3 della legge n. 287/90, così come l'art. 102 del Trattato CE, vieta ogni abuso di posizione dominante nel mercato.
La disposizione normativa, tuttavia, non definisce la nozione di dominanza, né prevede criteri, quantitativi o qualitativi, in base ai quali accertare la sussistenza di una posizione dominante nel mercato; tali criteri, comunque, possono essere ricavati dalla consolidata prassi e giurisprudenza comunitaria, recepita peraltro fedelmente in ambito nazionale dall'Autorità della Concorrenza e del Mercato e dalle Corti nazionali.

Le condotte abusive vengono distinte in:

- abusi di sfruttamento, vale a dire comportamenti con cui l'impresa dominante si limita a sfruttare il proprio potere di mercato nei confronti dei propri contraenti, al fine di estrarre profitti sopracompetitivi (fattispecie tipiche di abuso di sfruttamento sono l'imposizione di prezzi eccessivamente gravosi, ovvero le pratiche discriminatorie nei confronti di controparti commerciali);
- abusi di esclusione, quelle condotte commerciali finalizzate ad estromettere i concorrenti - o aumentandone i costi di ingresso sul mercato, o addirittura precludendo loro gli sbocchi o gli approvvigionamenti - con l'intento di monopolizzare il mercato ed estrarne rendite monopolistiche a danno dei consumatori.

La delimitazione dell'ambito di applicazione delle norme antitrust comunitarie rispetto a quelle nazionali avviene in funzione del criterio del "pregiudizio al commercio tra gli Stati Membri" in funzione del quale le intese restrittive della concorrenza e i comportamenti abusivi posti in essere da imprese in posizione dominante nel mercato vengono valutate ai sensi della normativa comunitaria e/o nazionale.

Le norme comunitarie devono essere applicate nei casi in cui la fattispecie ha (anche potenzialmente) un impatto sensibile sul commercio tra gli Stati membri. In questi casi il Regolamento (CE) 1/2003 consente anche l'applicazione in parallelo delle norme nazionali, secondo le modalità e nel rispetto dei vincoli previsti dal principio del primato del diritto comunitario.

Ai fini dell'individuazione del giudice competente ad applicare in Italia le regole antitrust è opportuno distinguere tra azioni fondate su di una violazione delle regole antitrust nazionali e quelle fondate sulle regole comunitarie.

L'art. 33 della legge n. 287/90 individua quale giudice competente a conoscere in primo (ed unico grado) le azioni fondate su di una violazione delle regole nazionali antitrust, la Corte d'Appello competente per territorio[40].

Per quanto riguarda le azioni fondate su di una violazione delle regole comunitarie antitrust, in assenza di una espressa previsione del legislatore nazionale, il giudice competente sarà individuato secondo le ordinarie regole in materia di competenza (tali azioni, saranno, dunque, conosciute in primo grado dal Giudice di Pace o dal Tribunale mentre in secondo grado dalla Corte d'Appello territorialmente competente).

Per quanto concerne l'accertamento, sul piano amministrativo delle violazioni, la competenza è attribuita all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM")[41].

---

[40] La competenza del giudice d'appello per le sole controversie antitrust nazionali (e limitatamente a tali profili, sì che le questioni eventualmente collegate a quella principale vanno proposte dinanzi ad altro giudice ed in un diverso grado di giudizio) comporta, a mo' di conseguenza (anomala), che le ordinarie regole in materia di competenza stabilite dal codice di procedura civile continuino a valere per il *private enforcement* della disciplina comunitaria, rimesso dunque allo scrutinio di primo grado del giudice di pace o del tribunale. Per un'analisi dettagliata del riparto della competenza in materia antitrust, v. M. CARPAGNANO, *Private enforcement of competition law arrives in Italy: analysis of the judgment of the European Court of Justice in joined cases C-295-289/04 Manfredi*, 3 *Comp. L. Rev*. 47 (2006).

[41] L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, meglio nota come Antitrust, è stata istituita in Italia nel 1990. E' un'istituzione indipendente, che prende le sue decisioni sulla base della legge, senza possibilità di ingerenze da parte del Governo né di altri organi della rappresentanza politica. L'Autorità garantisce il rispetto delle regole che vietano le intese anticoncorrenziali tra imprese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni in grado di creare o rafforzare posizioni dominanti dannose per la concorrenza, con l'obiettivo di migliorare il benessere dei cittadini. L'Autorità ha il compito di applicare la legge n. 287 del 1990 vigilando:
a) sulle intese restrittive della concorrenza,
b) sugli abusi di posizione dominante,
c) sulle operazioni di concentrazione che comportano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante in modo tale da eliminare o ridurre in misura sostanziale e duratura la concorrenza.
L'Autorità ha anche il compito di_applicare le norme contenute nel Titolo III del decreto legislativo n. 206 del 2005 (Codice del Consumo) in materia di pratiche commerciali e nel decreto legislativo 145/2007, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa a tutela delle imprese nei loro rapporti commerciali.
È attribuito, infine, all'Autorità il compito di vigilare sui conflitti di interessi affinché i titolari di cariche di governo, nell'esercizio delle loro funzioni, si dedichino esclusivamente alla cura degli interessi pubblici e si astengano dal porre in essere atti e dal partecipare a deliberazioni collegiali in situazione di conflitto di interessi.
A questi compiti si aggiungono l'attività di segnalazione al Parlamento e al Governo e l'esercizio dell'attività consultiva.
Introducendo una normativa antitrust nazionale il legislatore ha voluto, tra l'altro, dare attuazione all'articolo 41 della Costituzione, che riconosce espressamente la libertà di iniziativa economica privata, e adeguare il nostro ordinamento a quello comunitario.
I principali obiettivi sono:
a) assicurare le condizioni generali per la libertà di impresa, che consentano agli operatori economici di poter accedere al mercato e di competere con pari opportunità;

### 2.3. Le azioni risarcitorie antitrust e *private enforcement* in Italia

Il diritto al risarcimento danni per violazione della normativa antitrust, risponde in Italia alle ordinarie regole previste *sub* art. 2043 c.c. per l'illecito aquiliano.

Pur essendoci chiarezza su quali siano gli elementi costitutivi della fattispecie (condotta illecita, nesso di causalità, danno ingiusto e posizione soggettiva pregiudicata), ad oggi sussistono ancora alcune incertezze rispetto all'esatta fisionomia che essi debbono assumere.

In Italia, si riconosce la sussistenza di una posizione soggettiva del privato meritevole di protezione ma si rinuncia a fornire una inequivoca qualificazione.

In passato, invece, si è discusso a lungo in merito alla natura della posizione del singolo, il cui pregiudizio potesse giustificare una richiesta di risarcimento. In un primo tempo si è fatto riferimento ad un vero e proprio diritto alla concorrenza, qualificabile in termini di diritto soggettivo perfetto (App. Milano, 18 luglio 1995, *Telsystem* c. *Telecom*)[42].

Successivamente, la Suprema Corte ha optato per una lettura della posizione protetta, in termini di interesse giuridicamente rilevante alla conservazione del carattere competitivo del mercato (così, Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207).

Tuttavia, la difficoltà a prendere posizione in maniera univoca sul punto ha giustificato un recente intervento della Corte di Cassazione, con il quale il collegio si è

---

b) tutelare i consumatori, favorendo il contenimento dei prezzi e i miglioramenti della qualità dei prodotti che derivano dal libero gioco della concorrenza.

[42] La scelta di valutare ipoteticamente come si sarebbe sviluppato il mercato è particolarmente evidente nella decisione della corte d'Appello di Milano sul comportamento di abuso di posizione dominante tenuto dalla *Telecom* nei confronti della azienda *Telsystem*, che a causa di tale comportamento aveva dovuto cessare l'attività: il giudice ha stimato il guadagno ipotetico che la società danneggiata avrebbe avuto se non le fosse stato impedito di entrare nel mercato mediante una consulenza tecnica d'ufficio.

La *Telsystem* aveva deciso, per prima in Italia, di offrire sistemi telefonici di rete a gruppi chiusi di utenti, e per questo necessitava da parte della *SIP/Telecom*, detentrice di una posizione assolutamente dominante, dell'installazione di circuiti urbani diretti, che le furono rifiutati[42]; il caso è particolarmente interessante perché la *Telsystem* ha effettuato praticamente tutti i ricorsi giurisdizionali che le erano possibili, senza però riuscire a sopravvivere come azienda. Il comportamento della *Telecom* era stato oggetto di un provvedimento d'urgenza il 10 ottobre 1994. La *Telsystem* adì allora l'Autorità garante, che ritenne la Direttiva Ce direttamente applicabile e pertanto diffidò la *Telecom* a rimuovere i comportamenti lesivi. Per quanto riguarda il merito, la *Telecom* è stata condannata da una sentenza del 27 giugno 1995, in cui veniva nominato un collegio di consulenti con il compito di determinare il danno patito dalla *Telsystem*, quantificato successivamente in Lit. 3.253.000.000.

espresso nel senso di non ritenere "determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto"[43].

E' opportuno ricordare che, l'individuazione del *nesso causale* tra la condotta anticoncorrenziale iniziale e l'evento dannoso che si proietta sull'acquirente finale(*in direct purchaser)* e'momento valutativo indispensabile anche in via preliminare perche' il trasferimento degli *overcharges* sul soggetto di mercato che salda il conto della *traslazione* del sovrapprezzo nella filiera produttiva distributiva e' l'elemento che avalla la sua legittimazione all'azione *(offensive passing-on).*

Un caso di *passing on* offensivo e' stato trattato dalla Corte di appello di Roma con riferimento ad una azione di danni proposta da societa' di intermediazione commerciale nel settore dei prodotti petroliferi, anziche' contro le imprese di rivendita del prodotto, contro le societa' che avevano preso parte all' accordo illecito concordando prezzi comuni di vendita e con le quali essa non aveva intrattenuto alcun rapporto (Corte di Appello di Roma, ord. 31 marzo 2008 *International Broker*).

La giurisprudenza nordamericana in genere riconosce il risarcimento al solo *direct purchaser,*quale soggetto piu' vicino all'autore della violazione che ha subito il *danno frontale* a prescindere dallo scarico "a valle" del costo aggiuntivo(c.d blocco dell'*Illinois Brick di cui parleremo in seguito*). L'esperienza continentale europea segue ,invece, una diversa linea attribuendo anche agli *acquirenti indiretti* titolo alla *restitutio in integrum* non diversamente dagli altri soggetti "incisi" dalla pratica anticompetitiva .

Secondo i precedenti comunitari *Courage(* Corte Giust. 20 settembre 2001,C-453/99)e *Manfred*i (Corte Giust. 13 luglio 2006,C-295/04 a C-298/04) *chiunque* abbia subito un danno causato da una violazione di norme antitrust deve poterne chiedere il risarcimento avanti ai Tribunali nazionali e questo principio e' evidentemente applicabile anche a costoro .

Agire *ex* art. 2043 c.c nel sistema italiano, significa per l'attore dover provare l'esistenza di un collegamento causale tra la violazione della disciplina antitrust ed il danno da questi lamentato. L'integrazione di una condotta anticompetitiva, infatti, non comporta di per sè l'automatica produzione di un danno.

[43] Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305

Si pensi, ad esempio, ad un accordo posto in essere da numerosi *competitors* per la ripartizione dei mercati e scoperto dalle autorità prima di aver avuto attuazione. In tal caso, non vi è dubbio che il patto costituisca una violazione dell'art. 2, l. 287/90 e dell'art. 81 Trattato CE, ma è parimenti certo che nessun danno sia stato patito dagli altri operatori di mercato. In buona sostanza, l'accordo ha sì per oggetto una restrizione della concorrenza ma, non essendo stato ancora attuato, è inidoneo a produrre effetti anticompetitivi.

La prova dell'elemento causale è, ad oggi, oggetto di un ricco dibattito rispetto alle c.d. *follow-on actions,* cioè l'azione civile fondata su di una illecita violazione delle regole antitrust già accertata dall'Autorità di concorrenza (sia essa nazionale o comunitaria) con un provvedimento definitivo [44]. In particolare, la discussione verte sul peso che deve essere accordato all'accertamento svolto.

La Suprema Corte ha avuto modo di esprimersi al riguardo pronunciandosi sul caso RC Auto, di cui abbiamo precedentemente trattato.

A detta del Collegio l'onere probatorio del consumatore che agisce in giudizio può dirsi assolto qualora egli alleghi l'accertamento svolto dall'AGCM, assieme alla polizza assicurativa sottoscritta.

Il giudice potrà, poi, desumere l'esistenza del nesso causale tra l'intesa e il danno lamentato anche *"attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni*" (così, Cass., sez. III, 23 febbraio 2007, n. 2305).

Il Collegio precisa altresì che, spetta al giudice di merito valutare gli elementi di prova.

Ci sono tuttavia alcune pronunce successive al citato intervento e contrarie a questa impostazione: in particolare, parte della giurisprudenza ritiene che il provvedimento adottato dall'AGCM accerti solo il potenziale effetto pregiudizievole dell'intesa, senza

[44] Le azioni civili follow-on seguono, quindi, cronologicamente il provvedimento dell'Autorità e ne richiamano in tutto in parte il contenuto il quale costituisce il presupposto logico-giuridico dell'azione civile. L'azione stand-alone, al contrario, è incardinata in giudizio dall'attore in assenza di un precedente accertamento della violazione delle regole antitrust da parte dell'Autorità amministrativa. Spetterà, dunque, al Giudice nazionale adito, accertare (sulla base delle allegazioni delle parti) l'asserita violazione delle regole antitrust ed, eventualmente, liquidare il danno sofferto dalla vittima. Le Corti italiane si sono pronunciate sia in casi in cui la condotta anticompetitiva era stata già sanzionata dall'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato (sono follow-on, ad esempio, i casi Telsystem deciso dalla Corte d'Appello di Milano il 18/07/1995, il caso Albacom deciso dalla Corte d'Appello di Roma il 20/01/2003, il caso Manfredi deciso dal Giudice di Pace di Bitonto il 21/05/2007) sia in mancanza di una precedente decisione dell'Autorità (tra i casi stand-alone ricordiamo il caso Bluvacanze deciso dalla Corte d'Appello di Milano il 11/07/2003 ed il caso Juventus F.C. deciso dalla Corte d'Appello di Torino il 06/07/2000).

però verificare in concreto se l'aumento dei prezzi sia dipeso esclusivamente da questa o da altri fattori[45].

Ad oggi lo scenario è ancora particolarmente frammentato, poiché si registrano pronunce conformi all'insegnamento del collegio[46]; ci sono poi orientamenti intermedi che, pur aderendo all'impostazione della Corte di Cassazione, ne fanno un'applicazione tale da respingere nel caso concreto le richieste di risarcimento del consumatore.[47]

Il quadro rapidamente tracciato vuole quindi evidenziare come, nel contesto attuale, non vi sia uniformità di vedute rispetto al peso da accordarsi al provvedimento dell'AGCM, rispetto alla prova del nesso causale.

In materia di illecito antitrust, accanto alle tradizionali categorie di danno emergente e lucro cessante, merita altresì attenzione una particolare tipologia di pregiudizio risarcibile, ovvero il c.d. "*danno da perdita di chance*[48]".

Il *danno emergente* infatti non presenta particolari problemi applicativi giacche' sussistenza e consistenza del pregiudizio patrimoniale possono essere agevolmente dimostrati con documenti e tabulati vari.

Comuni a tutti gli illeciti concorrenziali sono i costi sostenuti dall'impresa per acquisire le prove dell'illecito ivi comprese le spese di assistenza legale e tecnica(perizie,

---

[45] App. Catania, sez. I, 15 marzo 2007; App. Napoli, sez. III, 17 dicembre 2007; App. Napoli, sez. I, 1 febbraio 2008.

[46] App. Salerno, 17, febbraio 2009; App. Salerno, 25 novembre 2008; App. Roma, sez. I, 24 novembre 2008) ma anche statuizioni che non accordano al provvedimento dell'AGCM quella valenza probatoria assegnatagli dalla Suprema Corte (così, App. Napoli, sez. III, 26 febbraio 2009; App. Napoli, sez. III, 1 dicembre 2008.

[47] App. Roma, sez. I, 25 maggio 2009; App. Roma, sez. I, 18 maggio 2009

[48] Sulla perdita di *chances* conseguente alla violazione della normativa antitrust cfr. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, p. 357. Il riconoscimento della risarcibilità della perdita di *chances*, come è noto, è frutto di lenta evoluzione interpretativa. Fra le tappe più significative di questo percorso si segnala la decisione di Pret. Roma, 9 marzo 1977, in *Foro it*, 1977, I, 2, c. 2377, che riconosce la risarcibilità della perdita di *chances*. Il Tribunale (Trib. Roma, 24 novembre 1978, n. 11494, in *Temi romana*, II, p. 434) però riforma la decisione pretoriale. La Cassazione invece conferma la decisione pretorile secondo cui, la *chance* superiore al 50% è un bene patrimoniale la cui perdita ingiusta è risarcibile (così Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506 in *Foro it.*, 1986, I, c. 384). In senso conforme Cass. 19 novembre 1983, n. 6909 in *Foro it.*, 1984, I, c. 1830, con nota di CAPPAGLI, *Perdita di una "chance" e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*". In questa prospettiva, però, anche se la possibilità è inferiore al 50% la sua perdita deve essere risarcita: PRINCIGALLI, *Quand'è più si che no: perdita di una "chance" come danno risarcibile*, in *Foro it.*, 1986, I, p. 384; in senso conforme DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una* chance, in *Giur. it.*, 1987, p. 1181. Per altri riferimenti in argomento cfr. CAPECCHI, *Il nesso causale*, cit., p. 232 ss.; R.ROSSI, *La liquidazione equitativa del danno*, in *Il danno risarcibile*, a cura di Vettori, vol. II, Padova, 2004, p. 1489 ss. Per la risarcibilità del danno da perdita di *chances*, quale perdita di possibilità attuale, da ultimo, si è espressa anche la Cassazione (Cass. 21 luglio 2003, n. 11322, in *Foro it*., 2004, I, c. 155, con nota di FAELLA). La risarcibilità della ingiusta perdita di *chances* di aggiudicarsi una gara d'appalto è stata affermata anche in alcune recenti pronunce del giudice amministrativo, su materie soggette a giurisdizione esclusiva: cfr. Cons. Stato, 18 dicembre 2001, n. 6281, in *Contr. Stato. ent. pubbl.*, 2002, p. 298, con commento di SCHREIBER; TAR Lombardia, 23 dicembre 1999, n. 5049, in *App. urb. edil.*, 2001, p. 150; TAR Puglia, 18 luglio 2002, n. 3399, *ivi*, 2002, p. 331 ss.; TAR Friuli-Venezia Giulia, 26 gennaio 2002, n.4, *ivi*; TAR Campania, 7 febbraio 2002, n. 733, *ivi*.

*affidavit*, ricerche di mercato etc.). Occorre poi conteggiate le spese per neutralizzare l'illecito eliminando gli effetti distruttivi da esso scaturenti. Vanno quindi considerate le *pure perdite* aziendali per i costi sostenuti in *progetti di aggressione* al mercato nell'ambito della normale competizione vanificati da condotte monopolistiche prevaricanti messe in atto da terzi in violazione della normativa antitrust; cosi' pure gli oneri sprecati in un disegno imprenditoriale che non abbia potuto trovare sbocco per una condotta anticoncorrenziale che ha di fatto impedito quell'operosità necessaria per dar luogo a risultati utili.

Più problematica si presenta invece la ricostruzione del *lucro cessante*, stante il variegato atteggiarsi degli *effetti anticoncorrenziali* comportanti all'occorrenza ricorso a *rules of reason* flessibili non sempre conducenti a risultati economici affidabili.

Non a caso nella quantificazione del danno entra sovente in gioco la valutazione *equitativa* prevista in via generale dall'art. 1226 c.c. cui fa riferimento l'art. 2056 c.c.

Il giudizio di equità,. che sopperisce all'impossibilita' di provare l'ammontare preciso del danno, presuppone comunque la prova da parte del danneggiato dell'evento lesivo e della ripercussione della contraffazione sul proprio patrimonio, una inerzia istruttoria assoluta non potendo dare ingresso ad una liquidazione del genere.

E' stato in particolare definita "*aberrante"* l'utilizzo della figura del danno *in re ipsa* dovendo essere sempre fornita la prova di un danno effettivamente patito prima di sottoporre al giudice gli elementi utili per addivenire alla liquidazione (Cass.2 febbraio 2007 n. 2305.)

Il giudice nell'ambito del giudizio risarcitorio non e' tenuto a fornire dimostrazione *analitica* di ciascuno degli elementi in base al quale ha formato il suo convincimento complessivo,bastando che egli abbia all'uopo tenuto presenti, sia pur con presunzioni ed apprezzamenti di probabilita', i *dati di fatto* risultanti dall'istruzione probatoria e sufficienti a far ritenere equa la sua determinazione(Cass. 10 ottobre 1986 n.69).
Il principio della insindacabilita' della liquidazione equitativa del danno in sede di legittimita' non trova pero' applicazione se il giudice del merito non da conto dei criteri

utilizzati così da risultare la valutazione del tutto incongrua rispetto al caso concreto (Cass.8 novembre 2007 n.23304).

Per quanto concerne l'espressione *"perdita di chance*", si intende la lesione dell'aspettativa maturata da un soggetto, rispetto al conseguimento di un futuro vantaggio economico.

Si tratta, per quanto qui di interesse, di una tipologia di lesione connessa al verificarsi di un illecito di natura escludente. Si pensi, ad esempio, ad un abuso di posizione dominante che precluda ad un potenziale entrante l'opportunità di presentarsi sul mercato, come primo operatore in grado di fornire un dato bene o servizio. Se pacifica è la rilevanza giuridica di tale lesione, discussa ne è la natura.

Secondo l'orientamento maggioritario[49], si tratta di un pregiudizio da qualificarsi in termini di danno emergente, poiché si ritiene che la *chance* costituisca un autonomo bene già presente nel patrimonio del danneggiato.

In particolare, la Corte afferma che "*la perdita di chance, consistente nella privazione della possibilità di sviluppi o progressioni nell'attività lavorativa, costituisce un danno patrimoniale risarcibile, qualora sussista un pregiudizio certo (anche se non nel suo ammontare) consistente non in un lucro cessante, bensì nel danno emergente da perdita di una possibilità attuale"*; ne consegue che la chance è anch'essa una entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile, qualora si accerti, anche utilizzando elementi presuntivi, la ragionevole probabilità della esistenza di detta chance intesa come attitudine attuale.

Una seconda posizione, di natura minoritaria, legge invece la *chance* non già quale bene autonomo ma come presupposto per l'ottenimento di un determinato bene futuro[50].

Aderendo all'impostazione maggioritaria, occorrerà, in primo luogo, dimostrare la sussistenza di un collegamento causale tra la condotta del danneggiante e la lesione dell'opportunità presente nel proprio patrimonio.

In un momento successivo, invece, verrà determinato l'ammontare del danno risarcibile, il quale, dovendo riguardare *ex* art. 1223 c.c. solo le conseguente immediate e dirette della

[49] Cass., sez. III, 21 luglio 2003, n. 11322
[50] M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. circolaz. e trasp*., 2000, 662

condotta, non potrà avere ad oggetto l'intera utilità futura mancata, bensì la sola *chance*. É proprio in questa specifica fase che il pregiudizio in esame mostra tutte le proprie peculiarità, poiché la determinazione dell'ammontare del risarcimento sarà pari all'"attualizzazione" del valore dell'utilità futura non percepita. Detto altrimenti, sarà necessario moltiplicare il valore del vantaggio economico mancato per il grado di probabilità di conseguirlo[51] .

Calando le considerazioni svolte in sede di illecito antitrust il soggetto danneggiato da un abuso escludente sarà tenuto a provare con quale grado di probabilità si sarebbe verificato il proprio ingresso (o la propria permanenza) nel mercato, qualora non si fosse verificata la condotta anticompetitiva, nonché le stime del guadagno futuro correlato all'esercizio dell'attività.

La prima vicenda all'interno della quale, per quanto consta, è stato fatto ricorso alla figura del danno da perdita di *chance*, è il caso *Telsystem* c. *Telecom*[52].

Per quanto concerne i danni punitivi, in Italia, come prima accennato, non possono considerarsi liquidabili, poiché funzione del sistema di responsabilità civile è solo quella di compensare e non di punire (occorre, però, segnalare che, nel caso Manfredi, sono stati ugualmente riconosciuti).

Una delle problematiche che i giudici devono affrontare è quella del c.d. "but for", il quale descrive lo "stato del mondo" che si sarebbe realizzato qualora non si fosse verificato il comportamento illecito. Normalmente lo scenario "but for" è riferito ad una o più variabili. Ad esempio, nel caso di un cartello si parla di "prezzo *but for*" per identificare il prezzo che sarebbe stato pagato dai clienti delle imprese partecipanti al cartello qualora queste non avessero illecitamente coordinato i propri comportamenti. Analogamente, si può parlare di "quote di mercato *but for*" per identificare la quota che un'impresa avrebbe ottenuto se non fosse stata vittima di un comportamento escludente da parte di un'altra impresa in posizione dominante. Se la vittima del comportamento illecito è un'impresa, l'entità del danno subito può essere identificato dai "profitti *but for*" che, naturalmente, derivano dall'identificazione del valore "but for" di tutte le variabili che determinano i profitti di un'impresa: quantità vendute, prezzi di vendita dei propri prodotti, prezzi di

[51] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, *La responsabilità*, Giuffrè, 1994, p. 161).

[52] App. Milano, 18 luglio 1995,

acquisto degli input, etc.. Concettualmente la nozione di scenario "but for" è immediata. Tuttavia, la sua determinazione può risultare particolarmente complessa. Esistono a tal fine una pluralità di approcci che si differenziano per il tipo e numero di assunzioni richieste e per la complessità degli strumenti di analisi[53].

In merito ai termini di prescrizione, la già citata pronuncia Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305 ha statuito con chiarezza che l'azione si prescrive "*in cinque anni dal giorno in cui chi assume di aver subito il danno abbia avuto, usando l'ordinaria diligenza, ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia"*.

In passato taluni dubbi hanno riguardato l'esatta individuazione del *dies a quo*: coincidente con il momento di produzione del danno, secondo alcuni, ovvero con il momento in cui la sussistenza dell'illecito viene definitivamente accertata dall'AGCM, secondo altri.

Per quanto concerne il giudice competente, è opportuno distinguere tra azioni fondate su di una violazione delle regole antitrust nazionali e quelle fondate sulle regole comunitarie: l'art. 33 della legge n. 287/90 individua quale giudice competente a conoscere in primo (ed unico grado) le azioni fondate su di una violazione delle regole nazionali antitrust, la Corte d'Appello competente per territorio.

La competenza funzionale della Corte d'Appello territorialmente competente costituisce una deroga[54] ai principi generali del nostro ordinamento giuridico, comportando l'eliminazione di un grado di giurisdizione: si è ritenuto che la Corte d'Appello sia un giudice dotato di competenze e cognizioni più approfondite di quelle dei giudici di primo grado, che le consentono di affrontare in modo più appropriato i temi propri di una materia delicata e complessa come il diritto della concorrenza.

Il legislatore ha dunque configurato un sistema binario per l'applicazione delle norme in materia di concorrenza, rivolto da un lato alla tutela sul piano amministrativo dell'interesse generale alla concorrenzialità del mercato e dall'altro alla risoluzione delle controversie individuali sul piano privatistico; risulta oramai pacifico che i due

[53] I principali metodi indicati nella letteratura economica per individuare lo scenario "but for" sono: 1) il metodo "prima e dopo" (*before and after*); 2) il metodo *yardstick*; 3) il metodo dei modelli strutturali; 4) i metodi contabili.

[54] La deroga al principio del doppio grado di giurisdizione è stata soggetta a varie eccezioni di incostituzionalità da parte dei soggetti convenuti in giudizio, tutte comunque respinte dalle Corti d'Appello adite, sul presupposto che nel nostro ordinamento il principio in questione non gode di copertura costituzionale (fra le altre si rinvia a Corte di Appello di Milano, 21 marzo – 15 aprile 1995, *B.B. Center c. Parabella*).

procedimenti sono tra loro autonomi e concorrenti, non sussistendo alcuna pregiudizialità necessaria dell'accertamento amministrativo rispetto a quello civilistico

Per quanto riguarda le azioni fondate su di una violazione delle regole comunitarie antitrust, in assenza di una espressa previsione del legislatore nazionale, il giudice competente sarà individuato secondo le ordinarie regole in materia di competenza (tali azioni, saranno, dunque, conosciute in primo grado dal Giudice di Pace o dal Tribunale mentre in secondo grado dalla Corte d'Appello territorialmente competente[55]).
Al riguardo, è stata da più parti criticata l'incoerenza tra la centralizzazione dell'applicazione della legge n. 287/90 nelle Corti di Appello *versus* la frammentazione dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza tra tutti i giudici[56].

[55] Le azioni di nullità e di risarcimento del danno e i ricorsi sui provvedimenti d'urgenza, fondati sulla violazione degli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90 (rispettivamente, intese restrittive della concorrenza e abusi di posizione dominante), devono essere promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio

[56] Nella segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato al Parlamento ed al Governo dello scorso 5 gennaio 2012, recante *"Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2012"*, viene dedicata una specifica attenzione al contenzioso giudiziale *antitrust* (c.d *private antitrust enforcement*). L'Autorità, molto opportunamente, ha colto l'occasione per rilanciare una proposta, che, per la verità, già da qualche tempo circolava nella comunità *antitrust* ed in dottrina, intesa a razionalizzare una volta per tutte le regole di riparto di competenza tra i giudici nazionali (Giudici di Pace, Tribunali e Corti d'Appello) competenti a conoscere le controversie fondate su una violazione delle regole di concorrenza nazionali e/o comunitarie.
La proposta dell'Autorità è molto semplice: attribuire alle Sezioni Specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, istituite presso i tribunali e le corti d'appello la competenza in materia di azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché di ricorsi intesi ad ottenere i provvedimenti d'urgenza, anche inibitori, per la violazione di disposizioni contenute nella normativa *antitrust* nazionale e comunitaria.
Si tratta di un intervento che, al fine di fornire *"risposte certe"* agli operatori ed ai soggetti del mercato e garantire tutela *"in tempi compatibili con il principio costituzionale della ragionevole durata del processo"*, si propone di riformare le attuali regole di riparto della competenza giudiziale *antitrust* che negli ultimi anni hanno contribuito a rendere particolarmente difficile la tutela giudiziale delle vittime degli illeciti anticompetitivi che si sono verificati nel mercato (i.e. imprese e consumatori). Tramite l'auspicato intervento normativo si determinerebbe una sorta di giurisdizione generale *antitrust* riportandola ad "unita'" in capo ad un giudice della concorrenza il quale non potrebbe trovare migliore allocazione che presso le attuali Sezioni Specializzate istituite presso i Tribunali e le Corti d'Appello, così come auspicato dall'AGCM. I benefici di una simile razionalizzazione anche per il *private enforcement* avrebbero effetti immediati sui consumatori e sulle imprese che intendono tutelare i propri diritti in un giudizio civile: basti pensare che, attualmente, la competenza è ripartita tra i Giudici di Pace, i Tribunali e le Corti d'Appello sulla base di un criterio (l'applicabilità della normativa nazionale o comunitaria) che è foriero di frequenti incertezze al momento di individuare l'organo giurisdizionale competente a decidere la singola controversia. Tali incertezze disarmano le parti (anche quelle potenziali) di un giudizio che per sua natura presenta un elevato tasso di complessità (anche sul piano probatorio), minando in tal modo l'effettività della tutela dei diritti dei soggetti del mercato. La razionalizzazione auspicata dall'AGCM appare, dunque, opportuna e benvenuta.

### 2.4. L'evoluzione della giurisprudenza in Italia sul *private enfocement* antitrust

L'approdo della giurisprudenza interna ad una interpretazione "sostanzialistica" dell'art. 33 della Legge Antitrust si è compiuto solamente nel 2005, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione [57]sull'ennesima controversia generata dal cartello RC Auto.

La pronuncia delle Sezioni Unite ha riconosciuto definitivamente al consumatore finale la piena legittimazione ad attivare le tutele antitrust.

Il ribaltamento delle posizioni espresse dalla I Sezione con la sentenza 17475/2002[58], la quale si era posta in una posizione di chiusura rispetto alla legittimazione dei singoli a proporre azioni risarcitorie, è il frutto di un cambiamento di prospettiva sollecitato dalle sentenza comunitarie intervenute.

Nella sentenza sopra citata del 2002 "*Axa vs Larato* ", la Corte di Cassazione ha affermato che lo strumento risarcitorio connesso alla violazione dei divieti di intese restrittive della libertà della concorrenza, e di abuso di posizione dominante, in essa normativa fissati rispettivamente agli artt. 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 - contemplato dall'art. 33 e rimesso alla competenza esclusiva della Corte di Appello in un unico grado di giudizio di merito, non è aperto - in quanto tale - alla legittimazione attiva dei singoli c.d. consumatori finali.

Va notato che nessun riferimento al caso Courage è contenuta nella decisione. La Corte ha semplicemente ignorato il diritto comunitario e l'interpretazione della Corte di Giustizia. La decisione Axa è quindi in chiara violazione dell'articolo 1 della legge antitrust, in cui si

[57] Cass. civ., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207 - La disciplina della concorrenza sleale e quella della legge antitrust hanno ambiti e funzioni diversi. La legge antitrust (legge n. 287 del 10 ottobre 1990) non e` la legge degli imprenditori soltanto, ma e` la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse alla conservazione del suo carattere competitivo al punto di poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere. Il c.d. contratto « a valle », quello cioe` che intercorre tra l'impresa che ha concluso l'intesa e il consumatore, costituisce lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Esso in realta` , oltre ad estrinsecarla, la attua. Il contratto « a valle » e` tale da eludere la possibilita` di scelta da parte del consumatore. Poiche´ la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, un danno ingiusto *ex* art. 2043 c.c. (cfr. Cass. civ., S.U., n. 500/1999), colui che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorche´ non sia partecipe ad un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione l'azione di cui all'art. 33 della legge n. 287/1990. Cosicche´ a qualificare la domanda ed a determinare la competenza e` la richiesta di accertamento di un'intesa al fine di dichiararla nulla, presupposto della domanda di eliminazione dei suoi effetti, anche attraverso la restituzione del sovrapprezzo. Pertanto la competenza a conoscere della causa e` della Corte d'Appello, in virtu` dell'art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990.

[58] Cass. civ. Sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475

afferma che nell'interpretazione della legge i tribunali devono seguire i principi comunitari di interpretazione.

In un caso seguente[59] del 2003, "*Unipol vs Ricciarelli",* tuttavia, una diversa sezione della Corte ha dichiarato che "*la questione della posizione dei consumatori merita un esame attento e tutte le sezioni della Corte devono discutere e decidere la questione. Pertanto, attualmente il mercato è in attesa di una decisione delle Sezioni Unite, che deciderà se gli assicurati possono agire ai sensi dell'articolo 33 (quindi valutare che tutti i casi pendenti dinanzi ai Giudici di Pace sono fuori della loro giurisdizione), o se gli assicurati non hanno diritto ad alcuna azione ai sensi del diritto antitrust (e quindi istruire Giudici di Pace a respingere tutte le richieste o invitandoli a una "missione impossibile", cioè trovare un ragionamento giuridico che possa giustificare il fatto che la presenza di un cartello dà diritto al consumatore al risarcimento dei danni su regole diverse da quelle antitrust)".*

La Corte di Cassazione, nel 2005, ha un mutamento radicale di prospettiva. Con la sentenza n. 2207 ha affermato che la disciplina della concorrenza sleale e quella della legge antitrust hanno ambiti e funzioni diversi.

Secondo la Corte, "*la Legge Antitrust (Legge n. 287 del 10 ottobre 1990) non e` la legge degli imprenditori soltanto, ma e` la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse alla conservazione del suo carattere competitivo al punto di poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere. Il c.d. contratto « a valle », quello cioe` che intercorre tra l'impresa che ha concluso l'intesa e il consumatore, costituisce lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Esso in realtà, oltre ad estrinsecarla, la attua. Il contratto « a valle » e` tale da eludere la possibilità di scelta da parte del consumatore. Poiche´ la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, un danno ingiusto ex art. 2043 c.c., colui che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorchè non sia partecipe ad un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione l'azione di cui all'art. 33 della legge n. 287/1990. Cosicché a qualificare la domanda ed a determinare la competenza e` la richiesta di accertamento di un'intesa al fine di*

[59] Corte di Cassazione, 17 ottobre 2003, n. 15538, Unipol vs Ricciardelli, Foro it. 2938 (2003, I).

*dichiararla nulla, presupposto della domanda di eliminazione dei suoi effetti, anche attraverso la restituzione del sovrapprezzo. Pertanto la competenza a conoscere della causa e` della Corte d'Appello, in virtù dell'art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990".*

Il ragionamento delle Sezioni Unite si basa su coordinate di carattere generale simili a quelle seguite dalla I Sezione nel 2002, soffermandosi sui profili relativi alla competenza, alla legittimazione delle varie categorie di potenziali attori e alla sorte dei negozi a valle dell'illecito antitrust. Ma se nella sentenza del 2002 quest'ultimo aspetto, e in particolare le difficoltà concettuali a configurare la traslazione del vizio esistente nel comportamento a monte alle situazioni a valle che vedevano il coinvolgimento diretto dei clienti finali, aveva giocato un ruolo centrale nell'orientare la Corte verso posizioni ostili alle ragioni dei consumatori (con conseguente riconoscimento della competenza del Giudice di Pace), nel ragionamento delle Sezioni Unite i tre profili richiamati vengono riletti in una prospettiva nuova alla luce della sentenza *Courage*, attribuendo un preminente rilievo alla dimensione economica del mercato e dei rapporti tra i vari soggetti che vi operano.

La violazione della normativa, secondo la ricostruzione della Corte, comporta una alterazione delle dinamiche competitive che è potenzialmente in grado di ripercuotersi direttamente sulla sfera economico-patrimoniale di tutti gli attori che partecipano al gioco concorrenziale. Alla luce di tale prospettiva, la legittimazione deve essere riconosciuta in linea di principio a chiunque abbia interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato e sia in grado di allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere.

Quindi, i vari soggetti che partecipano al mercato sono portatori, almeno sul piano astratto, di un interesse riconosciuto dall'ordinamento e che per la lesione di tale interesse è potenzialmente disponibile la tutela risarcitoria di natura extracontrattuale prevista dall'art. 33 della Legge Antitrust. All'interno di tale categoria di legittimati la Corte ha ricompreso espressamente non solo i concorrenti delle imprese responsabili dell'illecito antitrust (per i quali già la sentenza del 2002 si era espressa in termini affermativi), ma anche i consumatori, in qualità di soggetti che chiudono la filiera produttiva e su cui generalmente si ripercuotono i comportamenti anticoncorrenziali posti in essere a monte dagli operatori del mercato.

A questo riguardo la Corte ha portato alcuni elementi sistematici per smentire l'assunto per cui la Legge Antitrust sarebbe destinata a tutelare solamente la categoria imprenditoriale dei "concorrenti": *"In definitiva, poichè, come è stato scritto argutamente, la legge non si occupa dell'intesa tra i barbieri di piccolo paese, il dato quantitativo conferma che oggetto immediato della tutela della legge non è il pregiudizio del concorrente ancorchè questo possa essere riparato dalla repressione della intesa. Da un punto di vista sistematico, la normativa antitrust, a differenza della disciplina sulla concorrenza sleale, non si esaurisce nella tutela dei rapporti interindividuali tra concorrenti ma è diretta a salvaguardare il più generale interesse collettivo alla struttura concorrenziale del mercato."*

La Corte ha attribuito un "*ruolo economico centrale*" al consumatore nell'ambito del meccanismo concorrenziale che la normativa antitrust è diretta a tutelare. In questo senso la sentenza sembra valorizzare l'apporto determinante del consumatore al corretto funzionamento delle dinamiche di mercato. Per questa ragione, negare il diritto del consumatore di agire, non solo pregiudica la sua sfera individuale ma limita il processo concorrenziale nel suo complesso.

Proprio l'allineamento tra l'interesse del consumatore e il generale obiettivo di tutela della concorrenza appare costituire il passaggio fondamentale attraverso cui la Corte è giunta al riconoscimento della potenziale legittimazione del consumatore finale all'esercizio delle azioni antitrust per la tutela delle proprie situazioni soggettive di interesse. Se si riconosce, infatti, che la normativa antitrust è diretta a salvaguardare l'integrità del meccanismo concorrenziale, non si può poi non riconoscere e tutelare gli interessi di quei soggetti, come i consumatori, che costituiscono una parte integrante di tale meccanismo e che di conseguenza ne dovrebbero essere chiamati a beneficiare.

Per quanto concerne i contratti a valle, sono le stesse Sezioni Unite ad individuare sin dal principio della motivazione un nesso indissolubile tra tale aspetto ed i profili relativi alla legittimazione dei consumatori finali, rilevando come "*le due questioni proposte, quella relativa alla legittimazione ad agire e quella relativa alla posizione giuridica dei contratti conclusi tra impresa assicuratrice e cliente "a valle" dell'accordo illecito tra gli imprenditori, costituiscono aspetti del medesimo problema"*.

Coerentemente con tale premessa, la Corte ha impostato un'analisi concentrata sulla dimensione economica del fenomeno "intesa", attribuendo principale attenzione al dato di mercato e alle dinamiche concorrenziali piuttosto che al fenomeno negoziale (evidenziando tutta l'influenza esercitata dalla sentenza *Courage).*

Sul punto la Corte ha iniziato con l'osservare come le intese restrittive della concorrenza alterino il processo concorrenziale nel suo complesso, pregiudicando il diritto del consumatore ad una scelta effettiva tra prodotti alternativi e sostituendolo con una scelta apparente: ad esempio, per effetto del cartello RC Auto, il consumatore si è trovato sul mercato di fronte ad offerte illusorie, frutto in realtà della concertazione tra gli operatori e non invece del libero dispiegarsi della concorrenza. L'alterazione della concorrenza si determina così non solo nella fase a monte in cui le imprese determinano la propria strategia competitiva ma anche in quella a valle.

In questa prospettiva unificante, la valutazione di illiceità da parte dell'ordinamento investe non solo il comportamento collusivo tenuto a monte dalle imprese, ma anche la dimensione attuativa del piano anticompetitivo, nel caso di specie rappresentata dalla stipulazione di contratti a valle a condizioni alterate.
Di conseguenza, per la Corte, il contratto a valle deve configurarsi come sbocco dell'intesa, rappresentandone la dimensione attuativa, essenziale a realizzare l'effetto di preclusione della scelta da parte del consumatore finale: in tale ottica ha affermato che *"non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello dell'intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anticompetitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile"*.

Pertanto, ha concluso la Corte, "*la previsione del risarcimento del danno sarebbe meramente retorica se si dovesse ignorare, considerandolo circostanza negoziale distinta dalla cospirazione anticompetitiva e come tale estranea al carattere illecito di questa, proprio lo strumento attraverso il quale i partecipi alla intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire"*.

Nella sentenza delle Sezioni Unite, pertanto, il contratto a valle perde la sua autonomia rispetto all'intesa a monte in ragione del nesso economico che li lega. Sulla

base di tali premesse, essi non possono che condividere la medesima sorte agli occhi dell'ordinamento, sia in termini di illiceità che in una prospettiva risarcitoria .
Per effetto di tale ragionamento il fenomeno negoziale abbandona il centro della scena e si colloca in posizione ancillare rispetto alla violazione antitrust e alle conseguenze pregiudizievoli che ne derivano.

Come rilevato in dottrina "*accordo di cartello e contratti attuativi concorrono, non in quanto fenomeni negoziali, ma come elementi della fattispecie a delineare un comportamento illecito, che innesca, su un piano evidentemente diverso da quello cui afferisce l'eventuale accertamento della nullità, una reazione risarcitoria"*.

Il contratto a valle rileva così quale momento attuativo dell'illecito, quale fenomeno economico che, comprimendo il diritto di scelta del consumatore, altera una delle fasi essenziali del processo competitivo e contribuisce all'irradiazione delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal comportamento anticompetitivo.
La prospettiva in cui la Cassazione guarda al negozio con il consumatore è così fondamentalmente risarcitoria[60], tanto da finire per non chiarire se dalla natura illecita del contratto a valle derivi o meno la nullità di quest'ultimo.

Dottrina e giurisprudenza italiana si sono interrogate sugli effetti che i contratti conclusi da ciascuna impresa aderente all'intesa con la propria clientela (conformemente al programma concordato) subiscono per il porsi quale "precipitato" dell'illecito anticoncorrenziale.

La radice della divergenza tra le pronunce che si sono succedute sul punto nasce in particolare dalla difficoltà incontrata nel ricostruire la natura del rapporto intercorrente tra l'illecito antitrust e le vicende negoziali susseguenti, ovvero nel dover verificare di volta in volta l'esistenza di un legame sufficientemente rilevante tra i due momenti tale da ritenere che la nullità normativamente prevista per l'infrazione concorrenziale possa essere estesa anche all'atto a valle.

[60] L'adozione di una prospettiva risarcitoria non implica ovviamente che il rimedio della nullità sia privo di alcuna utilità pratica per la vittima di un illecito antitrust. In dottrina si è portato come esempio il caso di un contratto a valle di fornitura di un servizio già stipulato ma non ancora eseguito e che contenga clausole anticompetitive in esecuzione di un cartello a monte: in tal caso l'azione di nullità è l'unica azione in grado di tutelare immediatamente la vittima dell'illecito posto che la tutela risarcitoria potrà essere solo successiva (in questi termini P. IANNUCCELLI, *op. cit.* (nt. 6), p 780).

Nella ricerca di una soluzione al problema si sono quindi andate distinguendo diverse correnti interpretative le quali, nel concepire il contratto come un *quid* disgiunto dalle scelte di mercato a monte e quale microcosmo distinto dall'infrazione anticompetitiva di cui all'art. 2, propongono percorsi influenzati dalla normativa comunitaria o dal diritto civile italiano.

La prima raccoglie coloro i quali escludono la possibilità di una partecipazione dell'atto negoziale al destino di nullità dell'intesa: all'illecito anticoncorrenziale ed alla conseguente sanzione civilistica viene infatti attribuita rilevanza solo ai fini del ricorso agli ordinari strumenti impugnatori (annullabilità, risarcimento del danno e, secondo una corrente minoritaria, rescindibilità del contratto), individuando nel risarcimento del danno - posto a carico delle imprese che conformano le proprie scelte negoziali a quanto stabilito nell'accordo restrittivo a monte - il principale strumento di ristoro del pregiudizio subito dai contraenti a valle a causa delle deteriori condizioni negoziali imposte attraverso il ricorso allo strumento anticompetitivo.

La seconda, invece, riconduce unitariamente la patologia di cui soffre il contratto a valle nell'alveo dell'amplissima categoria della nullità negoziale e della relativa disciplina codicistica (art. 1418 ss. cod. civ.), presentando poi al suo interno ulteriori articolazioni interpretative .

Nell'ambito di quest'ultimo vasto orientamento si inquadrano infatti diverse ricostruzioni della nullità dei contratti conclusi in violazione della normativa antitrust, letta rispettivamente quale sanzione conseguente ad un vizio *derivato* ovvero ad un vizio *proprio* del negozio e riconducibile a sua volta a fonti ulteriormente diversificate; tra queste ultime si distinguono la contrarietà del contratto a norme imperative di legge[61] (da cui la nullità *virtuale* del contratto, per il combinato disposto degli artt. 1418, comma 1, cod. civ. e 2 della legge n. 287/1990), l'illiceità sotto il profilo della causa[62] (*ex* artt. 1343 e

[61] A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 343, argomenta la propria critica alla tesi della nullità del contratto per contrarietà a norma imperativa considerando che questa soluzione potrebbe essere praticabile solo imponendo alle imprese l'onere di attuare una politica di continuo accantonamento di riserve, con le quali eventualmente far fronte alle obbligazioni restitutorie derivanti dalla sentenza giudiziale con cui si dichiara l'invalidità del *pactum;*

[62] S. LA CHINA, *Commento sub art. 33,* in *Concorrenza e mercato,* a cura di G. Alpa e V. Afferni, Padova, 1994, p. 647 ss.; Tribunale di Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.,* 1999, II, p. 449 ss., con nota di A.V. GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali a valle: alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata,* secondo cui "(…) l'accertata violazione delle norme in materia di concorrenza nella predisposizione delle norme bancarie uniformi non può non comportare conseguenze sulla validità delle clausole che risultino inserite nei singoli contratti con la clientela. Queste clausole, in quanto predisposte in contratti-tipo articolati dall'ABI ed applicati da tutte le aziende di credito,
costituiscono una violazione del principio di libertà di concorrenza che, in linea di principio, si configura come una delle caratteristiche della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 della Costituzione. In tal modo risulta violato il c.d. ordine pubblico economico e la clausola contrattuale è nulla per illiceità della

1418, comma 2, cod. civ.) ovvero dell'oggetto contrattuale (ai sensi degli artt. 1346 e 1418, comma 2, cod. civ.). Altra parte della dottrina si è espressa nell'ottica di nullità di protezione. E' bene pertanto esaminare tali prospettive.

Le difficoltà di ordine giuridico sistematico hanno spinto la dottrina prevalente a non battere la strada dell'invalidità del contratto a valle, giungendo a preferire una ricostruzione che si basa sull'interpretazione restrittiva del testo di legge, e che esclude, in ultima analisi, qualunque forma di invalidità di questo contratto. Invero, l'art. 2 della legge 287, così come l'art. 81 del Trattato CE, non fa alcun riferimento esplicito alla sorte del negozio scaturente dall'intesa vietata, con ciò legittimando l'idea che quest'ultimo non sia affetto da alcuna forma di patologia giuridica. Questa ricostruzione, tuttavia, non è sorda all'esigenza di riconoscere al contraente debole che subisce l'oggettivo peso dello squilibrio delle condizioni contrattuali praticate una seppur minima forma di tutela.

Per questioni di inquadramento della tematica, si può catalogare la dottrina che nega l'invalidità del contratto a valle come una categoria generale di pensiero che costituisce il comune denominatore di tutti quegli indirizzi di pensiero che, nel negare l'espansione dell'effetto della sanzione di cui all'art. 2, giunge a sostenere che la tutela del consumatore debba essere perseguita mediante il ricorso a rimedi alternativi alla nullità del contratto.

La tesi che esclude la nullità del contratto a valle è sostenuta dalla prevalente giurisprudenza di merito e di legittimità[63].

---

causa ai sensi dell'art. 1343 cod. civ.". N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, cit., p. 420 il quale peraltro rileva come la situazione sia più incerta, invece, con riguardo ai contratti da stipulare: se le clausole vengono ugualmente inserite nei contratti anche in mancanza di deliberazioni formali, la loro illegittimità a livello antitrust dovrà essere accertata sul piano applicativo in termini di comportamenti paralleli o di pratica concordata.

[63] Per esempio, il Tribunale di Alba, 12 gennaio 1995, cit., secondo il quale, nulla disponendo il diritto comunitario né quello nazionale circa gli effetti dell'illecito anticoncorrenziale sui contratti conclusi dalle imprese con i clienti, ne deriva che il giudice dovrà applicare ad essi le sanzioni eventualmente previste dal diritto interno, ai sensi del quale le norme bancarie uniformi - nel caso di specie - devono qualificarsi come "condizioni generali di contratto di diritto privato liberamente accettate" dal cliente che le sottoscrive. Gli unici strumenti di tutela del contraente più debole consistono dunque, afferma l'Organo giudicante, negli artt. 1341 e 1342 cod. civ. e nelle norme in materia di trasparenza previste dalla legge n. 154 del 1992. oltre al citato Tribunale di Alba, anche Corte d'Appello di Torino, 27 ottobre 1998; Tribunale di Torino, 16 ottobre 1997 e Tribunale di Milano, 25 maggio 2000, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2001, II, p. 87 ss., con nota di G. FALCONE, *Ancora sull'invalidità dei contratti a valle per contrasto delle "norme bancarie uniformi" con la disciplina antitrust*; Corte di Appello di Catania, 1° giugno 2001. In sede di legittimità, si veda Cass., 4 marzo 1999, n. 1811 e Cass., 13 aprile 2000, n. 4801, entrambe in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, p. 431. In particolare, nella prima pronuncia la Cassazione afferma la carenza di legittimazione del cliente bancario, sostenendo che destinatari diretti delle norme antimonopolistiche "sono gli imprenditori commerciali (…), (mentre) l'utente singolo potrebbe trarre vantaggio in fatto, solo in via *riflessa ed indiretta*, dai generali benefici della libera concorrenza di mercato, ma non può ritenersi direttamente investito della legittimazione giuridica a dolersi di asserite violazioni poste in essere da un'impresa o un gruppo di imprese".

A sostegno della validità dei contratti, si è pronunciato anche il Tar del Lazio -competente in via esclusiva a conoscere dell'impugnazione dei provvedimenti antitrust *ex* art. 33 legge n. 287/1990 - con la sentenza 10 marzo 2003, n. 1790 cui conferma sostanzialmente il richiamato indirizzo interpretativo affermando che, già da un punto di vista strettamente letterale, risulta che la nullità non coinvolge i contratti che possono essere stati conclusi a valle dell'intesa tra (una o più delle) imprese aderenti ed un terzo a questa estraneo. Ciò in quanto i *"contratti i quali ricadono nell'ambito della*

D'altra parte, non necessariamente il contratto a valle deve riprodurre il contenuto dell'intesa, potendo da essa, anche se solo in parte, discostarsi. La sanzione della nullità, peraltro, potrebbe non realizzare lo scopo ultimo cui l'ordinamento tende, quello cioè di garantire al consumatore l'adeguata protezione: se la sanzione di nullità pone nel nulla tutto quanto posto in essere in violazione di precetti imperativi e tale invalidazione ha effetto retroattivo reale, la conseguenza unica ed inevitabile della declaratoria non può che essere l'obbligo, per entrambe le parti del contratto, di restituire quanto prestato in esecuzione del medesimo, a titolo di indebito oggettivo. La nullità del contratto a valle, quindi, secondo questa corrente di pensiero, si risolve in un potenziale danno per i consumatori, e, soprattutto arreca indiscutibile pregiudizio alla certezza dei traffici e dei rapporti giuridici instaurati tra impresa e clientela.

Secondo questa opinione, tenuto in debito conto l'effetto che la nullità a cascata potrebbe produrre, sussistono, infatti, numerosi altri mezzi di tutela cui è possibile ricorrere per riequilibrare il sinallagma contrattuale e ricondurre la pattuizione a valle nell'alveo della legalità, o meglio, in quella che è stata definita la "giustizia contrattuale". Tali rimedi vengono prevalentemente individuati nell'area della responsabilità extracontrattuale e della tutela risarcitoria, la quale sembrerebbe essere pienamente supportata a livello normativo, e, oltre a ricevere un ormai chiaro favore da parte della giurisprudenza di legittimità, sembrerebbe coniugare in maniera ragionevole le esigenze di reintegrazione patrimoniale del danno subito con quelle di mantenimento in vita della pattuizione a valle.

Le difficoltà applicative riscontrate nell'elaborazione delle anzidette soluzioni hanno spinto gli interpreti a ricercare sul piano della responsabilità extracontrattuale il rimedio

---

*previsione letterale della norma sulla nullità, hanno una propria causa a sé stante (in questo caso la causa tipica dell'appalto) e realizzano il corrispondente assetto di interessi".*
Distinguendo tra *negozio-mezzo* dell'intesa - concluso con un terzo perché l'intesa illecita possa progredire verso il fine al quale tende e che, secondo lo stesso giudice amministrativo, difficilmente potrebbe sottrarsi ad una valutazione di illiceità della causa concreta - e *contratti a valle* dell'intesa - ovvero conclusi con i terzi da un'impresa che, giovandosi del concordamento anticompetitivo stretto a monte, sia in condizione di trarre da questo indebiti vantaggi economici - il Collegio giunge ad escludere che con riguardo a questi ultimi possa ragionarsi in termini di illiceità e dunque di nullità.
Sebbene infatti "*in contratti di questo genere, siano essi una moltitudine oppure (come nella specie), uno solo, potrebbe sempre essere rinvenuto il fine ultimo degli illeciti concordamenti antitrust - posto che proprio attraverso le relative operazioni viene normalmente incamerato il vantaggio economico che costituisce, in ultima analisi, il punto di mira delle strategie anticompetitive delle imprese – nondimeno si tratta di contratti che, per quanto possano presentare, in forza del loro antecedente storico, dei termini di scambio alterati da uno squilibrio economico, e denunziare magari l'esistenza di un vizio del consenso di una delle parti, non potrebbero però essere considerati illeciti in alcuno dei loro elementi costitutivi".*

concretamente esperibile dal contraente debole per perequare quella situazione di disparità determinata dalla violazione delle regole di libera competizione concorrenziale.

La tesi trova il suo solido fondamento normativo nell'art. 33 della legge *antitrust*, ove, al comma 2, si prefigura un'azione risarcitoria a sé stante, diversa cioè da quelle tipiche previste per gli atti illeciti in generale, che sembra coincidere, per molti versi, con la responsabilità precontrattuale. Si parla infatti di danno da illecito *antitrust*.

L'orientamento in esame, risolvendosi sul piano di una tutela di carattere prettamente risarcitorio, e che parte dalla configurazione di una responsabilità aquiliana in capo all'imprenditore, deve fare i conti con una serie di problematiche.
Innanzitutto è legittimo sottolineare che il danno lamentato non può ritenersi sussistente *in re ipsa* nella stipulazione di un' intesa vietata. La giurisprudenza degli ultimi anni, prima della innovativa pronuncia del 2005, pur assestandosi sulla posizione della tutela risarcitoria, aveva sempre ritenuto indispensabile l'assolvimento esauriente dell' onere probatorio relativamente al concreto danno subito dal consumatore ed all'effettiva violazione di un diritto soggettivo, non ritenendo sufficiente la mera sussistenza dell'intesa vietata. Tale ultimo orientamento merita tuttora ampio sostegno; occorre, pertanto, verificare quale sia il diritto soggettivo esposto alla lesione, e se si possa parlare o meno di un diritto soggettivo del consumatore alla libera concorrenza. Ancorché la Corte di Cassazione riconosca il diritto del consumatore al risarcimento e sottolinei peraltro che la legge *antitrust* tutela anche il fruitore di beni e servizi, non va dimenticato che l'interesse economico di quest'ultimo dovrebbe essere identificato come interesse di natura pubblicistica, ossia quale interesse (indiretto) alla libera e trasparente concorrenza, e non quale posizione giuridica individuale.

Una volta individuato il possibile diritto oggetto di tutela, si pone il problema di individuare la fonte del danno ed il nesso, cosa resa difficile dal fatto che tra la violazione delle regole della concorrenza ed il danno risentito dal consumatore si interpone un contratto tra impresa e consumatore. Il danno non deriva da questo contratto, ma piuttosto dall'assenza sul mercato, a causa dell'intesa vietata, di condizioni contrattuali più favorevoli, o almeno ragionevoli. Il nesso di causalità così ravvisato, tuttavia, appare molto debole, in quanto non può negarsi che il consumatore, in ogni caso, acquistando un bene o un servizio ed accettando le relative condizioni contrattuali, comunque fa una scelta; per superare questa obiezione, egli dovrebbe perciò dimostrare di essere stato costretto ad

acquistare il prodotto dall'assenza di valide alternative sul mercato: ma questa prova è obiettivamente difficile.
E' impossibile negare che il rimedio risarcitorio è forse quello che maggiormente coglie lo spirito della diffusa esigenza di tutela del contraente debole, il quale, come si è detto, non mira all'invalidazione del contratto, spesso avente ad oggetto beni o servizi non agevolmente reperibili o sostituibili, bensì al mantenimento dei suoi effetti opportunamente rettificati ed alla parallela reintegrazione patrimoniale del danno subito.

Sono in pochi ad aver sostenuto la tesi che individua nel rimedio rescissorio la soluzione invocabile riguardo al contratto a valle.
L'instaurazione di un rapporto contrattuale tra un'impresa aderente ad un cartello vietato e un qualunque altro soggetto di diritto, si ritiene, attiva un meccanismo di protezione che l'ordinamento predispone per garantire il risultato della cosiddetta "giustizia contrattuale".
Tale valore costituirebbe, secondo questa teoria, un principio generale che sta alla base di ogni azione di rescissione, la quale sarebbe predisposta dall'ordinamento per garantire un equilibrio negoziale oggettivo. Esigenza, questa, che è avvertita ancor di più nell'area della contrattazione d'impresa: i contraenti deboli, i quali subiscono le conseguenze dell'alterazione del giusto contenuto contrattuale per l'ossequio prestato dall'imprenditore predisponente alle regole fissate nella pratica concordata, devono potersi difendere disattivando il vincolo contrattuale ovvero chiedendone la correzione in via equitativa.
La dottrina in esame, infatti, individua nello strumento di cui all'art. 1448 c.c., la cd. rescissione per lesione, un rimedio non eccezionale, bensì generale, invocabile ogniqualvolta si ponga l'esigenza di ricondurre ad equilibrio contratti la cui conclusione è il frutto di un'alterazione della libertà di azione da parte di uno dei contraenti, il quale abbia sottoscritto condizioni non congrue in quanto non giustificate dalla struttura del mercato.

L'interpretazione estensiva dell'azione di rescissione per lesione, peraltro, deve trovare appiglio in una rilettura della nozione di stato di bisogno, che non potrebbe essere identificato con la classica esigenza invalicabile di sottoscrivere un contratto per una condizione di grave necessità economica ma come "*mera situazione di difficoltà economica",* anche se transitoria, data dall'impossibilità di reperire agevolmente beni o servizi sul mercato. L'ampliamento della nozione in esame, dunque, consentirebbe di riconfigurare l'istituto della rescissione come un rimedio non eccezionale, bensì ordinario.

La citata prospettiva di estensione del significato dei presupposti della rescissione, quindi, farebbe sì che essa possa essere invocata, in via analogica, ogniqualvolta un contratto venga concepito in maniera non equa a causa dell'intervento di un fattore esterno che penetra nella causa del contratto stesso alterandola nella sua fase genetica. Il vizio originario della causa, quindi, sarebbe rinvenibile nei contratti a valle ad un'intesa vietata per il solo fatto che l'imprenditore predisponente ha aderito ad una tale pratica e di tale adesione ha dato prova mediante la traslazione delle regole adottate nel contenuto del contratto a valle, con ciò determinando un' iniqua sperequazione delle forze negoziali in campo; tale squilibrio, peraltro, verrebbe realizzato in maniera consapevole poiché di esso l'imprenditore approfitterebbe proprio per realizzare quel margine di profitto ulteriore che si risolve, per il consumatore, nella lesione tipica della rescissione.
Stato di bisogno inteso in senso ampio, approfittamento da parte dell'imprenditore e lesione patrimoniale (cd. lesione *ultra dimidium*) in capo alla controparte, come è noto, sono i requisiti che giustificano il ricorso all'azione di rescissione ex art. 1448 c.c., ovvero anche all'offerta di modificare il contratto in via equitativa da parte di colui contro cui la rescissione è domandata, ai sensi dell'art. 1450 c.c. . Giungendo ad estreme conseguenze, la stessa dottrina, sostiene che tale ultimo strumento, la cd. *reductio ad aequitatem*, in deroga all'impianto normativo previsto dal codice civile che ne fa un istituto invocabile solo dal contraente approfittatore per evitare la rescissione, possa essere impiegato dallo stesso contraente leso per ottenere una pronuncia giudiziale che, pur non cancellando il vincolo contrattuale, lo riconduca coattivamente ad equità.
Le suddette considerazioni, quindi, sembrerebbero consentire il ricorso al rimedio rescissorio con riferimento a tutti i contratti esecutivi di un'intesa vietata ex art. 2, con ciò offrendo al consumatore un sistema utile per ripristinare lo *status quo*, ovvero per riequilibrare forzatamente il patto iniquo.

La tesi esposta, pur suggestiva, non può essere condivisa. Essa, infatti, urta contro il principio che fa della rescissione del contratto uno strumento eccezionale, invocabile solo nel caso del configurarsi dei presupposti previsti dalla legge, i quali non sono interpretabili estensivamente. L'eccezionalità dello strumento è dimostrata, peraltro, dalle peculiarità della disciplina, che ne fissa l'esperibilità entro ristrettissimi termini di prescrizione e sancisce l'impossibilità di convalida del contratto rescindibile.

Una parte della dottrina è costellata da opinioni che vedono nella nullità del contratto a valle una forma di invalidità derivata, la cui origine va ricercata nel vizio che colpisce il negozio che ne costituisce l'antecedente logico giuridico.
Una diversa tesi, invece, sostiene che la contrattazione a valle si esponga ad un regime invalidativo non tanto per essere espressione del contenuto dell'intesa, bensì per un vizio suo proprio che ne giustifica l'immeritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento e che si risolve in una forma di illiceità della causa o dell'oggetto.
Partendo dalla tesi dell'invalidità derivata, la dottrina e la giurisprudenza fondano tale regime di trasmissione del vizio sulla sussistenza di un collegamento negoziale tra l'intesa e il negozio a valle.

Si tratterebbe, più specificamente, di un collegamento negoziale bilaterale, necessario o volontario, nel senso che un contratto non può esistere senza l'altro e i vizi e le anomalie dell'uno si estendono automaticamente anche all'altro, essendo essi teleologicamente connessi in quanto perseguenti il medesimo scopo finale, scopo che non potrebbe essere realizzato senza uno dei due.

Tale interdipendenza tra i due atti negoziali farebbe sì che la sanzione che si abbatte sull'intesa vietata ai sensi dell'art. 2 non possa non colpire anche il contratto che ne costituisce esecuzione e naturale espressione esterna. Secondo questa tesi, la previsione della nullità nella legge *antitrust* necessità di questo carattere di ambulatorietà, poiché se i contratti a valle fossero immuni dalla sanzione, la previsione dell'art. 2 resterebbe lettera morta, in quanto non sarebbe realmente e concretamente realizzato lo scopo di evitare l'indebita restrizione della libertà concorrenziale.
La repressione del comportamento anticoncorrenziale, quindi, parte dall'intesa per poi estendersi naturalmente ed automaticamente a tutti gli atti che ne derivano e che ad essa sono inscindibilmente collegati. Anche a questo proposito si richiama il tenore letterale dell'art. 2 ove l'intesa è qualificata nulla "ad ogni effetto".

Questa interpretazioni non è stata priva di contestazioni, in quanto, l'interdipendenza di cui si parla sembra non sussistere affatto, in quanto, di regola, il contratto tra impresa aderente al cartello e consumatore o utente finale che dir si voglia non è frutto di un ossequio esplicito e diffuso al cartello stesso, ma è espressione della semplice autonomia privata dei contraenti: ciò deriva dal fatto che le parti potrebbero fissare clausole

contrattuali in palese dissenso con i principi sanciti nell'intesa. L'eventuale recepimento in via negoziale di tali principi, anche se frutto di una forma di obbligo morale a cui l'imprenditore si sente legato, non può di per sé essere considerato motivo sufficiente per porre nel nulla la pattuizione a valle. In altri termini, il fatto che il contratto a valle sia conforme al patto imprenditoriale nullo non può essere considerato un vizio del contratto, derivante dall'illiceità dell'intesa, poiché a tale conformazione non partecipa il contraente debole: l'adesione alle regole è frutto del processo di volontà proprio dell'imprenditore, non anche del consumatore, il quale, di regola, non ha la minima idea dell'esistenza dell'intesa. Non c'è, quindi, una volontà comune di produrre l'effetto anticoncorrenziale.
Infine, la tesi della nullità derivata è criticabile in relazione al tenore letterale della norma invocata. L'art. 2 della legge *antitrust* sancisce la nullità ad ogni effetto dell'intesa, non anche di altri contratti che, come si è visto, possono non essere ad essa intimamente connessi. Non v'è quindi un appiglio normativo per sanzionare il contratto a valle con la nullità, seppur di riflesso.

L'orientamento forse più importante in materia di nullità del contratto a valle per vizio endogeno, accolto peraltro anche dalla giurisprudenza di merito, è quello che qualifica la nullità dei contratti "a valle" come nullità virtuale ex art. 1418, comma 1, c.c., per contrarietà alla norma imperativa dettata dall'art. 2 della legge 287.

Si tratterebbe, quindi, di un contrasto diretto del contratto a valle con la norma in esame che, come si è già visto, costituisce esplicazione dell'ampio principio riconosciuto a livello costituzionale di leale e corretta competizione concorrenziale.

La nullità virtuale si giustificherebbe in base alla diretta violazione di questo principio in quanto il contratto a valle costituisce espressione della posizione di sfavore in cui viene a trovarsi il consumatore o contraente debole in genere: questi non ha scelta, non ha la possibilità economica di indirizzarsi utilmente verso altro imprenditore concorrente, poiché quest'ultimo quasi certamente avrà aderito al cartello e le condizioni da lui praticate non saranno vantaggiose.

Tale situazione appare come fotografia nitida dell'eliminazione di fatto della libera concorrenza, eliminazione di cui il contratto a valle è chiara espressione. Il contratto a valle viola la libera concorrenza, ed è pertanto visto con sfavore dall'ordinamento che, quindi, ad esso nega ogni forma di tutela privandolo di ogni effetto giuridico. La tutela del mercato, in questa teoria, si intreccia con la tutela del fruitore dei beni che il mercato offre;

se il mercato è protetto, tra l'altro, mediante la declaratoria di nullità degli atti che lo danneggiano, altrettanto deve dirsi per gli atti che partecipano alla produzione del danno.

Anche questa teoria non è esente da critiche. Va detto, infatti, che buona parte della dottrina evidenzia che la violazione di norme imperative non è sempre rinvenibile in uno schema negoziale come quello che si ha nella sequenza intesa – contratto a valle. Il contrasto con tali norme non può dirsi *in re ipsa* in tale ultimo contratto, dovendosi dapprima accertare la sussistenza in concreto della lesione arrecata alla libera concorrenza. Peraltro, la lettera della norma fa riferimento alle pattuizioni tra imprenditori, non anche alle successive fattispecie negoziali. Orbene, seppur si volesse interpretare estensivamente la norma, si dovrebbe fare i conti con un dato di fatto: la volontà del contraente debole è solo parzialmente e indirettamente coartata dal contenuto dell'intesa. Per poter parlare di nullità virtuale del contratto a valle in virtù dell'estensione della portata normativa dell'art. 2 occorrerebbe dimostrare che l'eliminazione giuridica di tale contratto sia l'unica strada percorribile onde annullare l'effetto distorsivo del gioco della concorrenza che, in realtà, è stato causato esclusivamente dall'intesa. Questo ragionamento, però, non collima con l'idea generale secondo cui la nullità virtuale presuppone un contrasto diretto tra la pattuizione e il precetto imperativo, nel senso che il precetto deve vietare proprio la stipulazione di quel particolare contratto o di quella particolare clausola. Tale contrasto diretto non è ravvisabile, a meno di operazioni interpretative di dubbia coerenza giuridica.

Un primo filone di pensiero individua il vizio proprio del contratto nell'illiceità della causa del contratto a valle, in quanto lo stesso verrebbe stipulato in aperto contrasto con un principio espresso in una norma imperativa quale è l'art. 2 della legge 287. Tale illiceità potrebbe anche essere connessa alla violazione del più ampio principio di ordine pubblico, sancito dall'art. 41 Cost., che stabilisce la libertà dell'iniziativa economica privata e, quindi, la libertà di concorrenza.

L'illiceità della causa, secondo questa dottrina, andrebbe ravvisata nell'obiettivo perseguito dall'imprenditore, il quale mira ad ottenere, con il contratto a valle, un profitto maggiore di quello che otterrebbe in assenza dell'illecita pratica anticoncorrenziale.

In questo caso, quindi, l'autonomia privata scavalcherebbe il limite della libera concorrenza dando luogo a negozi non meritevoli di tutela. Il combinato disposto dell'art. 2 della legge 287 e dell'art. 41, comma 2, della Costituzione costituirebbero la base

normativa per poter porre nel nulla tutte le concrete espressioni di volontà privata che con essa si pongono in contrasto sotto il profilo causale.
Parte minoritaria della dottrina, invece, individua l'illiceità della causa del contratto a valle secondo il meccanismo della frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c.: il contratto a valle costituirebbe il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa, l'art. 2 della legge *antitrust*.

La teoria dell'illiceità della causa non è condivisibile per diverse ragioni. La principale sembra essere data dalla nuova concezione della causa quale funzione economico individuale del contratto. La causa in concreto del contratto a valle è, per l'imprenditore, quella del compimento di atto di impresa teso alla realizzazione del maggior profitto; stesso discorso non può farsi per il contraente debole, il quale ha quale unico scopo il soddisfacimento di un bisogno di natura personale che nulla ha a che vedere con lo scopo ulteriore perseguito dall'imprenditore. In mancanza di un comune intento sembra difficile, anche alla stregua della concezione della causa concreta, giustificare la nullità del contratto a valle in base all'illiceità della sua causa.

Altra teoria avanzata dai sostenitori dell'idea del vizio endogeno è quella che ravvisa nel contratto a valle la nullità per illiceità dell'oggetto.
Ciò avviene quando il contratto recepisce sostanzialmente i precetti contenuti nell'intesa anticoncorrenziale. Identificato l'oggetto del contratto con il suo contenuto, e quindi con le clausole che lo compongono, è chiaro che, ai sensi degli artt. 1418, comma 2 e 1346 c.c. il contratto a valle è nullo per illiceità dell'oggetto. Tale teoria, tuttavia, non può dirsi risolutiva del problema in quanto può trovare cittadinanza solo nei casi in cui i contratti a valle riproducono il contenuto dell'intesa: ciò avviene normalmente nelle fattispecie in cui la pratica concordata riguarda il concepimento di condizioni contrattuali uniformi, che vengono poi riversate integralmente nei singoli contratti con i consumatori, senza che vi sia, in capo a questi ultimi, alcun potere di rinegoziazione in merito. L'apparente parziale accoglibilità della tesi in questione, tuttavia, svanisce del tutto alla stregua di una semplice considerazione. La legge *antitrust* colpisce le pratiche capaci di alterare il lineare andamento della competizione tra imprese, e, a tal uopo, non vieta tanto l'adozione di specifiche e tipizzate clausole contrattuali, quanto piuttosto la modalità con cui le medesime vengono concordate. Si è già chiarito, infatti, che l'intesa può avere un contenuto astrattamente lecito, ma, in virtù del contesto in cui è calata, può essere

dichiarata nulla per l'effetto anticoncorrenziale che produce. In un caso del genere, la singola clausola contrattuale trasfusa dall'intesa al negozio a valle non può dirsi illecita, poiché altro è osservare il singolo negozio, altro è osservare l'effetto globale che la pratica concordata produce mediante la stipulazione di numerosi contratti standardizzati e sottoscritti indistintamente da numerosi consumatori. Ciò non è competenza del giudice di merito, il quel si trova di fronte ad una singola fattispecie negoziale, il cui contenuto, in sé considerato, potrebbe non violare alcun precetto di legge.

E'possibile rinvenire nei rimedio della nullità di protezione gli elementi utili al fine di realizzare gli scopi prefissati, ciò in considerazione dei caratteri di relatività e di parzialità che la contraddistinguono. Si è infatti notato che, in aderenza al principio di conservazione del contratto, la figura della nullità di protezione consente di evitare una caducazione pressoché certa del contratto stesso e di mantenerne in vita le parti non inficiate dalla violazione.

Il Codice del Consumo, oggi, sembra costituire, come si è evidenziato nelle pagine precedenti, lo statuto centrale di tale figura, la quale si pone non tanto come un istituto eccezionale rispetto alla nullità di diritto comune, quanto piuttosto come un'ipotesi speciale, suscettibile di applicazione analogica. L'applicabilità di tale istituto nel caso del contratto a valle appare la soluzione più adatta, anche in considerazione dell'innegabile parallelo[64] che può riscontrarsi tra le esigenze poste alla base del decreto del 2005 e quelle connesse alla rimozione degli effetti dannosi del contratto esecutivo dell'intesa nulla. Il carattere della destinazione dell'istituto a garanzia dell'interesse del solo soggetto realmente interessato, il consumatore o contraente debole che dir si voglia, con il conseguente regime di derogabilità della disciplina solo in senso più favorevole a quest'ultimo, rafforzano, invero, la tesi in esame.

I caratteri della nullità di protezione sono già stati passati in rassegna.

Il profilo della relatività della nullità di protezione, per quanto "autorizzato" dalla salvezza contenuta nell'art. 1421 c.c., costituisce carattere tipico di tutte le previsioni protettive, in quanto è sancito in ognuna di esse che la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore (o dal cliente), con ciò giungendo a delineare una figura di nullità a sé stante,

[64] G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 238, individua quale *ratio* unitaria delle fattispecie di nullità di protezione - tale da giustificarne un'applicazione analogica - "la sussistenza di uno squilibrio, non eventuale ma strutturale, tra le parti contraenti, al quale un criterio normativo attribuisca rilevanza formale", cui sarebbe riconducibile, in particolare, il divieto di abuso di posizione dominante, idoneo a determinare la nullità del contratto in cui l'abuso si sia concretizzato, proprio perché "consente, fissandone i relativi criteri, un apprezzamento a posteriori, in concreto della sussistenza di uno strutturale squilibrio tra i contraenti

una sorta di sanzione alternativa alla nullità vera e propria, che, peraltro, sembra fare al nostro caso[65].

Con la sentenza 2305/07[66] la Cassazione ha approfondito i temi connessi alla tutela risarcitoria conseguente a violazioni di diritto antitrust.

La vicenda ancora una volta trae origine dal più volte citato cartello assicurativo: in particolare nella causa originaria davanti alla Corte di Appello di Napoli, la ricorrente richiedeva ai sensi dell'art. 33, comma 2, il risarcimento del danno subito a seguito dell'intesa restrittiva della concorrenza posta in essere dalla convenuta insieme ad altre compagnie assicurative e sanzionata dall'AGCM.

La Corte di Appello accordava la tutela risarcitoria e l'originaria convenuta adiva quindi la Corte di Cassazione contestando la mancata individuazione da parte del giudice di merito del diritto soggettivo leso, del comportamento antigiuridico tenuto dalla compagnia nel singolo rapporto, nonché del nesso di causalità tra condotta ed evento.
Tali tesi si fondavano essenzialmente sulla pretesa indipendenza giuridica tra l'intesa a monte e il contratto a valle, tale per cui gli effetti restrittivi dell'uno non si sarebbero trasmessi all'altro.

In sintesi, la Corte ha dapprima rigettato l'assunto dell'attore secondo cui la tutela aquiliana presupporrebbe l'individuazione di un diritto soggettivo violato. In questo senso, la Corte ripercorre l'evoluzione giurisprudenziale sulla nozione di danno ingiusto che ha progressivamente disancorato la risarcibilità del danno dalla lesione di una posizione giuridica della vittima tutelata *erga omnes* da altra norma primaria. Come ricordato dalla Corte infatti "*l'area della risarcibilità non è, quindi, definita da altre norme recanti divieti e, pertanto, costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), bensì da una*

[65] Favorevole al rimedio della nullità di protezione sembra L. DELLI PRISCOLI, *Le restrizioni verticali della concorrenza, op. cit.*, p. 159; Critico, invece, G. GUIZZI, *Mercatoconcorrenziale…, op. cit.,* p. 78, nota 18, il quale non condivide l'impostazione di fondo della tesi della nullità di protezione, ovvero l'essere la normativa antitrust dettata a protezione di una particolare categoria di soggetti, identificata alternativamente ora con quella del consumatore ora con quella del contraente debole.

[66] Cass. civ., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305 - L'azione di risarcimento del danno si prescrive in cinque anni dal giorno in cui chi assume di aver subito un danno abbia avuto, usando l'ordinaria diligenza, ragionevole e adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia. Infatti, vi e` uno scollamento temporale tra il momento dell'inflizione del danno ad opera del danneggiante e il momento della sua percezione da parte del danneggiato, la quale si verifica in un momento successivo, ossia quando egli e` stato adeguatamente informato circa il fatto che l'aumento del prezzo pagato era conseguenza di un'intesa vietata tra imprese.

*clausola generale, espressa dalla formula danno ingiusto, in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato non iure, ossia inferto in difetto di una causa di giustificazione, che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento. Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria) volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui"*.

Operate tali premesse, la Corte non ha incontrato particolari problemi nel concludere che l'azione dell'assicurato tendeva alla tutela dell'interesse giuridicamente protetto (dalla normativa comunitaria, dalla costituzione e dalla legislazione nazionale) alla libertà contrattuale, e più in particolare al diritto di godere dei benefici della libera competizione commerciale (quale colonna portante del meccanismo negoziale e della legge della domanda e dell'offerta), e che tale interesse poteva risultare direttamente leso da comportamenti anticompetitivi posti in essere a monte delle imprese.

Passando alla seconda fase dell'analisi, la Corte ha rilevato la necessità che tra danno ingiusto e comportamento anticoncorrenziale sussista un adeguato nesso causale.
La Corte, valorizzando le considerazioni svolte dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2005 in merito alla inscindibilità fra intesa a monte, causa remota e singoli contratti attuativi, ha riconosciuto che tali contratti costituiscono il compimento stesso dell'intesa anticompetitiva, la sua "realizzazione finale", circostanza che legittima il giudice a "*desumere il legame eziologico tra comportamento anticoncorrenziale e danno lamentato attraverso presunzioni probabilistiche che si fondino sul rapporto di sequenza costante tra antecedente e dato consequenziale"*. In altre parole, se non esiste cesura tra intesa a monte e contratto attuativo, non vi è nulla che impedisca di ricorrere a presunzioni per stabilire che l'incremento del premio assicurativo risulta causalmente collegato all'illecito antitrust accertato dall'AGCM.

A questo specifico riguardo la Corte, dopo aver richiamato le nozioni di causalità materiale e causalità giuridica, ha rilevato come la valutazione del nesso causale debba compiersi secondo criteri o di probabilità scientifica o, ove non possibile, di logica aristotelica, secondo il principio dell'alta probabilità.

Con particolare riguardo al danno lamentato dall'attore, la Corte rileva come questo si atteggi sotto forma di perdita di chance, dal momento che l'assicurato per effetto dell'intesa anticoncorrenziale ha perso la possibilità di ottenere migliori condizioni di polizza. In relazione a tale tipologia di danno, prosegue la Corte la giurisprudenza ammette la prova secondo un calcolo probabilistico o per presunzioni; in tal caso tuttavia deve essere consentito alla controparte di addurre elementi di prova che smentiscano le presunzioni e la sequenza probabilistica che fa derivare il danno dall'intesa illecita e su tale specifico punto la sentenza della Corte di Appello viene cassata per aver omesso di considerare le prove addotte dalla compagnia assicuratrice.

Sulla base di tali elementi la Corte conclude rilevando che nell'azione risarcitoria ex art. 33 della Legge 287/90 "*l'assicurato ha l'onere di allegare la polizza assicurativa contratta (quale condotta finale del preteso danneggiante) e l'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale (quale condotta preparatoria), ed il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima ed il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni, senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti dall'assicuratore che tenda a provare contro le presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, che siano stati da soli idonei a produrre il danno, o che abbiano, comunque concorso a produrlo".*
In questo modo la Corte addiviene ad una sintesi delle diverse posizioni emerse nella giurisprudenza di merito, da un lato ritenendo che l'assicurato non sia tenuto a fornire la prove specifica del nesso causale tra violazione a monte e danno derivante dall'intesa a valle, e dall'altro precisando che rimane aperta la possibilità per la controparte di fornire elementi di prova contrari tali dunque da interrompere il nesso causale.

La panoramica sul contenuto della pronuncia della Cassazione consente di apprezzare come il ragionamento della Corte abbia spaziato su temi di fondamentale importanza sotto il profilo della teoria del risarcimento del danno antitrust, quali l'individuazione del nesso causale, il riparto dell'onere della prova in azioni *follow-on*, i criteri di quantificazione del danno e la decorrenza del termine di prescrizione, tanto che in dottrina si è parlato di un malcelata ambizione della Corte di tratteggiare un "*manuale di base sul danno antitrust"*.

La pronuncia in esame, comunque, conferma nelle sue linee fondamentali l'approccio di cui alla precedente sentenza delle Sezioni Unite. Si mantiene infatti un'impostazione che tiene in precipua considerazione la complessità delle relazioni economiche sussistenti sul mercato, privilegiando così il nesso economico e funzionale tra i comportamenti degli operatori economici e la posizione soggettiva degli altri soggetti che partecipano al mercato.

Per questa via la Corte ribadisce che la disciplina antitrust costituisce la legge di tutti i soggetti del mercato, ivi inclusi i consumatori finali, e che, rispetto a questi ultimi, la funzione illecita dell'intesa è costituita dal restringimento del loro diritto di scelta effettiva tra i prodotti alternativi offerti sul mercato, a vantaggio di una scelta solo apparente.
Su tali basi la Cassazione compie in realtà una digressione in merito all'individuazione della situazione giuridica tutelata nella fattispecie dinanzi ad essa dedotta, al fine di verificare l'ingiustizia del danno patito dal consumatore finale ai sensi dell'art. 2043. Come si ricorderà, nella pronuncia del 2005 la Corte si esprimeva in termini generali, rilevando come la plurioffensività dei comportamenti concorrenziali determinasse un'esigenza di tutela per tutti coloro che abbiano un interesse processualmente rilevante alla conservazione del carattere competitivo del mercato al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere.
Nella sentenza ora in esame, la Suprema Corte compie uno sforzo ulteriore per identificare l'interesse rilevante nel caso di specie; in particolare, come si è visto in precedenza, l'azione risarcitoria proposta dall'assicurato viene ricondotta all'interesse ultraindividuale di derivazione costituzionale (e comunitaria alla luce dei principi espressi dalla Corte di Giustizia nel caso *Courage*) alla libertà contrattuale, che si concreta nel diritto di godere dei benefici della libera competizione commerciale. In un passaggio successivo, la Corte sintetizza il suo ragionamento individuando l'interesse giuridicamente protetto dalla cui lesione deriva il carattere ingiusto del danno nell'interesse "*ad un mercato liberamente competitivo"*
Tuttavia tale ricostruzione, che peraltro in alcuni passaggi ripercorre anche testualmente uno dei contributi della dottrina più articolati sul tema, a ben vedere non aggiunge molto a quanto già osservato dalla Corte nel precedente di riferimento, costituendo più un'esplicitazione di concetti già presenti nell'impianto della sentenza 2207/05 che un'evoluzione degli stessi in chiave interpretativa.

# CAPITOLO III

# Il SISTEMA GIURIDICO INGLESE ED IL PRIVATE ENFORCEMENT ANTITRUST

**3.1. Introduzione – 3.2. La disciplina antitrust nel Regno Unito: uno sguardo d'insieme – 3.3. Le azioni risarcitorie antitrust e private enforcement nel Regno Unito**

## 3.1. Introduzione

Nel presente paragrafo viene sintetizzato il quadro normativo afferente la normativa antitrust nel Regno Unito e le principali tappe della giurisprudenza sulle azioni antitrust per il risarcimento del danno.

L'analisi è volta, in primo luogo a chiarire le coordinate procedurali su cui si muove l'azione di risarcimento da illecito antitrust nel sistema inglese, in secundis ad evidenziare la forte influenza esercitata dagli orientamenti assunti dalla Corte di Giustizia sulla prospettiva con cui il giudice nazionale si è approcciato alla tematica in oggetto.

In particolare, vengono evidenziate le peculiarità del sistema oltre Manica rispetto agli altri sistemi continentali.

### 3.2. La disciplina *antitrust* del Regno Unito: uno sguardo di insieme

Per ragioni storiche e culturali, il Regno Unito è più vicino agli Stati Uniti che non al resto d'Europa per quanto riguarda la concezione di libertà e di democrazia economica e per il valore attribuito alla concorrenza. Partendo da questo presupposto non deve stupire che nel Regno Unito la preoccupazione che un'eccessiva concentrazione del potere economico potesse arrecare danni al sistema economico sorga già all'inizio del XX secolo. Ciò tuttavia non portò all'adozione di nessuna iniziativa concreta fino al 1944, anno in cui il Governo pubblicò "Libro Bianco sulla politica per l'occupazione". A questo documento seguì nel 1948 il *Monopolies and Restricted Practices Act* che proibiva quegli accordi restrittivi della concorrenza e quelle pratiche monopolistiche che fossero contrari all'interesse pubblico, interpretato quest'ultimo nel senso di grado di competitività delle imprese, e quindi non rilevando direttamente se fossero o meno lesivi della concorrenza. Organo competente ad indagare sui mercati era la "*Monopolies and Mergers Commission*", ma erano poi gli organi governativi a dover agire adeguatamente per tutelare l'interesse pubblico così individuato.

La concorrenza fra imprese divenne un bene oggetto di tutela autonoma a partire dagli anni '70 a seguito della spinta ideologica favorevole alle liberalizzazioni che porta nel 1979 alla costituzione del governo Tatcher.

In questo periodo il *Fair Trading Act* del 1973, il *Restricted Practices Act* del 1976 e il *Resale Price Act* del 1977 ridisegnarono l'intero apparato delle norme e dei poteri attribuiti ai vari organi istituzionali in materia di condotte anti-concorrenziali, istituendo in particolare due nuovi organi, il *Merger Panel* e l'*Offiice of Fair Trading* (OFT), il cui direttore denominato *Director General of Fair Trading*" (DGFT) godeva di ampi poteri investigativi, competenti a vigilare sulle concentrazioni tra imprese ed indagare su eventuali situazioni di monopolio, ed introducendo la tutela del consumatore quale bene di interesse pubblico.

I poteri di controllo del DGFT vennero ulteriormente ampliati dal *Competition Act* del 1980; tuttavia, essendo l'OFT un dipartimento del Ministero per l'Industria e il Commercio e rimanendo oggetto di tutela l'interesse pubblico, ossia un concetto assai più sfumato di quello di concorrenza e il cui perseguimento implica necessariamente una scelta politica, i criteri utilizzati nell'applicazione delle norme erano piuttosto benevoli. In particolare veniva spesso messa al primo posto l'esigenza di accrescere la competitività dell'industria nazionale a prescindere dagli effetti concorrenziali dei comportamenti oggetto di

valutazione. Soprattutto, però, in tutto l'impianto normativo mancava la previsione di illiceità per le condotte abusive e la conseguente sanzione: qualora la *Monopolies and Mergers Commission* e l'*Office of Fair Trading* ritenessero che una determinata condotta contrastasse con l'interesse pubblico potevano solo intimarne la cessazione al termine dell'istruttoria senza infliggere alcuna sanzione, né i terzi danneggiati potevano chiedere alcun risarcimento.

Nel 1998 il *Competition Act* venne radicalmente modificato per adeguarsi alla normativa comunitaria e contestualmente vennero abrogati il *Restricted Practices Act* e il *Resale Price Act*. L'attuale versione del *Competition Act* è pertanto modellata sugli articoli 101 e 102 del Trattato CE[67].

Il *Competition Act* ha introdotto una serie di sanzioni in cui possono incorrere le imprese che violino le norme poste a tutela della concorrenza, includendo oltre alle pene pecuniarie la possibilità per i soggetti terzi di chiedere il risarcimento dei danni eventualmente subiti. La riforma attuata con il *Competition Act* del 1998 non era tuttavia definitiva: l'attuale assetto normativo, infatti, è quello delineato dall'*Enterprise Act* del 2002, il quale ha integrato il *Competition Act*, pur non alterandone la filosofia. In particolare l'*Enterprise Act* ha eliminato la figura del Direttore Generale, trasferendone i compiti all'OFT ed ha trasferito all'OFT le competenze relative alla fase istruttoria in materia di concentrazioni abolendo anche in questa materia il principio dell'interesse pubblico. Soprattutto l'*Enterprise Act* ha avvicinato il sistema britannico a quello statunitense per quanto riguarda le sanzioni a carico delle imprese: sono state infatti introdotte sanzioni penali, fino a cinque anni di reclusione, per i rappresentanti delle imprese che partecipano in mala fede a cartelli giudicati particolarmente dannosi quali la fissazione dei prezzi, la fissazione delle quote di mercato o la limitazione della produzione. Inoltre l'*Enterprise Act* ha attribuito ai rappresentanti dei consumatori il diritto di presentate all'OFT o agli altri regolatori particolari tipologie di ricorsi (c.d. "*Supercomplaints*") a seguito dei quali gli uffici competenti possono avviare una procedura istruttoria sulla materia del ricorso.

---

[67] Il *Chapter I* si applica agli accordi sia formali che informali che abbiano effetto sul commercio interno del Regno Unito ovvero abbiano come scopo o effetto la prevenzione, la restrizione o la distorsione della concorrenza all'interno del paese, fornendo il medesimo elenco esemplificativo
contenuto nell'art. 81 (1) del Trattato CE e prevedendo i medesimi requisiti per la concessione dell'esenzione. Vi è però una rilevante differenza rispetto alla normativa comunitaria: le proibizioni del *Chapter I* si applicano solo nei casi in cui l'intesa abbia un effetto restrittivo apprezzabile della concorrenza; per questa ragione la prassi dell'OFT prevede che solo se la quota cumulata fra le imprese che partecipano all'accordo è pari o superiore al 25%, sussistono i presupposti per un intervento in applicazione del *Chapter I*. Il *Chapter II* proibisce invece gli abusi posti in essere da
una o più imprese aventi una posizione dominante sul mercato britannico o su una parte di esso che influenzino il commercio all'interno del Regno Unito, laddove la posizione dominante viene determinata seguendo i criteri stabiliti dagli organi comunitari, ed incentrati sulla quota di mercato.

L'*Enterprise Act* ha infine istituito il *Competition Appeals Tribunal* (CAT), in sostituzione del precedente *Competiton Commission Appeals Tribunal*.

Il CAT è un tribunale indipendente competente a ricevere i ricorsi avverso tutte le decisioni delle autorità *antitrust* in relazione alle quali può sindacarne la legittimità. Nell'adozione delle sue decisioni il CAT è supportato dal *Commission Service*, un organo tecnico dipendente dal tribunale.

Il sistema legislativo britannico a tutela della concorrenza è quindi piuttosto complesso; tale complessità è dovuta principalmente al fatto che si tratta di un sistema sviluppatosi in maniera non lineare seguendo un approccio pragmatico e non un modello teorico generale. Esso, inoltre, ha mantenuto per lungo tempo le sue peculiarità, recependo in ritardo rispetto agli altri Stati membri dell'Unione Europea l'impianto normativo comunitario, innestando così quest'ultimo in un quadro legislativo e istituzionale già complesso ed articolato.

Il sistema attuale si fonda su due organi, il già citato *Office of Fair Trading*[68] (OFT) e la *Competition Commission*[69] (CC), entrambi organi statali indipendenti, i cui membri sono tuttavia nominati dal Ministro dell'Industria e del Commercio per una durata da lui stabilita e possono altresì essere rimossi in caso di loro incapacità o condotta scorretta. L'OFT è la principale autorità *antitrust* e ad esso è attribuito in prima istanza il compito di applicare la disciplina *antitrust* e di tutelare i consumatori. La *Competition Commission*, che ha sostituito la *Monopolies and Mergers Commission* ha invece il compito, qualora l'OFT le abbia segnalato il caso, di studiare le fusioni tra imprese e stabilire i rimedi da adottare per ripristinare un sufficiente livello di concorrenza nel caso in cui esse abbiano effetti lesivi della stessa.

68 Per maggiori informazioni http://www.oft.gov.uk/about-the-oft/what/ - La missione dell'OFT è quella di garantire il buon funzionamento dei mercati per il bene dei consumatori. L'ufficio incoraggia le imprese a conformarsi alla concorrenza e al diritto dei consumatori e a migliorare le loro pratiche commerciali tramite l'autoregolamentazione; agisce per far cessare le trasgressioni; effettua lo studio dei mercati; consente ai consumatori di acquisire le conoscenze e le competenze necessarie per compiere scelte informate e ottenere il massimo valore dai mercati. Come organizzazione professionale indipendente, l'OFT ha un ruolo leader nella promozione e tutela degli interessi dei consumatori nel Regno Unito, garantendo nel contempo che le aziende siano equi e competitivi.

69 La Commissione della concorrenza (CC) è un organismo pubblico indipendente che conduce approfondite indagini sulle fusioni e sulla regolamentazione delle industrie più importanti al fine di garantire una sana concorrenza tra le imprese del Regno Unito a beneficio delle aziende, clienti e l'economia. Tutte le indagini del CC sono intraprese a seguito di un rinvio operato da un'altra autorità, il più delle volte l'Office of Fair Trading (OFT) (che riferisce fusioni o indagini di mercato), o uno dei regolatori di settore (che possono fare riferimento i mercati nelle loro giurisdizioni, settoriali o fanno riferimenti normativi in relazione al controllo dei prezzi e ad altre modifiche delle licenze) o come conseguenza di un ricorso contro una decisione di uno dei regolatori di settore.

### 3.3. Le azioni risarcitorie antitrust e *private enforcement* in Gran Bretagna

In Gran Bretagna, l'azione di risarcimento per danni per violazione della normativa antitrust è una *action for tort*, cioè una azione di responsabilità extracontrattuale per violazione degli obblighi di legge.

Tale impostazione è stata affermata nella sentenza *Garden Cottage Foods Ltd v Milk Marketing Board (1984)*, in cui emerge chiaramente come *"una azione per violazione degli artt. 81 ed 82 del Trattato deve essere affrontata come una azione per "tort of breach of statutory duty"*. Tale orientamento è stato confermato dalla Court of Appeal in *Bourgoin SA v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food* (*1985).* .

Gli obblighi di legge sono pertanto quelli stabiliti dagli artt. 101 e 102 del Trattato, in base al principio dell'effetto diretto del diritto comunitario sul sistema inglese.

I principi del diritto inglese sono applicabili nel caso di un azione per violazioni dell'articolo 101 e 102 del Trattato, a condizione che tali norme non siano in contrasto con i principi di diritto comunitario, i quali richiedono agli Stati membri di interpretare ed applicare il diritto interno al fine di garantire l'efficacia e l'effettività della tutela offerta dalla normativa europea.

Per intraprendere una azione per violazione degli artt. 101 e 102[70], è necessario dimostrare:

- che la violazione ha provocato una perdita reale per l'attore;

*70* Sono state intraprese una serie di azioni davanti le corti inglesi per violazione degli artt. 81 ed 82 del Trattato. In particolare, nella causa "Entreprise Inns V Carr (14 febbraio 1997) e "Roberts V Greene King" del 1998, Article 81: In *Enterprise Inns v Carr (unreported - 14th February, 1997)* and *Roberts v Greene King ([1998] EuLR 516*), both cases involving disputes between tied tenants of public houses and their brewer landlords, the courts rejected the tenants' defences under Article 81 and granted interim injunctions to prevent the tenants buying supplies in breach of the tie. Article 82: In *Heathrow Airport Ltd v (1) Forte (UK) Ltd (2) Alpha Airport Holdings (UK) Ltd (3) Alpha Airports Group plc ([1988] EuLR 98*) la corte ha accolto il ricorso dell'attore nei confronti del padrone di casa per la richiesta di arretrati di affitto, in quanto aveva sostenuto che l'inquilino aveva subito un abuso di posizione dominante. Article 82: In *easyJet Airline v British Airways Plc* (*[1998] EULR 351*), EasyJet affermava che British Airways stava commettendo un abuso di posizione dominante con sovvenzioni alla "Go" (società che gli apparteneva interamente la quale effettuava voli low-cost). Il giudice HA ha respinto la richiesta di Easy Jet di far cessare il comportamento di British Airways, in considerazione del fatto che, al momento della domanda, Go non aveva annunciato di voler volare sulle rotte easyJet.
Article 82: In *Norbain SD Ltd v Dedicated Micros Ltd* (*[1998] EuLR 266*), anche se il Giudice ha rifiutato di concedere una injury che imponesse al convenuto di continuare a fornire apparecchiature di controllo, ha osservato che ci possono essere casi in cui una ingiunzione sia necessaria al fine di mantenere lo status quo tra le parti. Tutti i casi fino ad oggi presentati presentano domande di provvedimento cautelare urgente o giudizio sommario, cioè in attesa di giudizio pieno. Tuttavia, non vi è alcuna ragione di principio per cui un tribunale non dovrebbe anhe concedere un'ingiunzione permanente al processo se le circostanze lo giustificate.

- la violazione da diritto a proporre una azione civile di risarcimento ( sono le corti nazionali che hanno l'obbligo di garantire la protezione dei diritti degli attori);
- che la violazione ha provocato un effetto discorsivo sul principio della concorrenza tra gli Stati.

Nel sistema inglese, come nel sistema statunitense, l'azione civile viene iniziata dall'attore, che propone una domanda al giudice (c.d. *complaint),* con la quale espone e fornisce le motivazioni della richiesta risarcitoria; nello stesso documento chiede alla controparte di rispondere alle allegazioni (c.d. *pleading*).
Instaurato il giudizio, quindi, indipendentemente dal fatto che ci sia un ordine del giudice, sulle parti gravano:

- l'obbligo di disclosure, cioè di svelare alla controparte tutta una serie di informazioni rilevanti per la risoluzione della controversia;
- l'obbligo di discovery, cioè di assecondare le richieste di produzione di determinati documenti effettuate dalla controparte.

Se una delle parti non condivide la richiesta dell'altra, può rivolgersi al giudice per un provvedimento ma, nella maggior parte dei casi, la situazione viene risolta attraverso un processo di trattative tra le parti.[71]

All'interno nei Paesi membri dell'Unione Europea, il sistema inglese costituisce pertanto una eccezione al principio della centralità del giudice nella fase di acquisizione delle prove.

In particolare, nel Regno Unito, dopo che l'attore ha notificato l'atto introduttivo del giudizio, il convenuto ha l'obbligo di rivelare una lista di tutte le informazioni su cui si intende fare affidamento non solo per respingere le richieste formulate dall'attore ma anche i dati la cui divulgazione potrebbe essere controproducente *(c.d standard disclosure*).

Pur tuttavia, è bene sottolineare delle differenze tra il sistema statunitense ed inglese: il sistema di *disclosure* inglese è molto più ampio rispetto a quello statunitense mentre il sistema della *discovery* (il potere di richiedere alla controparte l'esibizione di una determinata documentazione senza passare ex ante per un provvedimento del giudice) è più ampio nell'ordinamento statunitense.

[71] Gli obblighi tra le parti nascono dunque ex lege e l'intervento del giudice nella fase di acquisizione delle prove, si ha ex post, qualora insorga una controversia sui documenti da produrre. Per maggiori approfondimeti M. TARUFFO, Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali, in Foro Italiano 2001.

Un attore che richiede il risarcimento per danni per violazione degli articoli 101 ed 102 del Trattato deve provare di aver subito una perdita.

In considerazione del fatto che l'azione di risarcimento si basa sulla violazione di un obbligo di legge, esso viene attribuito per permettere al ricorrente di ristabilire lo *status mundi* che si sarebbe avuto, qualora la violazione non si fosse verificata.
Per esempio, se un consumatore cita il proprio fornitore per violazione dell'art. 81 del Trattato, scoprendo che quest'ultimo fa fissato i prezzi di vendita in base ad un cartello, egli potrà chiedere la differenza tra il prezzo pagato e quello che invece avrebbe pagato in una ipotesi di mercato concorrenziale.

In *Donovan v Electricity Supply Board* (*1994),* l'Alta Corte Irlandese stabilì che gli attori avevano subito un danno derivante dall'abuso di posizione dominante e, per tale ragione, la Corte avrebbe stabilito il quantum qualora le parti non avessero raggiunto un accordo.
La Corte osservò altresì che *"the function of the court is to compensate injured parties for damage suffered as a result of the abuse"*

Poiché tutte le informazioni vengono acquisite dal giudice del dibattimento prima dell'inizio dello stesso, è chiaro che, in assenza della giuria, l'effettiva assunzione delle prove orali e l'esposizione orale degli argomenti difensivi degli avvocati sono, per ragioni comprensibili, ridotte al minimo. Normalmente, inoltre, il giudice, ove l'escussione dei testi sia ritenuta necessaria, dispensa gli avvocati dall'esame diretto e autorizza la sola *cross-examination* dei testimoni la cui attendibilità sia controversa. Infine il giudice limita, di regola, l'*expert evidence* alle relazioni scritte predisposte dai consulenti e ne dispone l'assunzione dibattimentale solo in casi eccezionali ed anche la lettura delle prove documentali sarà normalmente superflua.
Ciò significa che oggi il *trial* non è più quel teatrale evento entrato nella mitologia processuale cui il giudice assisteva impassibile, ma una semplice udienza nella quale, sotto il controllo attivo del giudice, gli avvocati discutono oralmente le questioni controverse maggiormente rilevanti.

*Exemplary damages* possono essere attribuiti solo in caso di abusi estremi: un esempio può essere costituito dalla situazione in cui il convenuto aveva calcolato che il

profitto che gli sarebbe derivato dalla intesa anticoncorrenziale sarebbe stato superiore rispetto a qualsiasi risarcimento del danno che sarebbe stato chiamato a versare.

Per quanto concerne i soggetti legittimati a richiedere il risarcimento, la Corte d'Appello, nel caso Crehan vs Courage, ha affermato che una parte di una intesa anticoncorrenziale non può fare una azione di risarcimento, per la violazione dell'articolo 81, nei confronti degli altri soggetti che hanno preso parte all'accordo, sulla base del fatto che entrambe le parti hanno commesso un errore; infatti, la finalità dell'articolo citato è la protezione della concorrenza e non dei "concorrenti".

Tuttavia, non è chiaro se questa regola sarà di portata generale, in quanto, ci sono casi in cui la violazione delle parti non possono essere messe sullo stesso piano per gravità. Per esempio, un individuo senza la consulenza giuridica può stipulare un accordo di forma standard con una grande società che agisce con il supporto di un team di esperti.

Se l' accordo è in violazione dell'articolo 101, è difficile dire che entrambe le parti hanno ugualmente commesso un errore. Questa domanda è stata deferita alla Corte di Giustizia Europea e, a parere dell'avvocato generale, "*una parte di un accordo illecito ai sensi dell'articolo 81 dovrebbe avere il diritto al risarcimento dei danni dinanzi al giudice nazionale, a condizione che egli abbia una responsabilità trascurabile nell'ottica di una distorsione della concorrenza".*[72]

Per quanto concerne il giudice competente per la trattazione degli illeciti antitrust, in Gran Bretagna vi è un sistema di doppio binario: Il CAT (Competition Appeal Tribunal)[73]

[72] Causa C-453/99, 22 mar 2001

[73] Il Competition Appeal Tribunal (CAT) è stato creato dalla sezione 12 dell'Enterprise Act 2002, entrato in vigore il 1 aprile 2003.
Le attuali funzioni del CAT includono l'udienza di appello nei confronti delle decisioni prese dall'Office of Fair Trading (OFT) e dai regolatori nel settore delle telecomunicazioni, elettricità, gas, acqua, ferrovie e traffico aereo settori dei servizi, (ii) le azioni per risarcimento danni, dove esiste una decisione preliminare del OFT o della Commissione Europea e (iii) la revisione delle decisioni prese dal segretario di Stato, dall' OFT e dalla Commissione della concorrenza in materia di fusione.
Il CAT hanno una organizzazione interna che permettere di trattare i casi, assicurando il contradditorio e che i ricorsi siano esaminati celermente ed in modo equo. Per raggiungere questo obiettivo le regole sono modellate in parte sull' UK Civil Procedure Rules del 1998
e in parte sul Regolamento di procedura del Tribunale di Primo Grado delle Comunità europee (TPG), che si occupano di ricorsi in casi di concorrenza ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE. Un aspetto centrale della procedura è la gestione attiva dei casi da parte del giudice. Ci sono cinque principi fondamentali del regolamento, che sono indicative della gestione attiva dei casi:

- ciascuna parte deve presentare il caso per iscritto, con il supporto di documenti prodotti fin dall'inizio;
- il CAT si impegna a identificare e concentrarsi sulle questioni principali in quanto più tempestivamente possibile al fine di evitare prolissità eccessiva o ritardi e per garantire che la prova sia presentata in un modo efficiente;
- viene stabilito un calendario del caso sin dall'inizio e si rispettano i tempi. In generale, il Tribunale cerca di completare i casi semplici in meno di sei mesi; ù

ha competenza per decidere le azioni di risarcimento presentate sulla base delle decisioni di infrazione prese dalla Commissione Europea, dall' Office of Fair Trading e da altri soggetti pubblici che nel Regno Unito si occupano di regolazione del mercato, chiamate appunto "follow on actions"; l'Alta Corte rimane la sede appropriata per le azioni "stand alone".

Secondo le norme procedurali del Civil Procedure Rules (CPR) davanti al Tribunale ordinario, è possibile portare una "*representative action*[74]" quando più di una parte ha lo"stesso interesse" in una richiesta di intervento o più comunemente *"group action*[75]" quando vi sono più richiedenti e problemi comuni di diritto o di fatto.

Ai sensi dell'articolo 47B del Competition Act del 1998, gli organismi rappresentativi possono esperire le azioni a favore dei singoli consumatori se ne hanno la legittimazione (per esempio, le associazioni dei consumatori).

Vi è un crescente corpo di giurisprudenza del Regno Unito relative a stand-alone e follow-on actions (anche se principalmente in relazione a questi ultimi); pur tuttavia, nella maggior parte dei casi si arriva ad una transazione tra le parti prima dell'udienza finale e ciò determina l'impossibilità di avere precedenti giurisprudenziali sui argomenti dibattuti quali la competenza, i termini di prescrizione e la quantificazione dei danni.

---

- il CAT dedica particolare attenzione al valore probatorio dei documenti giustificativi. Dove ci sono problemi essenziali di natura probatoria che non possono essere risolte in modo soddisfacente senza contraddittorio, il Tribunale può autorizzare l'udienza dei testimoni. Per quanto riguarda le prove attraverso l'utilizzo di esperti, il Tribunale si aspetta che le parti a compiere ogni sforzo per limitare i punti di contraddizione, e di raggiungere un accordo, ove possibile;
- le audizioni orali davanti al Tribunale sono previste per evitare lunghe osservazioni. Ciò viene stabilito prima dell'udienza preliminare, in base agli argomenti delle parti. L'udienza si svolge entro termini brevi definiti, conformemente alla prassi consolidata nel Tribunale di Primo Grado.

[74] Il giudizio si svolge su iniziativa o nei confronti di più parti, che agiscono o resistono nella qualità di *rappresentanti*, purché abbiano patito gli effetti della condotta illecita alla stregua degli altri soggetti rappresentati. Questo esclude, in via generale, che nell'ordinamento inglese l'azione sia intrapresa da organizzazioni o associazioni di categoria. Sotto il profilo dell'estensione dell'efficacia della sentenza si verifica una importante compressione del diritto di difesa dei rappresentati è data dalla mancata previsione di obblighi d'informazione a carico del rappresentante che agisce, fermo restando che gli effetti delle sentenze vincolano i rappresentati (*a parte actoris* e *a parte convenuti*) solo previa *autorizzazione* della corte.

[75] Rappresenta la forma più comune e diffusa di azione collettiva, soprattutto nelle controversie fra produttori e consumatori, ed anche quella più vantaggiosa per i giudizi di responsabilità per danni. Il regime degli effetti della sentenza è il seguente: essa vincola sia le parti registrate al momento della pronuncia sia coloro che si registrino successivamente, ma in tal caso spetta alla Corte l'individuazione caso per caso dei limiti dell'efficacia in ragione del collegamento più o meno intenso tra le pretese della parte sopravvenuta e quelle degli originari attori.

Per quanto concerne i termini di prescrizione, l'azione può essere intrapresa nell'arco di 6 anni dal momento in cui si è verificato l'illecito ed è stato sofferto il danno[76]; nei casi di occultamento intenzionale della pratica illecita, il termine comincia a decorrere quando il danneggiato scopre l'illecito o dal momento in cui avrebbe potuto scoprire l'illecito utilizzando l'ordinaria diligenza[77].

La durata media di una procedura è di 24 mesi per quanto concerne il CAT e di 24/36 mesi per quanto concerne l'High Court ma, naturalmente si tratta di dati che non possono variare in base alla complessità del caso.

Per quanto concerne le spese processuali, è la Corte a prendere una decisione e, nella maggior parte dei casi, la parte soccombente è chiamata a pagare le spese del giudizio.

E' altresì necessario evidenziare che, un ricorso a cui abbia fatto seguito un provvedimento da parte della Commissione ha maggiori chances davanti alla Corte inglese.

In "*Iberian UK Ltd v BPB Industries and British Gypsum Ltd" (1997*), l'attore aveva presentato una denuncia alla Commissione per un caso di abuso di posizione dominante. La Commissione ha accolto il reclamo ed ha inflitto ammende severe al convenuto.
Le conclusioni della Commissione furono sostanzialmente confermate dal Tribunale di Primo Grado e dalla Corte di Giustizia.
Per tale ragione, in una richiesta di risarcimento danni per violazione dell'articolo 102, presentata alla Corte inglese, il giudice ha confermato in un'udienza preliminare che le conclusioni della Commissione di fatto non potevano essere contestate dal convenuto nel procedimento giudiziario nazionale; pertanto, le conclusioni della Commissione sono state recepite interamente dall'Alta Corte inglese che si è espressa in maniera favorevole per il risarcimento.

In "*MTV Europe v BMG Record (UK) Ltd and Others" (1997),* il ricorrente ha denunciato alla Commissione una violazione degli articoli 81 e 82. Avendo ricevuto una valutazione preliminare incoraggiante da parte della Commissione, l'attore ha avviato una procedura davanti l'Alta Corte inglese, al fine di richiedere un risarcimento.

[76] S2 Limitation Act 1980
[77] S.32 LA 80

La Corte ha ritenuto, nell'interesse di evitare decisioni in contrasto con la Commissione, di sospendere il procedimento in attesa di una decisione della Commissione.

La decisione di *MTV Europe* fu seguita in "*Charles Derek Williams e Cardiff RFC v Welsh Rugby Union and Others"* (*1999*), dove è stato dichiarato che un tribunale ha facoltà di sospendere il procedimento e deve generalmente farlo in attesa di una decisione della Commissione nell'interesse della certezza del diritto.

Il 26 novembre 2007, l'Office of Fair Trading (OFT) ha pubblicato delle raccomandazioni al governo britannico sulle soluzioni da adottare per facilitare una maggiore private enforcement del diritto della concorrenza nel Regno Unito. Anche se si tratta di raccomandazioni di ampio respiro, emergono i seguenti punti:

- In base al Competition Act, in favore dei consumatori possono essere intraprese solo azioni rappresentative "follow-on"; per tale ragione, l'OFT raccomanda la modifica della legislazione consentire azioni rappresentative stand-alone.
- L'OFT raccomanda inoltre che dovrebbe essere aperto a un giudice di ordinare se le azioni rappresentative devono procedere su un opt-out (cioè per conto dei consumatori / imprese in generale) e non lasciare decidere ai singoli.
- L'OFT raccomanda che il giudice dovrebbe avere il potere di accordare un risarcimento danni in base ai benefici ottenuti da colui che ha commesso la violazione, piuttosto che il danno subito dai consumatori o imprese nelle situazioni in cui il calcolo del risarcimento è troppo complesso o sarebbe inefficiente.

# CAPITOLO IV

# Il SISTEMA GIURIDICO FRANCESE ED IL PRIVATE ENFORCEMENT ANTITRUST

**4.1. Introduzione – 4.2. L'assetto normativo francese: uno sguardo d'insieme – 4.3. Le azioni risarcitorie antitrust e private enforcement in Francia**

## 4.1. Introduzione

Nel presente paragrafo viene sintetizzato il quadro normativo afferente la normativa antitrust in Francia e le principali tappe della giurisprudenza sulle azioni antitrust per il risarcimento del danno.

L'analisi è volta, in primo luogo a chiarire le coordinate procedurali su cui si muove l'azione di risarcimento da illecito antitrust nel sistema francese, nonché ad approfondire gli orientamenti giurisprudenziali sulla materia.

### 4.2. L'assetto normativo francese: uno sguardo di insieme

In Francia la legislazione *antitrust*, così come in altri settori della regolazione, è stata introdotta e sviluppata nel quadro di un'economia caratterizzata da un ruolo predominante della pubblica amministrazione; pertanto la realizzazione di una reale applicazione si è avuta soltanto con l'intervento della Comunità Europea e con la necessità di adeguamento da parte dello Stato, nonché con la creazione e le prime decisioni del C*onseil de la concurrence,* diventatata dal 2009 *Autoritè de la Concurrence*[78].

L' Ordonnance 86-1243 del 1 dicembre 1986 definisce l'assetto definitivo del sistema francese di tutela della concorrenza; in particolare, l'ordinanza individua le attività anticoncorrenziali sulla base di quanto stabilito a livello comunitario e istituisce il *Conseil de la Concurrence*, organo indipendente dotato, a partire dal 1986, di sostanziali poteri sia sotto il profilo strutturale che sotto il profilo procedurale.

Per quanto concerne le fattispecie previste dalla legge francese. esse riprendono le definizioni elaborate dalla disciplina comunitaria seppure con alcune differenze.

L'art 7 dell'ordinanza del 1986 stabilisce che le intese possono consistere in *"actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à:*

*1. Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises;*

*2. Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;*

[78] L'Autorité de la concurrence ha sostituito dal 13 gennaio 2009 il Conseil de la concurrence.
Con la "Legge sulla Modernizzazione dell'Economia (LME)" del 4 agosto 2008, il Conseil de la Concurrence è stato trasformato in Autoritè de la Concurrence.
Come in altri Paesi europei, l'Autorità Garante della Concorrenza francese, svolge tutte le attività di regolazione concorrenza (inchieste, attività antitrust, controllo delle concentrazioni, la pubblicazione di pareri e raccomandazioni). Le decisioni adottate dall'Autorità in materia di pratiche anticoncorrenziali possono essere oggetto di revisione da parte della Corte d'Appello di Parigi; le decisioni nei casi di concentrazioni sotto il controllo del Consiglio di Stato.
L'istruttoria è condotta in modo indipendente dai servizi di istruzione, sotto la direzione del relatore generale. Previo contraddittorio, i casi sono esaminati dal Collegio dell'Autorità, che nella maggior parte dei casi, la sezione della sede.
L'Autorità Garante della Concorrenza è competente ad applicare la legislazione nazionale (Libro IV del Codice di Commercio) e comunitaria (articoli 101 e 102 del TFUE, ex articoli 81 e 82 del trattato CE).
L'Autorità Garante della Concorrenza ha il potere di emettere ingiunzioni, imporre sanzioni, accettare gli impegni e per dare il beneficio di clemenza ad alcune imprese che collaborano per aiutare a rilevare o determinare l'esistenza di accordi; si occupa altresì di sanzionare cartelli, abusi di posizione dominante e prezzi predatori. Inoltre, potrebbe essere necessario, anche di propria iniziativa, pareri su diverse questioni di concorrenza.

*3. Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique;*
*4. Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».*[79]

Questa qualificazione delle intese tende evidentemente a privilegiare l'aspetto formale rispetto a quello economico, creando un ostacolo all'applicazione del criterio di efficienza; così come non risponde ad un criterio di efficienza la peculiarità del diritto francese di considerare punibile anche la c.d. *intention anticoncurrentielle* a prescindere dai suoi effetti.

Anche in materia di condotte unilaterali il diritto *antitrust* francese presenta alcune differenze rispetto all'approccio della maggior parte dei Paesi europei: l'art. 8 dell'ordinanza del 1986 distingue tra l'abuso di posizione dominante, categoria assimilabile a quella individuata a livello comunitario e negli altri paesi europei, e lo sfruttamento abusivo delle situazioni di dipendenza di mercato, concetto introdotto per ricomprendere tra le condotte abusive quelle situazioni in cui una o più imprese si trovino ad essere *partner* obbligatori di un'impresa dominante e si vedano quindi imporre condizioni contrattuali inique.

In particolare, l'articolo stabilisce che "*Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises:*
*1. D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci;*
*2. De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées »*
Tale previsione, peraltro, data l'ampiezza del concetto di abuso elaborato a livello comunitario che senz'altro può includere anche i casi di abuso di dipendenza economica, costituisce una peculiarità più formale che sostanziale.

[79] "Azioni concertate, convenzioni, accordi espliciti e taciti o convenzioni" che abbiano come oggetto o possano avere come effetto la restrizione o l'alterazione della concorrenza".

Di carattere sostanziale, invece, è ciò che distingue il sistema di esenzioni previsto dall'art. 10 dell'Ordinanza 1243 rispetto al diritto comunitario: *"Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques:*
*1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application;*
*2. Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.*
*Certaines catégories d'accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnues comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la concurrence »*

In primo luogo è prevista un'esenzione per quelle intese e condotte che trovano la loro ragione d'essere in una norma legislativa o in un relativo regolamento attuativo (art. 10 c. 1), laddove, al contrario, il diritto comunitario stabilisce in tali casi l'illegittimità della norma statale ai sensi dell'art. 90 del Trattato, ovvero ai sensi del combinato disposto dagli articoli 3 (g), 10 e, rispettivamente, 81 o 82; per questa ragione peraltro, questa norma è di difficile applicazione vista la superiorità del diritto comunitario su quello nazionale degli Stati membri.

Lo stesso articolo prevede inoltre la possibilità di concessione di un'esenzione modellata sul contenuto dell'art. 81 (3) del Trattato CE non solo alle intese, ma anche alle condotte unilaterali, permettendo a entrambe di essere esentate in presenza dell'opportunità di conseguire un effettivo progresso economico attraverso il comportamento anticoncorrenziale, e quindi un incremento di efficienza dinamica, di cui i consumatori traggano beneficio e senza eliminare la concorrenza in una parte sostanziale del mercato rilevante.

Si ammette così anche normativamente il ricorso all'*efficiency defence* in caso di condotte unilaterali anticoncorrenziali, anche se in pratica la concessione di un'esenzione

individuale nei confronti di comportamenti abusivi posti in essere da imprese dominanti è stata sistematicamente rifiutata dall'Autoritè de la Concurrence.

Diversa rispetto al diritto comunitario è anche la definizione di concentrazione che per il diritto francese è più ampia, includendo anche tutte le forme di preponderante influenza di un'impresa nei confronti di un'altra tra le ipotesi di concentrazione. Il controllo delle concentrazioni, inoltre, è affidato al Ministero dell'economia che detiene il potere di avviare il procedimento di controllo ed eventualmente vietare l'operazione.

Assai ampio, infine, è l'ambito soggettivo di applicazione: la legge francese si applica, infatti, a tutte le attività economiche a prescindere dalla natura dell'impresa e dalla forma giuridica con cui le stesse operano; sono esenti le sole imprese che erogano servizi di interesse economico generale.

### 4.3. Le azioni risarcitorie e *private enforcement* in Francia

Nel sistema francese, privati che sono vittime del comportamento anticoncorrenziale possono agire nei confronti del soggetto che ha posto in essere tale condotta, al fine di ottenere una pronuncia che possa stabilire la nullità di accordi anticoncorrenziali o di condanna del convenuto a desistere dal suo comportamento illecito, di ripristino della situazione precedente o al risarcimento dei danni, le parti hanno per lungo tempo esitato a fare uso di queste possibilità davanti alle Corti.[80]

Infatti, la prima sentenza della Corte di cassazione francese (*Cour de Cassation*) che ha concesso il risarcimento dei danni alla vittima di un comportamento anticoncorrenziale è stata resa nel 1982[81].

Questo fenomeno può trovare la spiegazione nell' idea che il diritto della concorrenza in Francia è stato sempre associato al settore pubblico. Il ruolo dei soggetti privati nella applicazione del diritto della concorrenza si è ampliata solo dal 1986, anno di una delle grandi riforme del diritto della concorrenza francese. Come risultato di questa riforma, vi è soprattutto la creazione del *Conseil de la Concurrence*, oggi *Autoritè de la Concurrence,* il quale ha costituito il motore di una serie di azioni per cui si chiedeva, da una parte il riconoscimento dell'anticoncorrenzialità da parte di un ente pubbico, e, dall'altra l'instaurazione di una serie di azioni giudiziarie, le cui prime pronunce sono state rese nel 1990[82].

Secondo il diritto francese, ogni azione risarcitoria per violazione della normativa antitrust nazionale (Art. L 410 del Codice del Commercio[83]) ed europea (art. 81 e 82 del Trattato) può essere instaurata come altra azione di responsabilità extracontrattuale, disciplinata dagli artt. 1382[84] e 1383[85] del Codice Civile.

---

[80] Fasquelle, La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles, RTD com. 51 (4), octdec. 1998 p. 764 (768).

[81] Cour de Cassation Ch. Com., judgement of 1 March 1982, Bull. Civ. IV, n° 76, p. 69.

[82] Cour d'appel de Versailles, judgement of 27 June 1996 „Chapelle/Sony" (non pubblicata), Cour d'appel de Paris, judgement of 22 Oct. 1997 „Concurrence/Sony" (non pubblicata) ; Tribunal de Commerce de Nanterre, judgement of 16 Sept. 1997 Concurrence/Sony" (non pubblicata) ; Cour de Cassation Ch. Com. judgement of 1 March 1982, Bull. Civ. IV, n° 76, p. 69; Cour d'appel de Paris, judgement of 19 Mai 1993 „Labinal/Mors et Westland", pubblicata in Europe 1993 n° 299; Tribunal de
Commerce de Paris, judgement of 22 Oct. 1996 „Peugeot/Eco System" (non pubblicata)

[83] Il Libro IV del Code du Commerce francese si occupa di disciplinare la concorrenza.

[84] Art. 1382 - Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

[85] Art. 1383 - Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Non esiste pertanto una azione specifica per i casi di risarcimenti correlati all'illecito antitrust. L'unica eccezione è costituita dall'art. L. 442-6 del Codice del Commercio francese, il quale prevede una specifica azione di risarcimento, diversa da quella degli artt. 1382 e 1383 del Codice Civile. Pur tuttavia, questa previsione non riguarda le pratiche anticoncorrenziali (artt. 81 ed 82 del Trattato ed equivalenti della normativa francese) ma solo le pratiche restrittive, ai sensi della legge nazionale.

Per quanto concerne il giudice competente, non ci sono tribunali specializzati le *action dammages*: in applicazione delle normali regole del procedimento, il giudice civile (*Tribunal d'Instance*[86], *Tribunal de Grande Instance*[87]) o tribunali commerciali (*Tribunal de Commerce*[88]) sono competenti a seconda della natura del caso e delle parti coinvolte.

---

[86] Il Tribunal d'instance (Giudice unico) giudica le controversie, insorte tra privati, il cui valore non supera i 7 600 EUR nelle materie attribuite per legge a questa giurisdizione (azioni personali e mobiliari). Non può pronunciarsi in merito alle controversie riservate per legge ad un'altra giurisdizione, anche se di valore inferiore a 7 600 EUR. Decide anche in merito a talune controversie il cui oggetto è indicato dalla legge: pignoramento delle retribuzioni di lavoro, rendite vitalizie inferiori o uguali a 3 800 EUR, problemi relativi alle elezioni, locazioni abitative.
Inoltre, al Tribunal d'instance spettano alcune competenze amministrative: registrazione delle dichiarazioni provenienti da cittadini francesi, convalida degli atti di notorietà e dei certificati di cittadinanza, apposizione e rimozione dei sigilli in materia di successione.
Il *juge d'instance* esercita le funzioni di giudice tutelare.
Pronuncia l'emancipazione dei minori, organizza i regimi di protezione (curatela, tutela) delle persone inferme di mente.
Il *Tribunal d'instance* è composto da uno o più magistrati, ma la funzione giudicante è esercitata da un unico giudice.
Il *Tribunal d'instance* ha generalmente sede nel capoluogo della circoscrizione amministrativa (*arrondissement*).
Il *Tribunal d'instance* competente è quello del luogo in cui risiede il convenuto, ossia la persona contro la quale si intenta la causa.

[87] Il Tribunal de grande instance (tribunale di primo grado in materia civile) giudica le controversie tra privati (cause civili) il cui valore supera i 7 600 EUR e le controversie aventi per oggetto, indipendentemente dal valore della causa: il diritto di famiglia (matrimonio, divorzio, adozione, successione, filiazione), la cittadinanza, i sequestri immobiliari, i brevetti d'invenzione, i marchi, lo scioglimento delle associazioni.
Il tribunale è composto da magistrati togati: presidente, vicepresidenti, giudici, procuratore della Repubblica, sostituti.
Esistono giudici specializzati, ad esempio in materia di diritto di famiglia (problemi di divorzio, separazione).
Altri giudici specializzati: giudice per le espropriazioni (indennità di espropriazione), giudice per le esecuzioni (contenziosi riguardanti in particolare i sequestri).
Il Tribunal de grande instance ha generalmente sede nel capoluogo di dipartimento, ma può anche essere presente in altri Comuni.
In linea di massima, si deve ricorrere al tribunale del luogo in cui è domiciliata la persona dalla quale si reclama qualcosa.
Eccezioni: procedimenti relativi a beni immobiliari: tribunale del luogo in cui è ubicato l'immobile, procedimenti in materia di successioni: luogo in cui viene aperta la successione .
Altre eccezioni: procedimenti relativi ad un contratto: tribunale del luogo di esecuzione del contratto, procedimenti concernenti un contratto di vendita: tribunale del luogo di consegna, procedimenti legati agli assegni alimentari: tribunale del luogo di domicilio del ricorrente.

[88] Il tribunale di commercio giudica tutte le controversie di natura commerciale: controversie tra commercianti nell'esercizio della loro professione (ad esempio, se un commerciante contesta il valore di una merce acquistata presso un altro commerciante), controversie tra soci di una società commerciale, controversie sorte dalla vendita di un'attività commerciale. Giudica anche: le controversie riguardanti operazioni commerciali tra commercianti e non commercianti (ad esempio, in caso di contestazione sulla qualità di un prodotto), le controversie connesse ai regolamenti e alle liquidazioni giudiziarie.
Il tribunale di commercio è composto da un presidente e da giudici non professionisti, in numero variabile. Ai fini dell'esercizio della funzione giudicante, deve essere composto da almeno 3 magistrati.
I giudici sono eletti, con un mandato di 2 o 4 anni, dai rappresentanti dei commercianti e degli industriali.
Come regola generale, uno o più tribunali commerciali si trovano in ciascun dipartimento (= competenza territoriale di un *Tribunal de grande instance*). Qualora non esista un tribunale di commercio, le controversie sono risolte dal *Tribunal de grande instance* secondo la procedura applicata dai tribunali di commercio.
In generale, occorre adire il tribunale nel luogo in cui è domiciliata la persona nei confronti della quale è stata intentata l'azione giudiziaria.

Le Corti commerciali si occupano delle controversie tra professionisti che insorgano nello svolgimento delle loro attività (c.d. *actes de commerce*); le corti civili sono invece competenti per le azioni di responsabilità extracontrattuale e per per controversie di natura contrattuale.

In caso di ricorso, viene adita la *Cour d'Appel* nel caso delle Corti commerciali e la sezione civile della Corte di Appello per il Tribunale civile.

Naturalmente, la competenza territoriale è determinata in applicazione delle normali regole di procedura civile. Ciò vuol dire che, in linea generale, la Corte competente è quella del luogo dove il soggetto accusato dell'illecito risiede (in caso di persone fisiche) o dove ha sede la società (in caso di persone giuridiche). Tuttavia, ci sono stati dei casi in cui la procedura si è svolta davanti alla Corte del luogo in cui una Società aveva una sede secondaria.

Nelle azioni per responsabilità extracontrattuale, l'attore può presentare richiesta davanti alla Corte del luogo nella quale ha avuto luogo l'intesa anticoncorrenziale o il danno è stato sofferto.[89]

Per quanto concerne i soggetti legittimati a richiedere il risarcimento per danni per la violazione della normativa antitrust, l'attore deve avere un interesse diretto, personale, reale, esistente e legittimo[90].

Da ciò scaturisce che il danno deve essere direttamente correlato alla violazione, attuale e certo. Passiamo ad analizzare cosa significa:

- Il danno deve essere diretto: secondo la legge francese, i consumatori non sarebbero presumibilmente in grado di affermare che essi sono stati le vittime, per esempio, di una pratica anticoncorrenziale di posizione dominante anche se l'esclusione dei concorrenti ha fatto sì che la concorrenza sul mercato fosse inferiore. Infatti, in questi casi i tribunali sarebbe tale da scoprire che il danno per i

[89] Art. 46 Codice di Procedura Civile

[90] Art. 31 del Codice di Procedura Civile. L'articolo fa riferimento solo alla legittimazione ma le corti richiedono anche che ci sia un interesse reale, concreto ed esistente (ciò vuol dire che deve essere attuale e già esistente; non si può pertanto agire su un interesse che potrebbe esserci in futuro, come stabilito in Cass. Soc. , 19 giugno 1985).

consumatori è solo indirettamente collegato alla violazione. Allo stesso modo, i fornitori di un ingresso ad un prodotto su un mercato cartellizzato, probabilmente non avrebbero successo nell'azione per il risarcimento del danno contro i membri del cartello, anche se possono avere subito un danno perché possono avere difficoltà a stabilire che essi sono le vittime dirette della violazione antitrust.

La "Reference Guide on Estimation of Economic Losses in Damages Award" prodotta dal Federal Judicial Center of the Department of Justice si concentra solo su danno diretto quando afferma: *"Quando l'attore è il cliente del convenuto o acquista beni in un mercato dove la cattiva condotta del convenuto ha aumentato i prezzi, i danni sono la quantità di sovraccarico .(....) dove l'attore è un rivale del convenuto, colpito dal comportamento di esclusione, i danni sono i profitti persi dal comportamento anticoncorrenziale".*

- Il danno deve essere certo: nella maggior parte dei casi, sarà difficile per i giudici fare stime circa il danno complessivo per i consumatori di una pratica anticoncorrenziale. Per esempio, i consumatori che sono rimasti fuori da un mercato a causa si un prezzo elevato causato da un accordo anticoncorrenziale o da un abuso di sfruttamento di una posizione dominante, hanno difficoltà quando in tribunale si stabilisce che il danno subito dalla violazione antitrust deve essere una compensazione; in realtà avrebbero dovuto dimostrare che se non fosse per l'aumento del prezzo avrebbe sicuramente acquistato più del prodotto o servizio considerato.
- Il danno deve essere attuale: a differenza di quanto avviene in paesi di common law, tribunali francesi valutare il danno subito dalla vittima al momento della sentenza (di solito diversi anni dopo la violazione sia cessata), piuttosto rispetto al momento della violazione. Ciò significa che la valutazione del danno non si basa sulla ragionevole aspettativa che la vittima avrebbe potuto avere, al momento della violazione, ma sul danno osservato ex-post. Così l'influenza di eventi casuali che hanno interessato il mercato dopo la violazione, ma prima della sentenza (per esempio, un improvviso aumento della domanda per il prodotto) non sono di solito eliminate nel valutare il danno a causa della violazione.

  Inoltre, a differenza di ciò che è vero nei paesi di common law, la legge francese sotto le vittime di violazioni di legge non hanno il dovere di mitigare i loro danni. Questa mancanza di dovere di mitigare ha lo scopo di proteggere le vittime e per

evitare la possibilità che i trasgressori possono evitare di dover ripagare le loro vittime a causa di eventi non correlati favorevoli.

In Francia non esiste una class action equivalente a quella americana; tuttavia, in alcune circostanze, è possibile che alcune associazioni[91] rappresentino gli interessi di una serie di individui o un interesse collettivo, dietro esplicito mandato. Si tratta di una azione che si pone in una via di mezzo tra *representative action* e *public interest litigation.*

Per quanto concerne i rimedi, l'attore può rivendicare separatamente o cumulativamente:

- *Un risarcimento*

Nel caso di una azione badata sulla responsabilità contrattuale, il mancato adempimento da parte di una delle due parti (il fallimento cioè di un obbligo di fare o non fare) può essere compensato con una restituzione (per esempio del prezzo); nel caso di azione per responsabilità extracontrattuale, invece, l'attore che ha subito un pregiudizio diretto e certo, può chiedere il risarcimento del danno, il quale può essere di natura materiale, morale, legato alla perdita di profitti o alla perdita di chance[92].

Il pregiudizio consiste nella perdita dell'attore di capacità competitiva che di solito è difficile da stabilire e - ancor più - da quantificare.

D'altra parte, un attore può chiedere un risarcimento non solo per i materiali ma anche immateriali per danni (danno morale), almeno quando l'accordo anticoncorrenziale e / o abuso di una posizione dominante sul mercato è accompagnata da ulteriori condotte sleali.

Nel caso "*Labinal vs Mors et Westland Aerospace*[93]" la Corte d'Appello di Parigi, confermata dalla Corte di Cassazione francese, si è in pronunciata su un accordo anticoncorrenziale e un abuso di una posizione dominante sul mercato nel contesto di una procedura concorsuale: in tale settore il tribunale ha inteso risarcire anche il danno morale subito dall'attore.

Per quanto concerne i c.d. danni punitivi, le corti francesi non si sono mai pronunciati in tal senso.

[91]Si tratta di associazioni autorizzate dalle autorità pubbliche perché rispettano parametri molto restrittivi stabiliti dalle legge

[92] Versailles, Corte d'Appello, 11 settembre 1997

[93] Société Labinal v. Sociétés Mors and Westland Aerospace, Cour d' Appel de Paris, 13 May 1993, Europe, July 1993, comm. no. 300, *upheld by the Cour de Cassation on further appeal*; and Sony v. Concurrence, Cour d' Appel Paris Oct. 22, 1997 (unreported).

- *Restituzione ( c.d. réparation en nature)*

Uno degli obiettivi dell'azione per responsabilità extracontrattuale è offrire all'attore non solo un risarcimento di natura economica ma, anche, prevedere il ripristino della situazione esistente prima della condotta anticoncorrenziale. In questo ambit i giudici francesi hanno ampi poteri, in quanto possono:

- emettere un provvedimento cautelativo *(injunction)* per ordinare al convenuto di cessare la pratica anticoncorrenziale. Per esempio, ciò può accadere nei procedimenti d'urgenza *(c.d. procédure de référés).* Nel caso "*Mors vs Labinal*", la Corte d'Appello di Parigi, non solo ha emesso un provvedimento a carattere inibitorio, ma anche stabilito di irrogare una sanzione giornaliera per inadempimento;
- dichiarare nullo un contratto per violazione delle norme sulla concorrenza[94];
- ordinare la pubblicazione della sua decisione e la sua diffusione come una forma di condanna per il comportamento anticoncorrenziale. Nel caso *"UGAP vs CAMIF"*, CAMIF ha chiesto alla Corte di ordinare la pubblicazione della sentenza nei principali giornali e periodici francesi ma la richiesta è stata rigettata. Nell'applicare tale sanzione, i Tribunali fanno una valutazione molto ampia della pratica e dell'effetto mediatico.

Per quanto concerne la prova della colpa, spetta all'attore provarla e non è quasi mai semplice, anche perchè non sempre l'esistenza di un danno è correlata automaticamente ad una colpa.

In merito alla valutazione del danno, secondo la legge francese la lesione subite dalla vittima di una violazione di legge deve essere completamente compensata. Tuttavia, la giurisprudenza francese, per la valutazione del danno (e di compensazione), ritiene che la violazione sia una questione di fatto più che diritto (come invece succede nel sistema inglese). I tribunali civili hanno quindi un potere discrezionale molto ampio per valutare i danni. La loro valutazione è soggetto solo ad una piccola limitazione da parte della Corte Suprema (Corte di Cassazione), nell'ipotesi in cui le prove hanno stabilito che una

[94] I giudici civili e commerciali hanno il potere esclusivo di pronunciare la nullità di un accordo anticoncorrenziale. Nell'ipotesi in cui la legge non si pronuncia specificatamente sulla nullità di una particolare condotta, è necessario che vi sia la pronuncia di un giudice, ai sensi dell'art. 1184 del Codice Civile francese[94], affinché l'accordo perda qualsiasi effetto giuridico.
L'art. 442-6 sez. 2 del Code du Commerce, per quanto riguarda le pratiche restrittive, enumera i casi di nullità "automatica" *ex lege* mentre è necessario l'intervento di un giudice nel caso di accordi anticoncorrenziali e abusi di posizione dominante.

violazione ha causato lesioni o valutare la quantità di danni senza considerazione della specificità del caso.

Oltre a questo i tribunali hanno piena discrezionalità. Nelle loro decisioni francese tribunali civili non c'è bisogno di specificare gli elementi fattuali che prendono in considerazione o il ragionamento che usano per valutare l'entità del pregiudizio derivante dall'illecito antitrust e l'importo compensativo dei danni. L'importo del risarcimento concesso da Corti di Appello non può essere contestata dal deferimento del caso alla Corte suprema (Cour de Cassation).

Ciò significa, infatti, che Tribunali di grado inferiore e le Corti d'Appello hanno grande libertà di valutazione del pregiudizio, senza la necessità di prendere in considerazione le prove economiche fornite dalle parti e hanno un incentivo ad essere il più breve possibile nella loro decisione sulla questione della lesioni, limitandosi ad affermare senza giustificare l'importo del risarcimento concesso.

Alcuni autori francesi[95] hanno denunciato la mancanza di controllo della Corte Suprema francese sulla valutazione del danno e sul risarcimento delle vittime nei casi di danni. Essi hanno sostenuto che questa mancanza di controllo porta tribunali di grado inferiore a fare valutazioni diverse su danni simili, e quindi ad una mancanza di certezza del diritto. Hanno anche affermato che questa mancanza di prevedibilità e la variabilità nello stabilire il danno da parte dei giudici, pone domande sul principio del "risarcimento integrale", se è in realtà qualcosa di più che una dichiarazione vuota. Essi hanno sostenuto che la Corte Suprema dovrebbe per lo meno richiedere ai Tribunali inferiori di precisare le categorie di danno subito dalle vittime, gli elementi di fatto su cui si basano le loro valutazioni di danni per ogni categoria di danno, nonché la metodologia utilizzata per valutarli.

Ci si chiede se la discrezionalità di cui tribunali francesi per valutare i danni, senza dover giustificare o addirittura spiegare come sono arrivati al valore stimato garantisca effettivamente il diritto dato dal Trattato che coloro che soffrono danni di una violazione degli articoli del trattato di ricevere un compenso.

[95] cfr JG Viney e P. Jourdain: Les effets de la responsabilité 2ième ed. LGDJ 2001

Secondo la legge francese una serie di principi giuridici devono essere tenuti a mente per la valutazione del danno:

- in primo luogo, non ci dovrebbe essere un arricchimento senza causa;
- in secondo luogo, applicare il principio "ne bis in idem";
- in terzo luogo, il diritto civile francese prevede il principio del "risarcimento integrale del danno", che significa che le vittime dovrebbero essere compensati per il valore esatto dei danni che hanno subito (né più né meno).

Il primo principio (insieme al secondo) spiega perché si ritiene che agli imputati delle cause civili antitrust dovrebbe essere data l'opportunità di una difesa. In caso contrario le vittime (come distributori o rivenditori) che hanno passati il sovraprezzo sul consumatore finale, potrebbero chiedere i danni per se stessi e senza causa e alle vere vittime (consumatori finali) sarebbe negata la possibilità di compensazione.

Per quanto concerne la valutazione del giudice, egli utilizza come parametro per la valutazione del comportamento, la diligenza media (c.d. *diligence du bon père de famille*)

Inoltre, il giudice utilizza un principio generale del sistema francese che non ha nessuna base giuridica, il c.d. *"emporter la convinction du juge"*.

Il giudice basa le sue decisioni sulle prove che sono portate dalle parti o dai loro consulenti. Per esempio, nel caso "*Mors vs Labinal*", il giudice affermò nella sentenza che il parere dell'esperto[96] lo aveva convinto sul fatto che Mors avesse subito un danno.

*"Emporter la convinction du juge"* significa che le parti devono mettere il giudice nella condizione di non aver bisogno di chiedere ulteriori elementi per decidere.

Il ruolo del giudice è limitato alla valutazione giuridica di ciò che le parti portano al procedimento. Ciò implica che l'onere della prova ricade interamente sulle spalle delle parti: qualora non vengano fornite al giudice le informazioni pertinenti, egli non andrà ad indagare ulteriormente.

Nel Regno Unito, il giudice non svolge alcuna indagine (in modo simile alla Francia) ma, tuttavia, le parti, i loro avvocati ed i loro esperti hanno un "obbligo di lealtà alla Corte".

[96] Per quanto concerne la figura dell'esperto, sia le parti che la Corte possono nominarli. Tuttavia è opportuno segnalare che non sempre l'esperto è di aiuto; si pensi all'ipotesi in cui viene nominato per provare l'esistenza di una condotta anticoncorrenziale, in cui è meglio un investigatore. L'esperto può invece essere di grande aiuto nella quantificazione del danno.

Poiché il sistema francese non prevedere il meccanismo della *disclosure,* è il giudice che, con provvedimento, può obbligare una parte a fornire la prova che l'altra parte ha richiesto.

Per quanto concerne i mezzi, possono essere di diverso tipo: presso i tribunali e le corti commerciali tutti i mezzi di prova sono ammesse (*principe de la preuve libre*); presso i tribunali civili solo documenti scritti destinati a provare gli accordi anticoncorrenziali (*preuve par écrit*).
In assenza di documenti scritti il Codice Civile francese ammette eccezionalmente ulteriori mezzi di prova, cioè l'interrogatorio di testimoni, confessioni e deposizioni delle parti e, in determinate circostanze, la prova presuntiva.

Anche in un paese come la Francia dove l'Autorità Garante della Concorrenza ha un potere molto ampio nell'irrogare sanzioni per violazioni della normativa antitrust, per quanto concerne il danno invece si limita solo ad una valutazione qualitativa e non quantitativa. Tuttavia ciò non impedisce alla Autorità Garante di menzionare nelle sue decisioni stime di aumento dei prezzi a causa di un pratica quando queste informazioni sono facilmente disponibili.

In Francia, le decisioni dell' Autorità Garante della concorrenza non sono vincolanti per i Tribunali civili; tuttavia svolgono un ruolo importante perché, in generale, i tribunali civili tendono ad allinearsi con la decisione del l'Autorità sulla questione se esista o meno una violazione..
Non è insolito che i privati scelgano di adire l'Autoritè de la Concurrence prima di fare una richiesta risarcitoria, al fine di far procedere ad indagini e far dichiarare la condotta anticoncorrenziale.

La decisione dell'Autorità della Concorrenza può aiutare a provare la colpa, a dimostrare la violazione ed a stabilire il danno.

Per esempio, nel caso *"Eco system vs Peugeot*", il Tribunale Commerciale ha utilizzato la decisione dell'autorità amministrativa per dimostrare il legame tra la pratica ed il danno.

In terzo luogo, nella quantificazione del danno, i tribunali tengono in considerazione la valutazione del danno globale di surplus del consumatore effettuata dall'Autority, la quale può offrire molto informazioni utili sul mercato e per una valutazione adeguata dei danni.

Per quanto riguarda il nesso di causalità, le corti francesi non hanno un orientamento uniforme: alcune hanno stabilito che ci deve essere una "*causalitè adeguate"* tra il danno e gli elementi che l'hanno provocato; altre si sono espresse in termini di "*équivalence des conditions",* cioè che può esserci anche un legale casuale tra il danno e le circostanze che l'hanno provocato.

Per quanto concerne la materia della concorrenza, le Corti prediligono la prima teoria, richiedendo un legame diretto tra il danno e le circostanze che lo hanno provocato.
Nel caso "*Eco System vs Peugeot"*, la Corte di Parigi ha attribuito un risarcimento d Eco Systen perché il comportamento di Peugeot aveva avuto un effetto diretto sulle attività della concorrente. Nello stesso modo, nel caso "*Mors vs Labinal*", Mors aveva chiesto un risarcimento che la Corte si è rifiutata di dare perché non era stato dimostrato che il comportamento di Labinal avesse avuto un'incidenza diretta sulle attività dell'attore.

Per quanto concerne la possibilità dell'acquirente indiretto di porre in essere una azione risarcitoria, il sistema francese la prevede, in quanto capita spesso che ricada su questo soggetto l'effetto del comportamento anticoncorrenziale ma è molto complicata la prova del nesso di causalità.

In merito alle modalità per stabilire il risarcimento, in base al principio generale della responsabilità extracontrattuale, è necessario guardare al danno sofferto dal ricorrente e al profitto del soggetto che ha violato i principi concorrenziali.

Non esiste un metodo univoco di calcolo e la scelta viene fatta caso per caso.

Nel caso "*Mors vs Labinal*", l'esperto nominato per il calcolo ha cercato di ricostruire quale sarebbe stato lo scenario senza la violazione, in modo da quantificare quali fossero stati i mancati profitti dell'attore.

Nel caso "*Eco System vs Peugeot*", il Tribunale Commerciale di Parigi ha utilizzato la documentazione inerenti i profitti annuali e il bilancio di esercizi diversi al fine di ripercorrere le ripercussioni della condotta anticoncorrenziale.

E’ altresì bene ricordare che, l’attribuzione di punitive o exemplary damages, non sono previsti nel sistema francese.

Per quanto concerne i termini di prescrizione per l’azione, essi sono di 10 anni, i quali cominciano a decorrere dal momento della violazione. Tuttavia, se la violazione non poteva essere conosciuta dalla vittima, il termine comincia a decorrere dal momento in cui ne ha avuto conoscenza.

In riferimento alla durata di un procedimento giudiziario, è difficile fare una stima, in quanto dipende dalla complessità del caso, dalla nomina di esperti e dalla decisione di appellare le sentenze.

Per esempio, nel caso “*Peugeot vs Eco Sistem*”, la procedura durò 6 anni tra decisione sanzionatoria da parte della Commissione Europea ed azione davanti ai tribunali francesi.

Nel caso “*Mors vs Labinal*”, la durata fu di dieci anni, dal 1988 al 1998: la sentenza di primo grado fu emessa nel 1991 e fu appellata. Nel 1993 la Corte di Appello nominò un esperto, il quale presentò la sua perizia nel 1998 (febbraio) e a settembre dello stesso anno si giunge alla sentenza di secondo grado.

Per quanto concerne le spese processuali, una parte dei costi sostenuti dalla parte che ha vinto sono ripagati dalla soccombente; tuttavia, la compensazione delle spese processuali viene stabilita dal giudice e non copre mai il totale dei costi. E’ altresì importante evidenziare che nel sistema francese non è previsto il meccanismo della *contingency fees* del *“no win no fee”.*

# CAPITOLO V

# IL SISTEMA AMERICANO ED IL PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT

**5.1. Introduzione – 5.2. La normativa statunitense: uno sguardo di insieme – 5.3. Le azioni risarcitorie e private enforcement negli Stati Uniti**

## 5.1. Introduzione

L'esperienza statunitense costituisce un punto di riferimento essenziale per analizzare ed approfondire le tematiche del diritto della concorrenza. Le ragioni sono da ricercare nella secolare esperienza degli USA grazie ad una normativa consolidata ed una casistica ricca di soluzioni, accompagnate da contributi dottrinari che hanno accompagnato l'evoluzione dei principi di riferimento.

A partire dal 1890, anno di emanazione della prima legge antitrust, l'applicazione di tale normativa nelle controversie tra privati ha ricoperto un ruolo importante nell'esperienza nordamericana in quest'ambito, tanto che essa è stata vista, per lungo tempo, come un mezzo naturale e persino indispensabile per l'applicazione della legge antitrust stessa.

Tale applicazione ha modellato anche il funzionamento del sistema, lo sviluppo delle previsioni sostanziali, le attitudini, le capacità ed i ruoli dei singoli operatori coinvolti nel sistema.

In particolare, per quanto concerne il sistema del private enforcement, l'elevato coinvolgimento dei privati nell'attività di *enforcement* delle regole di concorrenza dinanzi alle Corti distrettuali costituisce uno degli aspetti più caratteristici dell'intero sistema del diritto antitrust statunitense.

### 5.2. La normativa statunitense in materia antitrust: uno sguardo di insieme

La legislazione antitrust nasce e si sviluppa negli Stati Uniti con lo Sherman Act del 1890[97] come insieme di norme che definiscono illeciti determinati comportamenti miranti a ostacolare la concorrenza (monopolizzazioni e accordi), e che indicano le sanzioni corrispondenti alla loro violazione e le istituzioni a cui spetta la responsabilità di farle rispettare. Nel corso dei decenni successivi la norma evolve negli Stati Uniti introducendo il controllo delle concentrazioni, e rafforzando i soggetti istituzionali coinvolti (Federal Trade Commission).

È importante rilevare che la motivazione originaria dell'antitrust americano è quella di porre un limite al potere economico dei grandi "*trust*[98]", che si andavano allora consolidando, a parere del legislatore a scapito delle imprese minori e della democrazia

---

[97] Lo "Sherman Act" del 1890 fu la prima legge federale emanata in risposta a quella che appariva essere una concentrazione del potere economico in grandi gruppi industriali. Alcune attività commerciali in forte sviluppo, tra le quali in particolare la ferroviaria, petrolifera e del tabacco, avevano deciso di evitare la reciproca concorrenza unendo le forze e le varie società concorrenti, consolidandole in entità più grandi. Il c.d. "Standard Oil Trust", che fu costituito nel 1882, è stato il precursore delle odierne società partecipate (c.d. "holding company"). Le azioni di nove società petrolifere fino allora in concorrenza tra loro, vennero fatte confluire e gestire da un fedecommesso (c.d. "trust") costituito ad hoc. Il consiglio dei fiduciari prendeva le decisioni per tutte le nove società riunite nel trust, dando così vita ad un monopolio.
Lo Sherman Act intendeva limitare la concentrazione di potere economico di questi trust. Benché numerosi Stati dell'Unione avessero già emanato norme per limitare i monopoli all'interno dei propri confini, lo Sherman Act si prefiggeva lo scopo di disciplinare quanto accadeva in più Stati. Tuttavia, molti dei termini chiave dello Sherman Act non venivano adeguatamente definiti dal legislatore, la materia ha visto uno notevole sviluppo giurisprudenziale.

[98] Uno dei cambiamenti maggiori intervenuti nell'economia dei paesi industrializzati nell'ultimo trentennio dell'800 fu la crescita delle dimensioni dell'impresa. Il processo di concentrazione si accompagnò in quel periodo a numerosi tentativi di ridurre la concorrenza. Cominciarono infatti a moltiplicarsi, soprattutto per fronteggiare le fasi di crisi, cartelli (o *pool*) tra imprese, per il controllo dei prezzi e della produzione, e *trusts*.
I primi consistono in accordi, espressi o taciti, tra due o più imprese appartenenti allo stesso ramo di produzione, anche di diversi paesi, per eliminare o ridurre la pressione della concorrenza all'interno di un settore, sia mediante la fissazione dei prezzi e del quantitativo massimo per ciascuna impresa delle merci da produrre, sia mediante la spartizione dei mercati. In questo modo vengono ridotti, se non eliminati, i costi della concorrenza, impedendo con la discesa dei prezzi il calo dei profitti. Negli anni della seconda rivoluzione industriale i cartelli furono prevalenti in industrie come quella del carbone, del ferro o dei prodotti chimici, nelle quali l'omogeneità del prodotto facilitava la determinazione di quote e tariffe comuni e dove comunque le imprese, visto il consistente investimento iniziale necessario, erano poche e di ampie dimensioni. Essi furono numerosi ed efficienti soprattutto in Germania (tra i maggiori, il Sindacato del carbone della Renania-Vestfalia), dove, tra l'altro, nel 1873, fu costituito il primo cartello della storia. Negli Stati Uniti invece vennero realizzati accordi più vincolanti, detti *pool*.
Il primo fu quello tra i gestori delle linee ferroviarie: per rimediare all'abbassamento delle tariffe derivanti dalla forte concorrenza, le imprese stipularono un accordo con cui fissarono tariffe uguali (di entità piuttosto elevata) e stabilirono di versare i profitti in una cassa comune (appunto *pool*) per poi distribuirli in proporzione al volume di traffico. Ben più ridotto fu il peso di questi accordi in Inghilterra e in Francia.
Per il carattere temporaneo dell'accordo e per la loro natura di semplice alleanza fra imprese dello stesso ramo, il cartello si distingue nettamente dal *trust*. Quest'ultimo consiste invece in una coalizione molto più vincolante: le singole imprese rinunciano alla propria autonomia aderendo a un unico organismo a direzione unitaria. La maggioranza delle azioni di ciascuna impresa aderente viene infatti attribuita a una società appositamente costituita, che mantiene il controllo su tutte le aziende consociate. La procedura del trust fu resa celebre dalla *Standard Oil Company*, compagnia fondata negli Stati Uniti nel 1879 e a cui faceva capo circa il 90% dell'industria petrolifera del paese. *Trusts* furono costituiti in breve tempo anche nel resto dei paesi industrializzati. La formula ebbe particolare diffusione, ancora una volta, in Germania, dove vennero chiamati *konzern*.
I cartelli, e ancora più i *trusts*, attirarono numerose critiche. Da più parti, in Europa come negli Stati Uniti, furono denunciati gli ostacoli che la presenza di accordi poneva all'entrata di nuovi concorrenti nel settore, gli eccessivi e immotivati aumenti dei profitti ottenuti dalle imprese partecipanti all'accordo (con evidente penalizzazione dei consumatori) e il disincentivo all'investimento, all'innovazione e al progresso tecnico. Tutto ciò indusse molti Stati a intervenire.

economica. Inoltre l'Antitrust non nasce, né evolve, sulla base di una particolare teoria economica. Vale il contrario: è l'esperienza antitrust che stimola la riflessione economica. D'altra parte lo sviluppo della società dei consumi ha dato maggior voce agli interessi dei consumatori.

L'Antitrust statunitense non dispone di strumenti volti a promuovere in senso attivo la concorrenza: ha solo il potere di sanzionare i comportamenti "devianti"- e quindi "pericolosi" - miranti a ostacolarla, o a prevenirli ex-ante tramite il controllo delle concentrazioni. La concorrenza non è un comportamento imposto dalla norma, ma è accettata dalle imprese nazionali come pratica diffusa e naturale.

La propensione alla concorrenza è un fatto largamente endogeno.

Questo certo non esclude che vi siano comportamenti devianti. In certi tempi e settori essi sono anzi piuttosto intensi.

L'antitrust è lo strumento più forte di cui il sistema dispone per disincentivare queste deviazioni. Non sorprende che le sanzioni utilizzate siano severe, anche di natura penale. Data l'importanza attribuita alla concorrenza, in più occasioni il governo americano stesso ha promosso decise azioni antitrust contro alcune imprese, azioni che si sono concluse talvolta anche con giudizi che hanno introdotto rimedi strutturali.

Raramente si pone il problema di "promuovere la concorrenza" con interventi che depurino il mercato da regole che lo rendono scarsamente concorrenziale.

Un'ulteriore indicazione del fatto che le "deviazioni" hanno un carattere individuale più che sistemico, può essere tratta dal modo in cui le decisioni antitrust sono prese.

Spetta infatti ai singoli cittadini o alle imprese, ricorrendo al giudice, ossia il compito di difendere il loro interesse a competere e di chiedere il risarcimento degli eventuali danni causati da comportamenti illeciti. In altri termini prevale il *private enforcement*.

### 5.3. Le azioni risarcitorie antitrust e *private enforcement* negli Stati Uniti

Quando fu emanato lo Sherman Act, l'applicazione nelle controversie tra privati[99] delle regole sulla concorrenza venne assunta come mezzo principale per l'applicazione delle disposizioni della legge stessa.

La norma venne intesa come uno strumento utile ad incrementare l'applicazione dei principi del common law consentendo l'accesso alle corti federali per la loro applicazione.

L'elevato coinvolgimento dei privati nell'attività di *enforcement* delle regole di concorrenza dinanzi alle Corti distrettuali costituisce uno degli aspetti più caratteristici dell'intero sistema del diritto antitrust statunitense.

La legittimazione dei privati è riconosciuta espressamente dalla Sezione 4 del Clayton Act, in cui si prevede che "[…] *qualunque soggetto ("any person") che sia danneggiato nella sua attività commerciale o nella sua proprietà a causa di quanto proibito dalle leggi antitrust può proporre un'azione giudiziale […] e recuperare tre volte il danno da esso subito, unitamente alle spese sostenute in giudizio, ivi incluso un ragionevole compenso per la consulenza legale ricevuta dall'avvocato*", e dalla Sezione 16

[99] La rilevanza e la considerazione delle esigenze dei consumatori, secondo A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per violazione della normativa antitrust, op. cit.*, p. 97 ss., si ravviserebbe già con riferimento allo *Sherman Act* statunitense, sul cui modello sono state elaborate le teorie antitrust di diverse nazioni (cfr. a riguardo G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana,* Bologna, 1991, pp. 17 ss. e 295 ss.). L'Autore, in proposito, afferma che "sembra emergere che il valore prevalente posto a base della legislazione fosse costituito dalla protezione dell'interesse dei consumatori, ed in particolare del benessere che loro deriva in presenza di un regime concorrenziale (…). Dal dibattito parlamentare emerge infatti con una certa chiarezza che la principale preoccupazione che ispirava il legislatore dello *Sherman Act* era la protezione dei consumatori nei confronti dello strapotere delle grandi imprese, ed in particolare la protezione del loro diritto a pagare per ogni prestazione un prezzo più vicino possibile al prezzo concorrenziale, senza subire il potere di mercato delle imprese stesse: protezione del diritto del consumatore, dunque, a non vedersi sottrarre ingiustamente parte della propria ricchezza". Gli strumenti legislativi finalizzati al perseguimento del descritto obiettivo, peraltro, sono stati migliorati e raffinati dalla legislazione antitrust successiva, ovvero, rispettivamente, dal *Federal Trade Commission Act,* dal *Clayton Act* del 1914 e dal *Celler-KefauverAntimerger Act* del 1950. Originariamente, infatti, lo *Sherman Act* non aveva previsto la presenza di un'autorità amministrativa di controllo, affidando il compito di applicare e far rispettare la normativa antitrust al *Department of Justice* ed alle Corti. Soltanto successivamente, con l'introduzione del *Federal Trade Commission Act*, venne loro affiancato un apposito organismo amministrativo, preposto sia a vietare i metodi concorrenziali sleali (tra cui rientravano le violazioni dello *Sherman Act),* sia ad applicare concretamente le disposizioni del *Clayton Act.* La *Federal Trade Commission* non ha infatti alcun potere di irrogare direttamente sanzioni (di carattere amministrativo, penale o civile, neppure a titolo risarcitorio) per la violazione delle predette normative, potendo solamente ordinare con apposito provvedimento (*cease and desist order*) al presunto responsabile della violazione, di cessare immediatamente il comportamento ritenuto illecito. L'unica sanzione automaticamente conseguente ai provvedimenti della Commissione è di carattere amministrativo e viene irrogata nell'ipotesi in cui il destinatario di un *cease and desist order* ometta o ritardi nel conformarsi al provvedimento. La Commissione ha poi diverse importanti funzioni nell'ambito del sistema applicativo della disciplina per la tutela della concorrenza - le quali, peraltro, non hanno alcun riflesso particolare sull'impianto sanzionatorio della disciplina - quale quella di dettare astratte regole di comportamento al fine di agevolare il compito interpretativo degli operatori. Tali funzioni, peraltro, non hanno alcun riflesso particolare sull'impianto sanzionatorio della disciplina.

sempre del Clayton Act che autorizza l'adozione di misure cautelari ("*injunctions*") a favore di qualunque soggetto ("*any person*") in presenza del pericolo di perdite o danni a suo carico in ragione di una violazione antitrust perpetrata da un altro soggetto.

Gli effetti benefici del *private enforcement* possono essere così sintetizzati:

- Le azioni private assicurano che la compensazione per i danni subiti vada alle vittime dei comportamenti anticompetitivi, e non alla collettività nel suo insieme come invece avviene nel caso degli interventi "amministrativi" delle autorità pubbliche.
- Le azioni private possono portare alla luce comportamenti anticoncorrenziali che altrimenti non sarebbero rilevati, in considerazione delle limitate risorse investigative a disposizione delle autorità pubbliche.
- L'ampia formulazione delle Sezioni 4 e 16 del Clayton Act che si riferiscono genericamente a qualunque soggetto ("*any person*") e la triplicazione del danno risarcibile di cui alla Sezione 4 del Clayton Act costituiscono un notevole incentivo per le azioni antitrust dei privati.

Nel 1977, la Corte Suprema con due pronunce storiche (*Brunswick* e *Illinois Brick*) tentò di arginare il numero sempre crescente di azioni private, innalzando i requisiti di legittimazione richiesti a coloro che intendevano procedere in giudizio per violazione della normativa antitrust. Fino a quel momento, infatti, l'indagine circa la legittimazione dell'attore in cause antitrust si era essenzialmente fermata all'ampia formulazione delle Sezioni 4 e 16 del Clayton Act, le quali – secondo uno schema che richiama da vicino quello delineato dalla Corte di Giustizia richiedono semplicemente che la lamentata violazione abbia materialmente determinato (o nei giudizi cautelari minacci di causare) un danno attuale all'attività commerciale o alla proprietà dell'attore.

Negli Stati Uniti, la Corte Suprema nel caso *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp*[100] ha affrontato il tema del passing on[101], respingendo l'eccezione del convenuto,

[100] Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481 (1968)

[101] Per *passing on* si intende la traslazione del sovrapprezzo anticompetitivo a valle della catena produttiva o distributiva. In molti casi, il sovrapprezzo anticompetitivo non rimane sul primo acquirente del bene illegittimamente monopolizzato (cd. acquirente diretto), ma viene da questo trasferito a valle della catena produttiva o distributiva mediante un aumento del prezzo da lui praticato ai propri clienti (cd. acquirenti indiretti). Quando si verifica una traslazione del sovrapprezzo anticompetitivo si pongono due distinte questioni. In primo luogo, occorre stabilire se l'acquirente indiretto su cui il sovrapprezzo è stato trasferito sia legittimato ad agire in giudizio contro l'impresa che ha preso parte alla pratica anticompetitiva (cd. passing on offensivo, dove il passing on è usato come una "spada"). In secondo luogo, occorre stabilire se l'impresa che ha preso parte alla pratica anticompetitiva, convenuta in giudizio dall'acquirente diretto per il risarcimento del danno, possa eccepire che questo non ha subito alcun danno o ha subito un danno inferiore a quello

responsabile di una pratica anticoncorrenziale, secondo cui l'attore, suo cliente, non avrebbe avuto diritto al risarcimento del danno in quanto quest'ultimo avrebbe traslato ai propri clienti finali le maggiori spese sostenute per effetto della violazione.
La Corte, infatti, ha ritenuto che ammettere tale genere di eccezione (c.d passing on defence) avrebbe enormemente complicato l'accertamento dei fatti, richiedendo un apparato probatorio particolarmente complesso: inoltre, tutti i potenziali attori lungo la catena distributiva, ad eccezione dei consumatori, sarebbero risultati esposti alla suddetta difesa, con effetti non desiderabili sotto il profilo della dissuasione dal ricorrere alla tutela risarcitoria.

Nella successiva pronuncia *Illinois Brick Co. V. Illinois*[102], la Corte Suprema ha analizzato la questione da una prospettiva opposta: in questo caso, infatti, gli attori avevano citato per danni il partecipante ad un cartello pur essendo acquirenti solo indiretti dei prodotti inflazionati dalla condotta illecita.

Tale utilizzo "offensivo" della teoria del *passing on* è stato respinto dalla Corte che – per ragioni di coerenza con quanto sostenuto in *Hanover Shoe* – ha formulato il principio secondo cui possono ricorrere alla tutela risarcitoria solo coloro che abbiano acquistato direttamente dai responsabili di una violazione antitrust e non anche i soggetti che si trovino più a valle nella catena distributiva, ivi inclusi i consumatori finali (c.d indirect Purchaser Rule).

In questo modo, a livello federale, la legittimazione ad agire è concentrata presso gli acquirenti diretti. La Corte Suprema ritiene, da una parte, che sia eccessivamente difficile accertare di volta in volta in che misura il sovrapprezzo anticompetitivo sia stato traslato a valle della catena, e dall'altra parte, che l'acquirente diretto si trovi nella posizione migliore per agire in giudizio, avendo subito un danno maggiore.

In ogni caso, la stessa Corte ritiene che sia necessario risolvere simmetricamente la questione del passing on offensivo e quella del passing on difensivo, nel senso che se si ammette il primo bisogna ammettere anche il secondo, e viceversa. Diversamente, il convenuto sarebbe esposto al rischio di dovere risarcire più volte lo stesso danno, una

lamentato per avere traslato il sovrapprezzo anticompetitivo a valle della catena produttiva o distributiva mediante un aumento del prezzo (cd. passing on difensivo, dove il passing on è usato come uno "scudo").
[102] Illinois Brick Co. v. State of Illinois, 431, U.S. 720 (1977).

prima volta all'acquirente diretto (cui non può eccepire il passing on) ed una seconda volta all'acquirente indiretto (cui non può eccepire la mancanza di legittimazione attiva).

Da allora, almeno 36 Stati hanno polemicamente emanato leggi locali intese ad elidere, in tutto o in parte, il blocco di *Illinois Brick*. La causa dell'esclusione dal risarcimento è un'altra: si vuole, in sostanza, che tutto si concentri nelle mani del *direct purchaser*, del soggetto più 'vicino', che ha subito il danno frontale (e a prescindere dal fatto che l'abbia scaricato a valle), nel presupposto che egli abbia un interesse di maggior spessore rispetto ai compagni di sventura e, quindi, più consistenti incentivi ad attivarsi in giudizio, oltre che minori difficoltà probatorie. L'idea sottesa è che la deterrenza[103] conta più della compensazione.

Si tratta di una traiettoria decisamente diversa da quella europea. Proprio qui, anzi, si avverte più nitida la portata dei principi fissati nella sentenza *Manfredi*. Ci viene chiesto di pensare in termini di *compensation*, di *restitutio in integrum*, di ripristino della situazione e quindi di riposizionamento del soggetto inciso nella stessa curva di indifferenza su cui si sarebbe trovato se la pratica illecita non fosse esistita; e non si tarda a scoprire che l'ottica compensativa contrasta con la possibilità dell'ingiustificato arricchimento da parte di un soggetto che ottiene ristoro per un pregiudizio non subito, anche ove ciò sia funzionale alla logica della deterrenza. In altre parole, gli acquirenti indiretti, stando alla deriva di *Manfredi* e al torno complessivo del sistema della responsabilità civile 'continentale', hanno titolo, non diversamente dagli altri soggetti incisi dalla pratica anticompetitiva, alla *restitutio in integrum*; e la riconosciuta difficoltà nell'individuare lo 'spessore' degli effetti di *pass-on* non giustifica l'abdicazione da qualsivoglia funzione compensatoria. Né vale replicare che, man mano che si scende lungo la catena, l'entità del danno diminuisce e con esso gli incentivi, perché ciò non preclude la possibilità di ricostruire il circuito virtuoso in termini di *class action* o, comunque, di azioni rappresentative che portino alla riaggregazione degli interessi lesi, rilanciando, anche a questo livello, la praticabilità concreta del *private enforcement*.

[103] "P*rivate plaintiffs act in their own self-interest, which may well diverge from the public interest. Private plaintiffs are very often competitors of the firms they accuse of antitrust violations, and have every incentive to challenge and thus deter hard competition that they cannot or will not meet. If the legal system were costless and errorless, these incentives would pose no problem. However, litigation is expensive and courts and juries may erroneously conclude that procompetitive or competitively neutral conduct violates the antitrust laws. Under the conditions, private plaintiffs will bring suits that should not be brought and that deter competitively beneficial conduct. They know that defendants often will be willing to offer significant settlements rather than incur substantial litigation costs and risks. Since potential defendants know this too, they will refrain from engaging in some forms of potentially procompetitive conduct in order to avoid the cost and risk of litigation*" - W.S. CANNON, *A reassessment of antitrust remedies: the administration's antitrust remedies reform proposal: its derivation and implications,* 55 Antitrust Law Journal 103 (1986).

Nella sentenza *"Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc"* del 1977, la Corte cercò di dare una qualifica di *antitrust injury*.

Nel caso di specie, numerosi gestori di bowling agirono giudizialmente per contrastare l'acquisizione da parte di Brunswick, uno dei due principali operatori nella produzione di materiali per il bowling, di quattro impianti. Dopo dieci anni, quando la causa raggiunse la Corte Suprema, tre punti di fondamentale importanza nell'economia del giudizio erano stati ormai accertati:

- le acquisizioni erano contrarie alla disciplina antitrust (dato che Brunswick in virtù della propria potenza economica avrebbe potuto escludere dal mercato gli operatori concorrenti attivi a livello locale);
- in mancanza di tali acquisizioni i quattro impianti di bowling sarebbero irrimediabilmente falliti;
- l'eventuale fallimento dei quattro impianti avrebbe consentito agli attori di incrementare i propri profitti.

In questo quadro, la Corte Suprema era essenzialmente chiamata a pronunciarsi sul quesito relativo alla tutela risarcitoria e se, per accedervi, era sufficiente dimostrare la sussistenza di una violazione, di un danno da mancato guadagno e di un nesso causale tra i due.

Secondo la Corte, ogni concentrazione contraria alla normativa antitrust riguardava una pluralità di soggetti diversi, direttamente o indirettamente coinvolti nell'operazione. Ogni soggetto (persona fisica o impresa), o categoria di soggetti, poteva subire conseguenze di differente natura ed intensità ("*readjustment*" nel vocabolario della Corte Suprema). Alcune di esse potevano essere positive (come ad esempio nel caso dei dipendenti dei quattro impianti di bowling che in mancanza dell'acquisizione da parte di Brunswick avrebbero perso il loro posto di lavoro) e dunque ovviamente inadatte a supportare domande risarcitorie ai sensi della Sezione 4 del Clayton Act (per mancanza di un qualunque danno sofferto); altre potevano invece risultare pregiudizievoli per i destinatari e dunque cagionare dei danni.

Le conseguenze pregiudizievoli, a loro volta, potevano essere determinate da diversi aspetti della operazione di concentrazione vietata ai sensi della normativa antitrust: i creditori della società acquirente, (Brunswick nel caso di specie) ad esempio, potevano essere pregiudicati dallo sforzo finanziario richiesto dall'operazione, mentre gli amministratori delle società target (i quattro operatori di bowling) – per effetto

dell'operazione e del piano di riorganizzazione ad essa associato – potevano perdere il potere di influire sulla gestione della stessa.

Nonostante tale varietà di soggetti pregiudicati dalle conseguenze derivanti dai diversi aspetti della medesima operazione, esisteva solo una ragione per cui la concentrazione veniva ritenuta contraria alla disciplina antitrust, rappresentata dalla probabilità che da essa derivassero effetti pregiudizievoli per la concorrenza nella forma dell'esclusione dal mercato dei concorrenti.

Ciò posto, per la Corte Suprema, solo quei danni che derivano da tali effetti anticoncorrenziali assumono la qualifica di *antitrust injury*[104] e pertanto possono essere presi

in considerazione in un'azione ai sensi della Sezione 4 del Clayton Act.

Rapportando tali principi alla fattispecie innanzi a sé dedotta, la Corte ha osservato che gli attori reclamavano i profitti che avrebbero conseguito nel caso in cui i quattro impianti di bowling fossero falliti: pertanto, le perdite subite traevano piuttosto origine da un aspetto pro-competitivo dell'operazione di acquisizione, ossia il fatto che gli impianti in questione erano stati salvati dal fallimento potendo così continuare ad operare sul mercato. Di conseguenza, si poteva senz'altro affermare che i danni per gli attori si erano determinati a causa ("*by reason of*") dell'acquisizione illegalmente operata, ma i danni non potevano in alcun modo essere ricondotti a ciò che rendeva l'acquisizione contraria alle norme sulla concorrenza ("*by reason of that which made the acquisition unlawful"*), ossia la creazione di potere di mercato in capo a Brunswick.

Sulla base di tali considerazioni, ad avviso della Corte si doveva negare la legittimazione in capo agli attori per mancanza del requisito dell' *antitrust injury*.[105]

---

[104] O C.D. FLOYD, *op. cit.* (nt. 239), p. 26, nell'ambito dell'indagine *sull'antitrust injury*, una limitazione della legittimazione ai soli "partecipanti al mercato" potrebbe essere ottenuta semplicemente limitando (per ciascuna violazione) il novero degli effetti anticompetitivi rilevanti (ai fini dell'individuazione del danno causalmente qualificato) alle sole conseguenze relative all'incremento dei prezzi o alla riduzione dell'output: infatti, tali conseguenze sono generalmente avvertite dai soli soggetti che partecipano ai mercati interessati.

[105] Ulteriori sentenze sull'antitrust injury sono state emesse.

*Blue Shield of Virginia V. McCready, 457 U.S. 465 (1982)*- Il caso *McCready* di cinque anni successivo alla sentenza *Brunswick* si presentava per la Corte Suprema come un difficile banco di prova per verificare la tenuta della teoria dell'*antitrust injury*. Infatti, la violazione lamentata in giudizio vedeva una pluralità di soggetti coinvolti e una varietà di differenti relazioni sussistenti tra gli stessi: l'attore, la signora Carol McCready, riceveva dal suo datore di lavoro a titolo di (parziale) compenso per l'attività lavorativa svolta la copertura di un fondo assicurativo per la salute, offerta dalla società Blue Shields of Virginia ("Blue Shield"). Nel corso del rapporto Blue Shield aveva raggiunto un accordo con la Società dei Neuropsichiatri della Virgina (Neuropsychiatric Society of Virginia inc.) ai sensi del quale avrebbe proceduto a rimborsare ai beneficiari del fondo (tra cui come detto la signora McCready) solo i servizi di psicoterapia prestati dagli psichiatri, con ciò escludendo che i beneficiari in questione potessero vedersi rimborsato l'analogo trattamento prestato dagli psicologi. In tale contesto, McCready lamentava l'esistenza di una cospirazione tra Blue Shield e la Società dei Neuropsichiatri nella forma di un boicottaggio mirato ad escludere gli psicologi da alcuni segmenti del mercato dei servizi per il trattamento di psicoterapia.

In considerazione della peculiarità dei fatti posti alla base della controversia, l'analisi effettuata dalla Corte Suprema sull'effettiva sussistenza di una legittimazione in capo alla signora McCready - vittima incidentale della condotta

anticompetitiva - ha preso in esame diversi profili. La parte del ragionamento che rileva ai presenti fini si poggia sulle seguenti considerazioni:
(i) tra il danno subito da McCready (mancato rimborso delle spese mediche) e l'illegittimo boicottaggio finalizzato all'esclusione degli psicologi dal mercato rilevante sussisteva un legame diretto: infatti il negato rimborso costituiva lo strumento vero e proprio ("*very mean*") attraverso cui Blue Shield e la Società dei Neuropsichiatri ponevano in essere il boicottaggio a danno degli psicologi, di modo che il danno lamentato si configurava come un tassello essenziale per l'effettivo successo della cospirazione posta in essere da tali soggetti;
(ii) con specifico riguardo al requisito dell'*antitrust injury*, doveva osservarsi che McCready, nonostante l'accordo tra Blue Shield e i neuropsichiatri, aveva deciso di continuare a rivolgersi agli psicologi per i trattamenti, rinunciando dunque al rimborso. Il conseguente incremento del costo netto per i servizi psicoterapici che la signora era stata costretta a sopportare si qualificava agli occhi della Corte Suprema come *antitrust injury*, poiché risultava "*inestricabilmente legato al danno che i partecipanti alla cospirazione hanno tentato di arrecare agli psicologi e al mercato della psicoterapia*"
*Associated General Contractors of California., Inc. v. California State Council of Carpenters, 459 U.S. 519 (1983)*
Il ricorrente, un sindacato rappresentativo di più di 50.000 lavoratori impiegati nel settore edilizio ed affini, si doleva del fatto che AGC, un'associazione di categoria a cui prendevano parte vari enti appaltanti nei settori appena menzionati, aveva imposto ad alcuni dei suoi membri, nonché a soggetti terzi (come i proprietari di aree edificabili e simili), di concludere contratti solo con imprese che non avevano sottoscritto accordi con il medesimo sindacato denunciante.
Occorre al proposito notare che la violazione contestata riguardava la coercizione nei confronti dei membri dell'AGC (enti appaltanti) e dei soggetti terzi (proprietari di aree edificabili) sopra menzionati sul mercato delle costruzioni edili (restrizione della loro libertà di commercio attraverso la limitazione delle controparti contrattuali a cui rivolgersi), e non invece una condotta di boicottaggio volta a eliminare l'attore (ossia il sindacato) dal mercato in cui quest'ultimo si trovava ad operare (mercato dell'assistenza sindacale). Ad avviso dell'attore, la lamentata condotta coercitiva pregiudicava la libertà contrattuale degli appaltatori appartenenti all'AGC, i quali a loro volta erano stati indotti a trasferire l'esecuzione di parte dei loro contratti ad imprese non affiliate al sindacato, così limitando l'attività commerciale di quest'ultimo.
Nella sua pronuncia la Corte ha individuato cinque differenti ragioni per sostenere la carenza di legittimazione in capo all'attore. Per quanto riguarda il soddisfacimento del requisito dell'*antitrust injury*, l'approccio della Corte è risultato fortemente influenzato dalla specificità della fattispecie analizzata. La pretesa violazione infatti si collocava in un mercato (appalti e subappalti edilizi) che non era direttamente connesso al mercato in cui il sindacato operava (mercato dell'assistenza sindacale) e in cui il danno lamentato si era verificato (in altre parole il sindacato non era né un cliente, né un concorrente sul mercato degli appalti e subappalti edilizi su cui la restrizione al commercio si era verificata 208).
Pertanto, la questione che si poneva era quella di stabilire quale fosse la relazione sussistente tra l'effetto anticompetitivo della violazione sul mercato edile e i danni asseritamene riportati dall'attore sul mercato a valle dei servizi di assistenza sindacale.
A questo specifico riguardo, la Corte ha ritenuto che non fosse chiaro in che modo una restrizione della concorrenza sul mercato edile avrebbe potuto pregiudicare gli interessi del sindacato. Sembrava invero sussistere una relazione inversa tra il livello di concorrenza sul mercato edile e le possibilità per il sindacato di perseguire i propri obiettivi: infatti, quanto più agguerrita fosse risultate la concorrenza tra imprese edili sul mercato, tanto più difficile sarebbe diventato per il sindacato ottenere migliori condizioni salariali e di lavoro per i propri aderenti.
In considerazione di tali elementi, la Corte ha concluso che le condizioni enucleate nella sentenza *Brunswick* per la sussistenza del requisito dell'*antitrust injury* non fossero soddisfatte.
*Matsushita Electronic Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)*
La sentenza Matsushita rappresenta una delle pronunce più importanti della Corte Suprema in materia antitrust. Sebbene i passaggi più rilevanti del giudizio si riferiscano alla teoria dei prezzi predatori e a profili procedimentali e probatori estranei all'oggetto della presente analisi, la Corte ha altresì incidentalmente analizzato gli aspetti relativi al requisito dell'*antitrust injury*. Anche se in termini molto concisi, la Corte ha infatti effettuato delle importanti valutazioni in merito all'operatività del requisito in questione nei confronti dei soggetti che operano in concorrenza con l'autore della violazione.
Al riguardo la Corte Suprema ha ritenuto che gli accordi tra concorrenti che abbiano ad oggetto la fissazione di prezzi più elevati rispetto al livello concorrenziale o di limitare la produzione (come ad esempio la limitazione del numero di rivenditori a cui gli aderenti all'accordo si possono rivolgere per la commercializzazione dei propri prodotti) sul mercato rilevante, non possono essere contestati in giudizio dagli altri concorrenti attivi sul medesimo mercato.
In particolare, la Corte ha ritenuto che tali restrizioni per quanto dannose per il meccanismo concorrenziale, finiscono per beneficiare i concorrenti dei partecipanti all'accordo: questi ultimi infatti in un contesto competitivo alterato dalle suddette violazioni dispongono di maggiori margini per fissare i propri prezzi ad un livello superiore a quello precedente, potendo in questo senso approfittare dell'accordo sussistente tra i loro concorrenti che vincola questi ultimi ad innalzare i corrispettivi richiesti al mercato. Tali considerazioni, ad avviso della Corte, rendevano inconfigurabile la sussistenza nel caso di specie del requisito dell'*antitrust injury*.
*Cargill Inc. v. Monfort of Colo., Inc., 479 U.S. 104 (1986)*
Le circostanze di fatto alla base del caso risultavano alquanto simili a quelle di *Brunswick*.
L'attore (Monfort) si era costituito in giudizio avversando una concentrazione illegale tra concorrenti che pregiudicava la sua capacità di competere sul mercato interessato dall'operazione. In particolare, Monfort contestava l'operazione adducendo che quest'ultima avrebbe permesso ai concorrenti parti dell'accordo di ottenere efficienze attraverso l'uso congiunto dei rispettivi stabilimenti industriali, e per questa via di ridurre i loro prezzi ad un livello prossimo o leggermente superiore ai costi: tale situazione avrebbe irrimediabilmente pregiudicato le aspettative di ricavo della società attrice.

Nel sistema antitrust nordamericano, il *private enforcement* possiede alcune caratteristiche la cui conoscenza è indispensabile per valutarne la funzionalità. Alcune sono specifiche della legge antitrust, mentre altre sono riconducibili al sistema procedurale generale impiegato nell'applicazione giudiziale delle regole in materia di concorrenza.

Una prima caratteristica riguarda il concetto di private attorney general. Nell'uso generico, il termine attorney general ( "procuratore generale") si riferisce al pubblico ministero, il soggetto deputato a decidere se un fatto avente rilevanza penale debba essere sottoposto o meno al giudizio delle corti. Nel contesto antitrust, invece, tale espressione individua la figura di colui che attraverso una causa privata porta al cospetto dei tribunali potenziali violazioni della normativa antitrust, coadiuvando l'autorità pubblica nell'applicazione di

---

Il Giudice Brennan, estensore della sentenza per conto della maggioranza dei giudici, osservò quanto segue: l'attore lamentava la minaccia di un danno (riduzione dei profitti) che derivava dalla possibilità che le parti dell'operazione di concentrazione praticassero una condotta particolarmente aggressiva sul mercato nei confronti dei propri concorrenti, riducendo i prezzi di rivendita ad un livello prossimo o leggermente superiore ai propri costi. Tuttavia, questo genere di strategia di prezzo non è vietato dalla normativa antitrust, il cui fine è piuttosto quello di sostenere una vigorosa concorrenza sui prezzi. Pertanto, l'attore non aveva dimostrato la sussistenza di un "pericolo" di *antitrust injury*, posto che i danni lamentati sarebbero originati da un incremento del livello competitivo del mercato e non da una sua riduzione. Ad ogni modo, la pronuncia ha ulteriormente argomentato sul punto, sostenendo che nel caso in cui l'attore avesse credibilmente allegato il rischio una strategia di prezzo predatorio (ossia inferiore al livello dei costi) da parte dei soggetti che procedevano alla concentrazione volta ad escluderlo dal mercato, il requisito dell'*antitrust injury* sarebbe risultato soddisfatto, considerato che una simile condotta di prezzo è "*contraria alle finalità della normativa antitrust*".

*Atlantic Richfield Co v. USA Petroleum Co., 495 U.S. 328 (1990)*

Il caso in questione costituisce l'ultimo e più recente intervento della Corte Suprema in materia di *antitrust injury*.Il caso appare particolarmente interessante dal momento che riguarda un'intesa verticale per la fissazione del prezzo massimo di rivendita della benzina tra una compagnia verticalmente integrata (ARCO) e le sue stazioni di rifornimento. L'attore, il titolare di una stazione di servizio indipendente, lamentava il fatto che per via dell'intesa illecita di cui sopra (gli accordi verticali per la fissazione di prezzi massimi erano al tempo vietati *per se* dalla normativa antitrust di riferimento), le stazione di servizio della ARCO avevano cessato di farsi concorrenza, praticando i prezzi massimi imposti. Secondo l'attore, ove l'intesa illecita non fosse stata conclusa, le stazioni di servizio della ARCO avrebbero praticato prezzi più alti, di modo che le stazioni di servizio indipendenti (ivi inclusa quella dell'attore) avrebbero potuto a loro volta aumentare i corrispettivi richiesti e per questa via accrescere i propri profitti.

Il primo punto dell'analisi condotta dalla Corte è stato quello di individuare la *ratio* della presunzione assoluta di illegittimità che al tempo si applicava agli accordi di fissazione dei prezzi massimi. A tale proposito, la Corte ha considerato che, secondo quanto previsto nella giurisprudenza dell'epoca e in particolare dal caso *Albrecht* 210, la strategia di fissazione di prezzi massimi di rivendita risultava illegittima alla luce dei potenziali effetti pregiudizievoli che ne potevano derivare per i rivenditori parti dell'accordo (limitati nella loro libertà di stabilire il prezzo dei servizi prestati e di fornire servizi aggiuntivi non potendo superare i tetti di prezzo imposti dall'accordo) e per i consumatori, ma non anche per i suoi effetti sui concorrenti, ossia sui rivenditori estranei all'accordo.

Sulla base di tali premesse la Corte ha concluso ritenendo che la domanda attorea non risultava coerente con nessuno dei potenziali rischi per la concorrenza previsti nella sentenza *Albrecht*. Infatti:

(i) nel caso in cui la strategia di prezzo adottata da ARCO e dai suoi rivenditori avesse prevenuto questi ultimi dal fornire ai consumatori servizi addizionali relativi alla vendita di carburante nelle loro stazioni di servizio 212, l'attore (rivenditore indipendente) avrebbe in realtà beneficiato di tale mutato contesto concorrenziale, trovandosi nella possibilità di accrescere la propria clientela soddisfacendo la domanda inevasa dai propri concorrenti di tali servizi addizionali; e

(ii) nel caso in cui i prezzi massimi fossero stati fissati ad un livello tale da fungere in realtà come prezzo minimo di riferimento 214, l'attore avrebbe comunque potuto trarre vantaggio dalla possibilità di praticare prezzi più bassi rispetto a quello di tali rivenditori.

Di conseguenza, la Corte ha considerato che la strategia contestata dall'attore, finiva in realtà per beneficiarlo, in quanto restringeva i margini di utilizzo della leva prezzo da parte dei suoi concorrenti, ossia dei rivenditori appartenenti al sistema di distribuzione ARCO; in altre parole, il danno subito dall'attore non scaturiva dagli aspetti che (a quel tempo) rendevano illegittima la fissazione di prezzi massimi, e non si qualificava pertanto come *antitrust injury*). L'attore difettava dunque della legittimazione per accedere nel caso concreto alla tutela risarcitoria.

tale normativa. In questo caso l'attore ricopre un ruolo pubblico, essendo egli concepito come surrogato dell'intervento dell'Autorità pubblica.

Negli USA *l'enforcement pubblico* è ritenuto da tempo uno strumento da solo inadeguato al fine di assicurare un'efficace applicazione della normativa antitrust e le cause tra privati rappresentano, dunque, una sorta di sostegno all'enforcement pubblico.

Incentivando i privati ad incardinare cause civili in materia antitrust, si ritiene che il governo possa ottenere maggiore rispetto delle stesse regole antitrust da parte degli operatori economici.

L'incentivo indubbiamente più rilevante è rappresentato dalla facoltà, riconosciuta al danneggiato, di ottenere, a titolo di risarcimento del danno in una controversia antitrust, una somma triplicata rispetto al valore del danno realmente subito: si tratta del c.d. *private treeble damage action*[106]. Questa previsione ha lo specifico obiettivo di stimolare le azioni private e di evitare un eccessivo affidamento nell'enforcement pubblico.

E' opportuno segnalare che, la *treeble damage action* è aperta non solo ai soggetti privati ma anche alle istituzioni. Un'azione civile tesa al recupero del triplo dei danni subìti può essere intentata anche dal Department of Justice per conto del governo degli Stati Uniti in qualità di acquirente di beni o servizi; inoltre, il recupero dei danni tripli è consentito (per il tramite dei rispettivi Attorney general) anche ai singoli Stati dell'Unione i cui cittadini siano stati danneggiati da violazioni della normativa antitrust[107]. Invero, il Governo degli Stati Uniti non era originariamente ricompreso tra i soggetti legittimati all'azione. Sono stati a tal fine necessari due emendamenti della sez. 4 del Clayton Act; il primo, nel 1955, ha ammesso il Governo Federale alle vie risarcitorie, il secondo, nel 1990, ha esteso anche nei suoi confronti il beneficio della triplicazione.

Oltre alle previsioni pensate appositamente per incoraggiare le azioni private, come quella appena descritta, nell'ordinamento statunitense vi sono anche norme processuali di carattere generale che producono il medesimo effetto.

---

[106] Per approfondimenti, Parker, "The Deterrent Effect of Private Treble Damage Suits: Fact or Fantasy," 3 *N.M.L.Rev.* 286 (1973), Parker, "Treble Damage Action: A Financial Deterrent to Antitrust Violations," 16 *Antitrust Bull.*483 (1971) Lande, "Are Antitrust 'Treble' Damages Really Single Damages," 54 *Ohio St. L.J.* 115 (1993)

[107] Le Corti hanno comunque circoscritto tale possibilità, escludendo che il meccanismo possa essere attivato a vantaggio dei consumatori che non siano coinvolti direttamente nella controversia oggetto di contestazione (Cfr. *Illinois Brick Co. v. Illinois,* G34 U.S. 881, 98 S.CT. 243 (1977).

Una di queste è costituita dai *punitive damages*[108] (c.d. danni punitivi), ossia quella somma che, in aggiunta al risarcimento del danno, le corti (e le giurie, quando è prevista la loro presenza) possono obbligare a corrispondere alla vittima di un illecito, allo specifico scopo di punire il danneggiante e di scoraggiare simili comportamenti futuri.

Un altro potenziale incentivo è costituito dal regime probatorio ed in particolar modo dal sistema della c.d. *discovery.* Grazie a questo strumento, l'attore gode della facoltà di richiedere l'esibizione di prove a controparte, con l'effetto pratico di costringere quest'ultima a fornire notevoli quantità di informazioni. Il parametro per valutare se sussista tale l'obbligo, oggetto di accertamento nel c.d processo di "*pre trial discover",* consiste nello stabilire se le informazioni richieste possono ragionevolmente condurre ad una prova "ammissibile", ossia ad una prova che può essere presentata in giudizio.

Questo meccanismo consente spesso di acquisire numerose informazioni che possono essere impiegate sia nella medesima causa, oppure per altre ragioni di natura strategica. La *discovery* riveste un ruolo particolarmente centrale nel contesto dell'applicazione delle regole di concorrenza, anche sotto una prospettiva economica, in quanto la notevole quantità di dati potenzialmente disponibili alle parti condiziona la valutazione sul comportamento da parte degli economisti.

L'efficacia dell'applicazione del *private enforcement* non dipende soltanto dalle previsioni normative che lo disciplinano, ma anche da fattori di natura diversa.

Tale istituto, dunque, non può essere valutato significativamente se non si tiene conto della sua relazione con il resto del sistema, in quanto il contesto nel quale esso abita modella il suo operato e ne condiziona il ruolo.

*L'enforcement* in ambito privato è solo uno dei possibili strumenti nel settore normativa antitrust. Dunque, la sua relazione con le altre modalità di enforcement è centrale per valutare la sua operatività.

---

[108] Per approfondimenti MATTEI UGO, *Common Law – Il diritto anglo-americano* in *Trattato didiritto comparato,* diretto da Rodolfo Sacco, 1996, Torino (UTET); MUSY ALBERTO M., *Punitive damages e resistenza temeraria in giudizio: regole definizioni e modelli istituzionali a confronto*, in *Danno e Responsabilità*, n. 11/2000, pp. 1121 – 1127; MONATERI PIER GIUSEPPE (a cura di), *"i danni punitivi"* su *Il danno alla persona*, Torino, UTET, 2000, pp. 686 – 689; MONATERI PIER GIUSEPPE, *Responsabilità civile*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino (UTET); MONATERI PIER GIUSEPPE, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, 1998 Torino (UTET); NOTE, *Exemplary Damages in tehe Law of Torts*, 70, 1956 – 1957, pp. 519 – 533; PARDOLESI R., *in nota a* CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI D'AMERICA; *sentenza 6 aprile 1987; Pennzoil Co. v. Texaco, Inc*, in *Foro Italiano*, 1987 IV, 297 – 299; PONZANELLI GIULIO, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana,* in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, pp. 435 – 487; PONZANELLI GIULIO, *"Punitive damages" e " due process clause": l'intervento della Corte suprema Usa*, in *Foro Italiano*, 1991 IV, 235 – 238.

Nel sistema nordamericano vi sono due agenzie del governo federale incaricate di far rispettare le norme sulle concorrenza.

La prima è rappresentata del *Department of Justice* degli Stati Uniti, che è parte del ramo esecutivo del Governo e soggetto, dunque, al controllo politico. Il Department of Justice non può provvedere esso stesso all'enforcement ma deve agire attraverso le corti. Ciò significa che questa agenzia non può emettere provvedimenti direttamente esecutivi, ma deve promuovere una causa davanti alle corti ordinarie per raggiungere tale obbiettivo.

Inoltre, quando il Department promuove una causa davanti ad una corte, esso è sostanzialmente soggetto alle regole procedurali generali operanti nelle corte adita. In relazione alla gravità del comportamento e ad altri fattori, quali il grado di intenzionalità dei soggetti coinvolti, il Departement può intentare processi civili e penali.

La seconda Agenzia è la Federal Trade Commission. Essa opera in veste di Autorità indipendente, ma nella sostanza essa è finanziata dal Congresso, ed è perciò soggetta alle pressioni politiche. In alcuni periodi, la Federal Trade Commission ha giocato un ruolo significativo nell'applicazione delle regole antitrust, in altri il suo ruolo è stato pressoché marginale. Diversamente dal Department of Justice essa ha il potere di emettere decisioni direttamente esecutive nei confronti di soggetti privati, ma tali provvedimenti possono essere oggetto di revisione da parte delle corti ordinarie. L'enforcement "privato" opera parallelamente a questi strumenti di enforcement di carattere amministrativo. Con essi condivide gli stessi principi sostanziali, utilizza lo stesso sistema di tribunali e, in larga parte, le medesime istituzioni e regole procedurali. Il meccanismo di private enforcement interagisce, quindi, in molti punti con l'enforcement pubblico. Ad esempio, quando le Autorità pubbliche decidono di non perseguire determinate categorie di comportamenti, spesso questa scelta si ripercuote sulla percezione della consistenza delle domande che si fondano su tali comportamenti. Di conseguenza, le corti tendono a respingere tali domande, scoraggiando così le potenziali azioni che i soggetti privati potrebbero promuovere.

La struttura e le caratteristiche della professione legale rappresentano un altro fattore importante nel funzionamento del meccanismo di private enforcement in materia antitrust. Esso, infatti, può essere efficace solo se vi è un numero significativo di professionisti e consulenti legali privati, disposti e competenti a promuovere efficacemente tali azioni.

L’organizzazione, la collocazione politica e le caratteristiche professionali di coloro che esercitano le libere professioni legali, sono tutti fattori che influiscono sull’opportunità di promuovere o meno le azioni di natura privata che il sistema mette a disposizione.

Inoltre, detti fattori si ripercuotono sugli incentivi ad utilizzare questa opportunità.

Negli Stati Uniti, questo gruppo di professionisti legali è vasto e politicamente potente. Generalmente, esso è organizzato in modo tale da incentivare la promozione di azioni di carattere privato e favorire la promozione di cause economicamente onerose.

Questo implica, ad esempio, l’uso diffuso del “patto di quota lite” *(contingent fees)* nelle cause private. Com’è facilmente intuibile, l’impiego da parte degli studi legali di un notevole numero di giovani avvocati che possono lavorare in gruppi numerosi e che possono essere facilmente coinvolti nel lavoro di gruppo - nonché il ricorso ai c.d. paralegals (impiegati che hanno una conoscenza legale minima, ai quali sono affidati determinate attività quali la raccolta di dati) ha un certo costo. Da ultimo, occorre evidenziare come un atteggiamento particolarmente aggressivo faccia anche parte della cultura della professione.

Infine, anche il contesto sociale gioca un ruolo importante.

Negli Stati Uniti, agire in giudizio è comune e culturalmente approvato, in modo particolare tra le aziende. Lo stesso dicasi per gli alti compensi richiesti per l’assistenza giudiziale. Inoltre, viene attribuito grande valore alla concorrenza come processo: è un simbolo culturale che trova largo supporto politico e affascina. Non a caso, perciò, negli Stati Uniti esiste una lunga tradizione nel settore del contenzioso antitrust.

Come il contesto sistemico influenza l’operatività dei meccanismi di private enforcement, così lo stesso private enforcement influenza, a sua volta, altri elementi del sistema. Essendo il private enforcement profondamente radicato nel sistema nordamericano, non è possibile tracciare con sufficiente approssimazione le relazioni di causa/effetto, anche se risulta comunque possibile identificare associazioni e interrelazioni che intercorrono tra di esso e gli altri elementi del sistema.

I tribunal, negli USA, non si limitano a controllare l’operato delle Autorità amministrative che vigilano sulla concorrenza. Essi rappresentano il centro del sistema, le loro decisioni influenzano il ruolo assunto dalla normativa e rappresentano uno dei fattori primari nel determinare lo sviluppo della normativa stessa. Le decisioni emesse dai

tribunali e il dibattito giurisprudenziale tra le corti costituiscono il punto di riferimento sia per il *public enforcement* che per gli avvocati quando essi sono chiamati ad assumere decisioni in materia di antitrust.

Il rilievo assunto dal *private enforcement* ha un impatto significativo sulla consapevolezza e sulla percezione che i soggetti hanno della legge antitrust e sull'atteggiamento nei suoi confronti. Tale rilievo tende ad innalzare la considerazione della legge antitrust non solo tra gli avvocati e i c.d. business leader, ma anche, in generale, nel pubblico.

La controversia che vede coinvolte note aziende commerciali suscita interesse mediatico è richiama l'attenzione della stampa e, più in generale, degli organi di informazione, specie quando oggetto del contendere sono cospicue somme di denaro o sono coinvolte aziende particolarmente note.

Questa consapevolezza, a sua volta, aumenta la probabilità che i potenziali attori in un giudizio possano, per lo meno, prendere in considerazione la possibilità di incardinare una causa privata. Invero, molto dipende dal contenuto delle informazioni fornite dai media, le quali possono condurre sia ad una maggior affezione anche ad una sfiducia nella previsione dei costi e dei benefici di una causa privata.

Questa breve analisi mostra come, nell'ordinamento statunitense, il private enforcement rappresenti un componente che è stato, sin dall'inizio, parte del sistema antitrust ed è stato accettato come normale ed efficace, tanto da essere considerato una parte indispensabile del sistema stesso. Tale conclusione è evidente, ed è supportata da numerose evidenze che risiedono nelle istituzioni del sistema legale e nella società in cui tale istituto opera. Si può dunque affermare che il *private enforcement* si inserisce nel sistema, in quanto si è sviluppato come parte del sistema stesso.

# CAPITOLO VI

# IL MODELLO STATUNITENSE ED IL MODELLO EUROPEO EUROPEO DI PRIVATE ENFORCEMENT ANTITRUST: UNA ANALISI COMPARATA

Dopo l'analisi dei sistemi di risarcimento da illecito antitrust presenti in Italia, Regno Unito, Francia e Stati Uniti, è necessario riflettere sulla possibilità che l'esperienza nordamericana possa essere utile ai legislatori europei, ai giudici, ai funzionari, agli avvocati, soprattutto nella prospettiva di un incremento delle cause promosse dai privati in materia antitrust.

Per i giudici e per i funzionari europei incaricati di gestire le controversie tra privati in materia antitrust, il confronto con l'esperienza statunitense può risultare particolarmente interessante.

L'esperienza nordamericana sviluppata in quest'ambito è di gran lunga la più matura e rappresenta un punto di osservazione privilegiato dei problemi e degli ostacoli con cui, probabilmente, gli Stati Europei che intendono sviluppare l'applicazione della normativa antitrust nelle controversie tra privati potrebbero scontrarsi.

Tuttavia, è opportuno sottolineare come l'esperienza nordamericana in materia di *competition law* sia troppo distante rispetto all'esperienza europea per poter trarre dal confronto previsioni concrete o specifiche prescrizioni.

Negli Stati Uniti, infatti, l'applicazione in ambito "privato" della normativa antitrust ha rappresentato una dimensione essenziale nell'evoluzione di questa materia. Meccanismi di peculiarità del sistema di cui si è argomentato nel capitolo appositamente dedicato, dimostrano come, nell'ordinamento statunitense, il private enforcement rappresenti un componente che è stato, sin dall'inizio, parte del sistema antitrust ed è stato accettato come normale ed efficace, tanto da essere considerato una parte indispensabile del sistema stesso per garantirne il successo.

In Europa, invece, la normativa antitrust si è sviluppata soprattutto nell'ambito del diritto amministrativo: sono infatti le autorità nazionali che si occupano di applicare e controllare lo sviluppo delle norme che disciplinano la concorrenza.

L'iniziativa privata e l'applicazione di tale normativa nelle controversie tra privati hanno giocato un ruolo ristretto, tanto da poter sostenere che il private enforcement sia stato estraneo all'esperienza europea in materia di concorrenza a livello pratico.

Questa caratteristica influenza sotto molteplici aspetti il funzionamento dei sistemi europei della disciplina della concorrenza, strutturando, ad esempio, il ruolo delle Autorità garanti della concorrenza e le loro relazioni con le corti, nonché il ruolo dei professionisti legali che operano nel settore pubblico e privato.

Vista la scarsa rilevanza del private enforcement, le Autorità di Concorrenza possono focalizzare la loro attenzione su particolari tipologie di comportamento e specifiche linee argomentative, tanto che esse dispongono della facoltà di stabilire l'agenda nella disciplina della concorrenza. Inoltre, nel caso in cui esse abbiano un adeguato supporto politico, ciò assicura loro una posizione di potere quando hanno a che fare con entità economiche.

In questa situazione, i rapporti con le corti tendono ad essere limitati sia sotto il profilo pratico, che nell'affrontare le questioni di natura sostanziale.

Essi tendono ad essere limitati nella sostanza, perché le corti possono solo approvare o annullare le decisioni emesse dalle Autorità di concorrenza. Di conseguenza, le corti non hanno strumenti e poteri decisionali tali da poter influenzare i risultati e lo sviluppo della disciplina della concorrenza stessa.

Inoltre, il campo di applicazione è limitato, perché la relazione è tipicamente circoscritta ad un'Autorità e una o due Corti d'Appello.

Nella pratica tale ristrettezza è ancora più spiccata se si considera che normalmente sono coinvolti solo i pochi giudici che siedono nelle sezioni delle corti competenti a giudicare le controversie in materia di concorrenza.

Di conseguenza, la maggior parte dei giudici ha una conoscenza limitata delle questioni legate alla disciplina della concorrenza.

Data la centralità dell'iniziativa amministrativa, gli avvocati che si occupano di controversie in materia di concorrenza sono tipicamente avvocati difensori e consiglieri. Essi non sono avvocati del danneggiato, attore in giudizio, come di frequente avviene negli Stati Uniti, dato che in Europa è inusuale promuovere una causa contro un soggetto privato per violazioni delle norme sulla concorrenza. La mentalità degli avvocati si focalizza dunque, in generale, sull'attività difensiva. Inoltre, tale attività viene esercitata in contraddittorio con un esiguo numero di funzionari facenti parte dell'Autorità di Concorrenza.

Per tali ragioni gli avvocati concentrano le loro attenzioni sulle previsione delle future strategie dell'Autorità di concorrenza e sullo sviluppo di strumenti per influenzare le sue decisioni.

In Europa gli avvocati tendono ad essere meno attenti, rispetto a quanto accade negli Stati Uniti, all'operato delle corti, dato il ruolo marginale che queste ricoprono in materia di concorrenza.

A questo scenario occorre aggiungere il ruolo degli economisti.

Se è vero che l'economia e l'analisi economica sono diventate centrali in più momenti della normativa europea sulla concorrenza, allora occorre creare meccanismi di private enforcement nei quali gli economisti possano svolgere effettivamente le loro funzioni.

Le procedure statunitensi hanno avuto pochi ostacoli nell'incorporare e valorizzare il ruolo degli economisti. Dal momento che, negli Stati Uniti, i giudici dei tribunali di prima istanza ricoprono un ruolo tipicamente limitato e le cause sono inizialmente istruite e presentate dagli avvocati, sono stati gli stessi avvocati ad includere gli economisti nel loro team di consulenti. L'incorporazione di esperti nel settore economico nelle procedure continentali europee non sarà probabilmente immediato.

Ad un livello ancora più alto, la centralità amministrativa modella la percezione che si ha della disciplina della concorrenza, non solo fra i giudici, gli avvocati e gli amministratori, ma anche tra coloro che assumono decisioni di carattere economico nelle aziende, e tra il pubblico in generale.

Tuttavia, lo sguardo al sistema americano consente di intuire le possibili conseguenze derivanti da determinate scelte normative e di individuare le misure più utili ed efficaci per facilitare lo sviluppo in Europa del private antitrust enforcement.

L'incentivo del private enforcement non può svilupparsi in Europa se non vengono rivisti modelli di pensiero, di relazioni istituzionali, di stili argomentativi e di distribuzione dei poteri. Inoltre, è necessario comprendere come questi elementi siano interdipendenti.

Comprendere questi rapporti di interdipendenza è cruciale per poter valutare il possibile impatto che l'applicazione, nelle controversie tra privati, delle regole sulla concorrenza potrebbe provocare sullo sviluppo in Europa della disciplina della concorrenza medesima.

.

# CONCLUSIONI

All'inizio del presente lavoro si è inteso offrire una panoramica sulla normativa antitrust in Europa e sui documenti inerenti lo sviluppo del *private enforcement.*

Si è poi passati ad analizzare il sistema italiano, inglese, francese ed americano, al fine di evidenziare i punti di forza e le aree di criticità delle procedure previste all'interno di ogni Stato affinché i privati possano ottenere un risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust.

Si sono potuti rilevare degli ostacoli per lo sviluppo del private enfocement, come per esempio l'accesso alle prove dell'illecito anticoncorrenziale; in particolare, in Italia ed in Francia, appartenenti alla famiglia di civil law, la maggior parte dei dati necessari per provare la condotta abusiva resta nella disponibilità dell'autore. Nei sistemi di common law, invece i meccanismi della *disclosure* e della *discovery* permettono agli attori di accedere alle prove in possesso di controparte.

In Francia, gli ostacoli rilevati per lo sviluppo del private enforcement, possono essere così sintetizzati:

- sull'attore grava l'onere della prova della violazione della normativa sulla concorrenza, il quale incontra serie difficoltà nel reperire le informazioni necessarie in un sistema che non obbliga le parti a scambiarsi le informazioni in proprio possesso;
- per quanto concerne la nomina di esperti, non sempre sono garanzia di efficienza, in quanto rischiano di non avere le competenze adeguate o perché non ricevono la collaborazione delle parti nel reperire i documenti necessari per l'indagine;
- la preferenza dei privati di adire preventivamente l'Autoritè de la Concurrence per far accertare la violazione, beneficiando della sua competenza e dei suoi strumenti investigativi e, solo in un secondo momento, decidere se porre in essere una azione risarcitoria.

Per questa ragione, sarebbe auspicabile rivedere il sistema in base a tali aree di criticità. Le soluzioni potrebbero essere:

- fissare dei parametri per la valutazione del danno;
- azionare dei meccanismi che permettano alle vittime di accedere alle informazioni;

- attribuire agli esperti nominati dalle Corti gli strumenti per avere la collaborazione delle parti nell'acquisizione dei documenti e delle informazioni;
- incentivare forme di "collective action" che possano permettere alle parti la suddivisione dei costi delle spese processuali;
- introdurre punitive damages che possano incentivare le vittime;
- l'incentivare il ricorso alle Alternative Dispute Resolution.

Per quanto concerne il Regno Unito, gli elementi che potrebbero facilitare il private enforcement sono:

- la pre-trial disclosure;
- il meccanismo dell'attribuzione di una somma al vincitore;
- l'introduzione delle contingency fees;
- la piena giurisdizione per tutte le azioni basate sul diritto europeo per le situazioni in cui vari attori vogliano agire nei confronti del medesimo convenuto;
- il carattere vincolante delle decisioni della Commissione Europea e dell'OFT per i CAT e delle decisioni dell'OFT su giudici civili ordinari;
- l'agevolazione delle A.D.R., con particolare attenzione alla conciliazione, che sembra la forma più adeguata.

Per quanto concerne l'Italia, gli elementi che potrebbero facilitare il private enforcement sono:

- una semplificazione e specializzazione dei tribunali competenti: la distinzione tra la Corte d'Appello come foro competente per le azioni basate sulla violazione della Legge 287/90 ed il Tribunale (o in alcuni casi limitata al Giudice di pace), come giudice competente per la violazione delle regole di concorrenza CE non facilita il private enforcement delle regole di concorrenza. La designazione di sezioni specializzate nell'applicazione delle questioni di concorrenza potrebbe essere sicuramente d'aiuto, insieme è stata recentemente ad una formazione approfondita per i giudici;
- norme chiare in merito alla possibilità di proporre azioni di classe, anche attraverso le associazioni dei consumatori. La class action potrebbe essere un efficace strumento per favorire l'applicazione delle regole di concorrenza, soprattutto se alle associazioni dei consumatori viene riconosciuta la legittimazione ad agire. Le associazioni dei

consumatori sono finanziariamente in una posizione migliore per affrontare le azioni nei tribunali, che potrebbe richiedere sostanziali spese;

- l’espansione dei mezzi di prova: provare un comportamento anticoncorrenziale è un compito particolarmente difficile per le imprese che intendono intraprendere azioni in tribunale e ancor più per gli individui. Mentre una riforma potrebbe guardare al modello anglosassone della discovery; l’'ingiustificato rifiuto di divulgare la documentazione da parte di un soggetto, dovrebbe essere oggetto di una penale che potrebbe andare fino al punto di equiparare il rifiuto di produrre documentazione a prova di infrazione;
- un utilizzo più ampio di esperti: la possibilità per il giudice di nominare esperti potrebbe essere ampliato, in particolare per quanto riguarda l'analisi economica del mercato in questione. Al giudice potrebbe essere concessa la possibilità di nominare esperti per il compito specifico di svolgere un'analisi economica sostanzialmente a propria discrezione;
- la disposizione esplicita della presunzione semplice di colpa: l'applicabilità dell’art. 2600 del codice civile (che in materia di concorrenza sleale prevede che l'esistenza della colpa è presunta quando gli atti di concorrenza sleale concorso sono state dimostrate) potrebbe essere esplicitamente estesa alle azioni per il risarcimento dei danni;
- la chiara identificazione dei criteri per la definizione del danno;
- il ricorso alle Alternative Dispute Resolutions: la dottrina prevalente e la giurisprudenza italiana sostengono che i problemi di private enforcement delle regole di concorrenza potrebbero essere deferite dalle parti ad arbitri.

E’ stato altresì preso in considerazione il sistema statunitense.

Dalla analisi è emerso come il successo delle azioni private nel sistema antitrust nordamericano, non è solo legato alla normativa di settore ma anche a fattori inerenti il sistema nella sua totalità, inglobando anche elementi di natura sociale, culturale ed economico.

Per questa ragione, risulta evidente come è impossibile procedere ad un trapianto “tout court” del sistema statunitense in Europa. l’evoluzione dei modelli deve tenere in considerazione i formanti dei sistemi giuridici.

Dalla comparazione del sistema americano con quelli europea rende agevole identificare alcuni effetti che l'espansione del private enforcement potrebbe comportare nel vecchio continente e alcuni fattori che potrebbero influenzarne il ruolo e le prospettive.

Il processo di incorporazione del private enforcement nei sistemi europei della disciplina della concorrenza implica l'introduzione in questi sistemi di un elemento estraneo. Saranno molti i fattori che determineranno fino a che punto le opportunità recentemente create all'utilizzo del private enforcement saranno effettivamente sfruttate e quanto rapido sarà l'incremento del suo impiego.

In considerazione del fatto che i sistemi europei della disciplina della concorrenza si sono fondati, sin dalla loro origine, sull'azione amministrativa, se il private enforcement assumerà un ruolo significativo ciò avrà probabilmente profondi effetti su tale aspetto, in quanto, gli amministratori non saranno più i soli a controllare il funzionamento e lo sviluppo della disciplina della concorrenza:

- saranno promosse controversie tra privati per perseguire interessi privati, e questi ultimi non necessariamente coincideranno con gli interessi pubblici (o privati) dell'amministrazione pubblica;

- gli avvocati delle parti sceglieranno le strategie argomentative da proporre in giudizio, le quali avranno soltanto un debole, o addirittura nessun, legame con le argomentazioni che i pubblici funzionari avrebbero prodotto nel medesimo procedimento amministrativo;

- i tribunali, chiamati a giudicare, influenzeranno lo sviluppo normativo e la sua efficacia, allo stesso modo, se non più, degli stessi funzionari.

Ciò avrà l'effetto di diminuire, sotto alcuni profili e in determinati contesti, il prestigio dei funzionari.

Certamente altri fattori condizioneranno questa perdita di prestigio. Le tradizioni e il funzionamento della disciplina della concorrenza negli Stati Uniti e in Europa differiscono significativamente, come pure all'interno dei paesi che compongono la stessa Europa, la generalizzazione è dunque pericolosa.

Ad esempio, la posizione dei funzionari in molti stati europei tende ad essere significativamente più elevata rispetto allo status dei funzionari statunitensi. Tale elemento potrebbe contrastare i potenziali effetti della crescente privatizzazione.

Infine, il ridotto controllo sulla disciplina della concorrenza da parte dei funzionari può influenzare il ruolo ricoperto dalle Autorità di concorrenza.

In Europa tali autorità hanno spesso giocato ruoli propositivi ed "educativi" piuttosto che semplici funzioni applicative. Esse hanno considerato la costruzione dei mercati, l'educazione dei consumatori e di coloro che assumono le decisioni aziendali come compiti importanti, mentre, negli Stati Uniti questa attività è stata generalmente secondaria.

Nella misura in cui crescerà il ruolo assunto dal private enforcement diminuirà il prestigio dei funzionari e il loro controllo sull'agenda relativa alla disciplina della concorrenza, venendo meno, altresì, il loro incentivo ad assumere ruoli significativi e la loro capacità di svolgerli effettivamente.

Lo sviluppo del private enforcement può anche alterare il ruolo dei giudici nel sistema della disciplina della concorrenza. Come segnalato nelle righe precedenti, in un modello di tipo amministrativo, pochi giudici hanno a che fare con controversie legate alla disciplina della concorrenza, e i loro ruoli sono tipicamente limitati.

Nel contesto di un diffuso utilizzo del private enforcement, invece, a molti giudici sarà richiesto di occuparsi di cause inerenti alla disciplina della concorrenza, e i loro ruoli diventeranno più ampi. Essi saranno chiamati a risolvere controversie che coinvolgono soggetti privati, nelle quali sono spesso in gioco cospicue somme di denaro. Questo accrescerà l'attenzione pubblica e politica nei confronti dei tribunali che se ne occuperanno e aumenterà la pressione su di essi.

In aggiunta, i tribunali assumeranno un ruolo preponderante rispetto alle Autorità amministrative. Essi tenderanno a diventare i punti di riferimento per il funzionamento del sistema. Tutti gli amministratori e in generale coloro che assumono le decisioni aziendali, nello stabilire la loro posizione giuridica si concentreranno sempre più sulle decisioni dei tribunali, piuttosto che sulle decisioni amministrative.

A questo elemento non consegue necessariamente un incremento di prestigio per i giudici, dal momento che alcuni di essi potrebbero non possedere una formazione adeguata per trattare con competenza problematiche inerenti alla disciplina della concorrenza.

Pertanto, l'assunzione di un ruolo maggiormente determinante da parte dei giudici, in materia di concorrenza, potrebbe condurre a conflitti e controversie sulla loro formazione.

Anche il ruolo dei professionisti privati e dei consulenti delle società subirà, probabilmente, un mutamento. Senza dubbio, la possibilità di promuovere azioni in sede civile, in materia di concorrenza, aggiungerà una nuova dimensione ai loro ruoli.

La valutazione del rischio antitrust diventerà più complessa. Il loro compito non risiederà più principalmente o comunque soltanto nel prevedere il probabile comportamento di un'Autorità di concorrenza. Si richiederà loro anche di valutare l'eventualità che siano altri soggetti, quali i concorrenti, i fornitori, gli acquirenti a promuovere una causa in sede civile.

Inoltre essi dovranno affrontare questioni nuove, relative alla giurisdizione, alla produzione delle prove, alla strategia processuale.

Essi dovranno essere in grado di consigliare i loro clienti sull'opportunità di promuovere una lite in sede civile e dovranno essere in grado di valutare le implicazioni che tali azioni potranno comportare sulle pratiche correnti, se solo si considera che ciò comporta l'assunzione di nuovi professionisti legali che dovranno essere remunerati dai clienti.

Gli economisti inevitabilmente eserciteranno un ruolo di gran lunga più importante rispetto a quanto accaduto in passato. Negli Stati Uniti, a partire dagli anni '70, data in cui e iniziata la rivoluzione della c.d.Law and Economics, lo sviluppo della normativa antitrust ha spostato drammaticamente il potere e le responsabilità verso gli economisti.

I mutamenti delle regole sostanziali, registrati nella normativa comunitaria nell'ultimo decennio, mostrano come gli economisti saranno chiamati ad esercitare un ruolo centrale nelle controversie tra privati in materia antitrust, anche se non è ancora chiaro in che modo ciò avverrà.

Gli obiettivi e i concetti che caratterizzano la disciplina della concorrenza diventeranno con ogni probabilità meno chiari e coerenti. Il private enforcement cambia la "voce" della disciplina della concorrenza.

Anziché avere un solo ufficio amministrativo, e magari uno o due tribunali, deputati a confrontarsi con l'apparato concettuale ed a interpretare gli obiettivi e le norme, il private enforcement moltiplicherà le voci che saranno chiamate ad interpretare tali norme e a

partecipare al processo di definizione degli obiettivi del sistema. Questo porterà, probabilmente, ad una minore coerenza concettuale e ad una minore chiarezza nell'articolazione degli obiettivi.

Infine, tenderanno probabilmente a cambiare anche le percezioni e gli atteggiamenti fra le aziende e i consumatori. La possibilità che la disciplina della concorrenza possa rivelarsi utile a molte aziende come pure a consumatori e gruppi di consumatori funge da stimolo ad essere maggiormente informati al riguardo.

Questo, a sua volta, porterà all'aumento del contenzioso, e accrescerà la necessità, da un lato, di investire nel rispetto delle regole e dall'altro, di porre in essere strategie di prevenzione volte a ridurre il rischio di essere convenuti in giudizio in materia antitrust. I clienti dovranno essere informati di queste nuove possibilità e questo, in generale, tenderà ad aumentare la conoscenza delle norme e delle procedure che disciplinano la concorrenza.

Con lo sviluppo del private enforcement, la disciplina della concorrenza sarà vista sempre più come strumento privatistico piuttosto che pubblicistico. Il private enforcement alimenta la percezione che la disciplina della concorrenza sia una componente del sistema legale accessibile ed utile. Nel bene o nel male, essa non rappresenterà più solo uno strumento normativo ad appannaggio dello Stato.

Già si è visto che il private enforcement in materia antitrust è largamente estraneo all'esperienza comunitaria sulla disciplina della concorrenza e agli attuali sistemi europei della disciplina della concorrenza. Questo elemento comporta due effetti non secondari sui tentativi posti in essere per espanderne il suo ruolo.

In primo luogo, probabilmente si assisterà ad una resistenza sistemica nei confronti di detti tentativi. Interessi istituzionali, modelli di pensiero, e aspettative di coloro che prendono decisioni sia nel pubblico che nel privato possono, per esempio, ostacolare l'espansione del private enforcement.

In secondo luogo, come spesso accade con l'introduzione di qualsiasi elemento estraneo in ogni sistema, è probabile che esso possa creare nuovi ed imprevisti conflitti con le pratiche esistenti.

Se i decision makers saranno capaci di comprendere le relazioni che intercorrono tra i meccanismi del private enforcement e l'attuale sistema nonchè di riconoscere i potenziali ostacoli che le differenze tra i due sistemi possono generare (ai fini dello sviluppo del

private enforcement medesimo), essi potranno adottare i provvedimenti più idonei ad eliminare detti ostacoli. In aggiunta, quanto prima i decision makers saranno capaci di prevedere quali conseguenze il private enforcement potrà produrre sul sistema corrente, maggiore sarà la probabilità di apportare aggiustamenti ai due meccanismi, così da favorire la loro efficace coesistenza.

L'esperienza nordamericana può essere utile nell'identificare i fattori che potrebbero influenzare lo sviluppo del private enforcement in Europa e le conseguenze che detto sviluppo avrà sul funzionamento dei sistemi europei della disciplina della concorrenza.

Il valore dell'esperienza statunitense a questi fini dipende, comunque, da un effettivo confronto dell'esperienza nordamericana con le analoghe esperienze europee.

Come si è fin qui dimostrato, il confronto effettivo non può limitarsi alla discussione sulle regole e sui casi, ma deve vedere il private enforcement come uno specifico modo di operare che coinvolge istituzioni, relazioni di potere e modi di pensare. Dove questo confronto è scrupoloso e documentato, il suo valore può essere grande. Al contrario se la comparazione sarà superficiale e casuale, nel migliore dei casi essa sarà senza valore e nel peggiore fuorviante e pericolosa.

Prevedibilmente, il private enforcement delle regole sulla concorrenza in Europa si svilupperà secondo linee abbastanza differenti rispetto all'esperienza americana.

Le istituzioni che fino ad ora hanno operato nell'ambito dei sistemi europei della disciplina della concorrenza continueranno a compiere le loro funzioni, e i modi di pensare, di valutare e di operare che si sono evoluti negli ultimi cinque lustri permarranno.

Lo sviluppo del private enforcement probabilmente dipenderà, in larga parte, da un attento adattamento al contesto europeo.

In aggiunta, le decisioni politiche legate al *private enforcement* saranno probabilmente più efficaci se prenderanno in considerazione la relazione che insiste tra le caratteristiche uniche del *private enforcement* e gli elementi già presenti nei loro propri sistemi.

# BIBLIOGRAFIA


- AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, a cura di Frignani, A., Pardolesi, R., Patroni Griffi, A., Ubertazzi, L.C. (Zanichelli, 1993).
- AA.VV., Symposium: Remedies for dominant firm misconduct, in Antitrust Law Journal, 2009, vol. 76, fasc. 1
- AFFERNI G., Azione di classe e danno antitrust - Italian antitrust class action, in Mercato concorrenza regole, 2010, 3, 491-525
- AFFERNI G., La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario, in Concorrenza e mercato, n. 16/2008, Milano, 2009, 494
- AGOSTINACCHIO L., La competenza antitrust delle sezioni specializzate, in Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza, a cura di Benacchio G.A. e Carpagnano M., Padova, 2009, 55
- ÁGUILA-REAL J.A., Contra la armonización positiva : la propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del derecho de la competencia, in Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza, a cura di Benacchio G.A. e Carpagnano M., Padova, 2009, 193
- AL-AMEEN A., Restitutionary Remedies in Competition Law: Bull in a China Shop?, in World Competition, vol. 32, 2009, 327
- ALBERTINI, L., *Le violazioni antitrust davanti al giudice civile: tra cautela e merito, tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa* (2003) 1 Giurisprudenza Commerciale 84 and ff.
- ALVISI, C., *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità* (Giuffrè, 1997).
- AMARETTI G. - STECCHETTI L., Il ventennale dell'antitrust e la Corte Costituzionale – Two decades of Italian antitrust and the Constitutional Court, in Mercato concorrenza regole, 2010, 3, 459-468
- AMATO G., La legge antitrust venti anni dopo, in Riv. tri. dir. Pubbl., 2010, 04, 923
- ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights,* Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2008.
- APPS C., Damages claims against trade unions after Viking and Laval, in European Law Review, 2009, pp. 141-154
- ARCELIN, L. *L.Entreprise en Droit de la Concurrence Français et Communautaire* (Litec, 2003)

- ARNAUDO L., Concorrenza tra autorità indipendenti. Noterelle bizzarre intorno a un parere del Consiglio di Stato, in Giur. Comm., 2010, 06, 916
- AUBERT, J-L., *Introduction au droit*, (Armand Collin, 2002)
- BARIATTI S. - PERFETTI L., Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione, in Il private enforcement delle norme sulla concorrenza, a cura di Rossi Dal Pozzo F. e Nascimbene B., Milano, 2009, 3, e in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2008, 1151
- BASTIANON S., I costi delle azioni risarcitorie antitrust, in Il private enforcement delle norme sulla concorrenza, a cura di Rossi Dal Pozzo F. e Nascimbene B., Milano, 2009, 137
- BASTIANON, S., *Antitrust e risarcimento del danno: atto secondo* (1997) 5 Danno e Responsabilità 602.
- BASTIANON, S., *Antitrust e tutela civilistica: anno zero* (2003) 4 Danno e Responsabilità 390.
- BASTIANON, S., *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno* (1996) 5 Danno e Responsabilità 555.
- BAVASSO, *Communications in EU Antistrust Law: Market Power and Public Interest*, The Hague - London - New York, 2003 (European Monographs; 42).
- BEAUCHESNE, B., *La Protection Juridique des Entreprises en Droit Communautaire de la Concurrence* (Nouvelles Editions Fiduciaires, 1993?)
- BEHAR-TOUCHAIS, M., *L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ?*, Petites Affiches, 20 November 2002 n°232, p. 36
- BENACCHIO G.A. - CARPAGNANO M. (a cura di), Il private enforcement del dirittocomunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali, Atti del II° Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 8-9 maggio 2009, Padova, 2009
- BERRUTI, G.M., *La nuova cooperazione attiva tra Istituzioni comunitarie, Antitrust nazionali e giudici nel regolamento comunitario 1/2003* (2004) Corriere Giuridico 115.
- BERTINI F. - SCHEMBRI G., Sanzioni amministrative, impegni, misure cautelari, programmi di clemenza e risarcimento del danno: un menù di scelte per l'impresa, in Concorrenza e mercato, n. 16/2008, Milano, 2009, 279
- BITETTO A.L., Razionalità oligopolistica o intesa restrittiva: a chi il fardello della prova? (Nota a C. Stato, sez. VI, 7 marzo 2008, n. 1006, Soc. Rivoira c. Autorità garante concorrenza e mercato), in Foro it., 2009, III, 23

- BOLOTOVA Y. - CONNOR J.M. - MILLER D.J., Factors Influencing The Magnitude Of Cartel Overcharges: An Empirical Analysis Of The U.S. Market, in Journal of Competition Law and Economics, vol. 5, 2009, 361
- BONELLI E., Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2010, 01, 33
- BOURGEOIS J.H.J. - STRIEVI S., EU Competition Remedies in Consumer Cases: Thinking Out of the Shopping Bag, in World Competition, vol. 33, 2010, 241
- BOUT, R., BRUSCHI, M., LUBY, M., POILLOT-PERUZZETTO, S., Cas, G., *Lamy Droit Economique* (Lamy, 2004)
- BROGGIATO T., Risarcimento da illecito antitrust e da pratica commerciale scorretta nel settore bancario: prime riflessioni sul ruolo dei mezzi stragiudiziali di risoluzione delle controversie, in Concorrenza e mercato, n. 16/2008, Milano, 2009, 478
- BRUZZONE G. - SAIJA A., La class action da danno antitrust: prime considerazioni, Note e Studi Assonime, n. 6/2009
- BRUZZONE G. - SAIJA A., Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico, in Mercato concorrenza regole, 2010, 7
- BUCCIROSSI P., Impegni ed abusi di sfruttamento: i confini tra antitrust e regolazione, in Antitrust tra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario, a cura di E.A. Raffaelli, Milano, 2009
- BURNLEY R., Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability, in World Competition, Vol. 33, 2010, 595–614
- BUTTAZZI B., Il libro bianco 2008 della commissione europea: un passo avanti per le azioni di risarcimento antitrust?, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2009, 1073
- CAMILLI E.L., Il contributo del giudice ordinario all'evoluzione del diritto antitrust: la giurisprudenza nel 2007 e primo semestre 2008, in Concorrenza e mercato, n. 16/2008, Milano, 2009, 143
- CAPRILE P., Il contributo del giudice ordinario all'evoluzione del diritto antitrust (giurisprudenza 2008 e primo semestre 2009), in Concorrenza e mercato, Giuffrè, Milano, 2010
- CAPUANO V., voce Procedimento antitrust (diritto comunitario), in Digesto civ., Agg. 2009, Utet, Torino, 2009, 392
- CAPUTI, G., *Il diritto privato e le regole antitrust, un rapporto ancora problematico* (2002) 10 Diritto e Formazione 1359.

- CARPAGNANO M., Quot regiones, tot mores. Analisi comparata di alcuni casi recenti in Europa in materia di private antitrust enforcement, in Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza, a cura di Benacchio G.A. e Carpagnano M., Padova, 2009, 235
- CASSINIS P., Antitrust tra Autorità e Giudici, in Antitrust tra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario, a cura di E.A. Raffaelli, Milano, 2009
- CASSINIS, P., FATTORI, P., *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*, in Alpa - Levi (a cura di) I diritti dei consumatori e degli utenti (Giuffrè, 2001).
- CASTELLI L., Recenti interventi comunitari in materia di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale, in Giur. comm., 2009, I, 1198
- CASTRONOVO, C., *Antitrust e abuso di responsabilità civile* (2004) 5 Danno e Responsabilità 469.
- CAVALLONE B., Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria, in Il private enforcement delle norme sulla concorrenza, a cura di Rossi Dal Pozzo F. e Nascimbene B., Milano, 2009, 31
- CAVANAGH E.D., Detrebbling Antitrust Damages, in Antitrust Law Journal, vol. 76, 2006, 97
- CAVANAGH E.D., The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience, in Loyola University Chicago Law Journal, vol. 41, 2010, 629
- CHAPUS, R., *Droit administratif Général* (Montchrestien, 1999)
- CHIRITA A.D., Undistorted, (Un)fair Competition, Consumer Welfare and the Interpretation of Article 102 TFEU, in World Competition, vol. 33, 2010, 417–436
- CLARICH M., Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette, in Giur. Comm. 2010, 05, 688
- COLANGELO G., *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali ex art. 33 legge antitrust* (2003) 2 Il Diritto Industriale at 172-177.
- COLANGELO G., L'ambito di applicazione dell'abuso di dipendenza economica: il caso Logistica Italia, in Danno e Responsabilità, 12/2010, 1175
- CRANE D.A., Optimizing Private Antitrust Enforcement, in University of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper No. 09-021, e di prossima pubblicazione in Vanderbilt Law Review

- D'AMORE C., La giurisprudenza amministrativa sulla legge antitrust (2008 e primo semestre 2009), in Concorrenza e mercato, Giuffrè, Milano, 2010
- DABBAH M.M., Competition Law and Policy in Developing Countries: A Critical Assessment of the Challenges to Establishing an Effective Competition Law Regime, in World Competition, Vol. 33, 2010, 457–475
- DE CRISTOFARO M., L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali, in Resp. civ. e prev., 2010, 10, 1932
- DELLA BIANCA N., Illecito antitrust e la tutela collettiva dei consumatori, in Resp. civ., 2009, 274
- DENOZZA F. - TOFFOLETTI L., Le funzioni delle azioni private nel Libro bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica, in Il private enforcement delle norme sulla concorrenza, a cura di Rossi Dal Pozzo F. e Nascimbene B., Milano, 2009, 101
- DEPASQUALE C., Collusive Monopsony and Antitrust Damages, in Antitrust Bulletin, vol. 54, 2009, 857
- DESTOURS, S., *La confusion des autorités de la concurrence: exemple de la gestion du domaine public aéroportuaire* (2003) 20 L.actualité de la commande et des contrats publics at 39-54
- DI FEDERICO G., The impact o the Lisbon Treaty in EU Antitrust Enforcement: Enhancing procedural Guarantees Trough Article 6 TEU, in Dir. Un. Eur., 2010, 04, 805
- DI GIÒ A., Contract and Restitution Law and the Private Enforcement of EC Competition Law, in World Competition, vol. 32, 2009, 199
- E. BERGAMINI, *La concorrenza tra professionisti nel mercato interno dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006 (Centro interdipartimentale di ricerca sul diritto delle Comunità europee dell'università di Bologna. Studi di Diritto dell'Unione europea; 1).
- FASQUELLE, D., *La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles* (1998) 51 RTD
- FASQUELLE, D., *Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle, in* Le Juge civil, le juge commercial et le droit de la concurrence, Ateliers de la concurrence, 27 October 1999
- FATTORI P. - TODINO M., La disciplina della concorrenza in Italia, Il Mulino, Bologna, 2010
- FERRARINI G. - GEOFFREY P. MILLER, A Simple Theory of Takeover Regulation in the United States and Europe, Riv. Soc. 2010, 04, 680

- FIRST H., Modernizing State Antitrust Enforcement: Making the Best of a Good Situation, in Antitrust Bulletin, vol. 54, 2009, 281
- FOURGOUX, J-C., *La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles* (1999) 51 JCP Éd. Entreprises at 2005-2010
- FRIGNANI A. - NOTARO M., Il regolamento 461/2010 di esenzione per categoria degli accordi verticali nel settore automobilistico: la saga dei pezzi di ricambio non sembra aver fine, in Dir. comm. Internaz. 2010, 04, 715
- G. AMATO, C. D. EHLERMANN (edited by), *EC competition law. A critical assessment*, Oxford, Portland, Hart publishing, 2007.
- G.A. BENACCHIO e M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali. Atti del II Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 8-9 maggio 2009*, Padova, CEDAM, 2009 (Dipartimento di Scienze Giuridiche Università di Trento; 85).
- GAVIL A.I., The Challenges Of Economic Proof In A Decentralized And Privatized European Competition Policy System: Lessons From The American Experience, in Journal of Competition Law and Economics, vol. 4, 2008, 177
- GERBER D.J., Convergence in the treatment of dominant firm conduct: the United States, the Europea Union and the institutional embeddedness of economics, in Antitrust Law Journal, Vol. 76, 2010, Issue 3, 951
- GERBER D.J., Private Enforcement of Competition Law. US Experience and European Plans, in Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza, a cura di Benacchio G.A. e Carpagnano M., Padova, 2009, 33
- GIUDICI, P., *Private Antitrust Law Enforcement In Italy*, forthcoming (2004) 1(1) Comp L Rev at www.clasf.org/CompLRev.
- GODET, R., *La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun: l.exemple des autorités de marché* (2002), RFDA at 957-967
- GRAVIER, L., ROUX, R., *Juge administratif et droit de la concurrence dans les contrats publics* (2003) 20 L.actualité de la commande et des contrats publics at 33-38
- GUEZOU, O., *La légalité d.un acte administratif peut être appréciée au regard des dispositions de l.ordonnance du 1er décembre 1986* (1998) AJDA 247
- HAÏM, V., *Conclusions du Commissaire du Gouvernement dans les affaires SNCF*, AJDA 12 Juillet 2004, p. 1417

- HATTON C., COUMES J.M., European Commission Adopts Guidance on State Aids to the Financial Sector, in European Competition Law Review, 2009, 51
- HELLSTRÖM P. - MAIER-RIGAUD F. - BULST F.W., Remedies In European Antitrust Law, in Antitrust Law Journal, vol. 76, 2009, 43
- J. BASEDOW, *Private Enforcement of Ec Competition Law,* Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007.
- J. DOURY, *Les inspections de concurrence. Gérer une enquête de concurrence dans l'entreprise à l'heure du renforcement de la lutte contre les cartels*, Paris-Bruxelles, 2005 (Série Concurrence).
- J. DREXL, *The future of transnational antitrust-From comparative to common competition law*, The Hague-London-New York, 2003 (Munich series on European and international antitrust law
- JEULAND, E., *L.expertise commerciale* (2000) 13 Dalloz 209
- KLOUB J., White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Plea for a More Holistic Approach to Antitrust Enforcement, in European Competition Journal, vol. 5, 2009, 515
- KORTMANN J. - SWAAK C., The EC White Paper on Antitrust Damage Actions: Why the Member States are (Right to be) Less Than Enthusiastic, in European Competition Law Review, 2009, 340
- LEONE C., Gli impegni antitrust al vaglio del Consiglio di Stato, in Foro Amm., CDS, 2010, 5, 1093
- LIBERTINI, M., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust* (1998) giurisprudenza commerciale 649.
- LONGOBUCCO F., Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione «a valle», Esi, Napoli, 2009
- M. CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004.
- M. MEROLA, D. WAELBROECK (a cura di), *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe. Time of a Rewiew of Regulation 1/2003?*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- MACCHIATI A., I motori di ricerca su Internet e il mercato delle news. Profili antitrust e regolamentari – Search engines and the news: antitrust and regulation, in Mercato concorrenza regole, 2010, 3, 469-490

- MAIL-FOUILLEUL, S., *Les Sanctions de la Violation du Droit Communautaire de la Concurrence* (LGDJ, 2002)
- MANGINI V.M. - OLIVIERI G., Diritto antitrust, 3° ed., Giappichelli, Torino, 2009
- MARKUS, J-P., *La réception parachevée du droit de la concurrence par le juge administratif* (2000) 9 Dalloz at 204-208
- MASTRORILLI A., Illecito antitrust e tutela civilistica, in Danno e Responsabilità, 2010, 8-9
- MAUGERI M. - ZOPPINI A. (a cura di), Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, Il Mulino, Bologna, 2009
- MELICIAS M.J., The Use and Abuse of Intent Evidence in Antitrust Analysis, in World Competition, Vol. 33, 2010, 569–594
- MINERVINI V., Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quale Autorità di tutela del consumatore: verso una nuova forma di regolazione dei mercati, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 2010, 4, 1141-1175
- MOMÈGE, C., AND IDOT, L., *Application of Articles 81 and 82 EC by the French Ordinary Courts: A Procedural Perspective* (Hart, 2003) European Competition Law Annual Report 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law at 233-252
- MORETTI M., Valutazioni economiche complesse in materia antitrust e self restraint dei giudici dell'Ue, in Dir. Unione europea, 2009, 315
- MORRE, *Le nouveau droit communautaire de la concurrence. Les droits de la défense aux pouvoirs de la Commission européenne*, Paris-Bruxelles, 2005 (Série Concurrence).
- MOSCA V., Private enforcement antitrust: accertamento e quantificazione del danno, in Dir. Ind., 5/2010
- MOURA E SILVA M., Predatory Pricing under Article 82 and the Recoupment Test: Do Not Gentla into that Good Night, in European Competition Law Review, 2009, 61
- MUNARI F., L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE. Primi bilanci, problemi irrisolti e parziali soluzioni, in Mercato concorrenza regole, 2010, 147
- MURGATROYD R., MAJUMDAR A., BISHOP S., Grand Theft Antitrust: Lessons from the GAME/Gamestation Transaction, in European Competition Law Review, 2009, 53
- MURPHY F., LIBERATORE F., Abuse of regulatory procedures- the AstraZeneca case: part 1, in European competition law review, 2009, 223
- MURPHY G., Is it time to rebrand legal professional privilege in EC competition law?, in European Competition Law Review, 2009, 125

- MUSCOLO G., Processo antitrust e prova economica. Verso una terza via tra adversarial systems e court centered systems?, in Concorrenza e mercato, n. 16/2008, Milano, 2009, 450
- NASCIMBENE B. - ROSSI DAL POZZO F., L'azione di risarcimento antitrust e la "prescrizione" nel diritto comunitario e nazionale, in Il private enforcement delle norme sulla concorrenza, a cura di Rossi Dal Pozzo F. e Nascimbene B., Milano, 2009, 123, e in Dir. comm. internaz., 2008, 513
- NEBBIA P. - SZYSZCZAK E., White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, in European Business Law Review, vol. 20, 2009, 635
- NEGRI M., Procedimenti paralleli in materia antitrust: (ir)ragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della commissione Ce (Nota a Court of appeal [Gran Bretagna], 28 aprile 2008, Emerson Electric co. c. Morgan Crucible plc e T. Milano, 8 maggio 2009, Soc. Eni c. Soc. Pirelli Tyre), in Int'l Lis, 2009, 71 e 133
- NUSSENBAUM, M., *Le rôle de l.expert économique*, in Revue de jurisprudence commerciale, II, 46e année, Novembre 2002, numéro spécial Colloque de la Baule
- ORLANDI, M., *La risarcibilità del danno causato da una violazione delle norme comunitarie antitrust* (2000) 4/5 Giurisprudenza di merito 990.
- OSTI, C., *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile* (1996) 1 Danno e Responsabilità 105.
- PACE L.F., Il ruolo della Commissione nel rapporto con i giudici nazionali ai sensi del Reg. 1/2003: teoria e prassi, in Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza, a cura di Benacchio G.A. e Carpagnano M., Padova, 2009, 81
- PAGE W.H., Twombly And Communication: The Emerging Definition Of Concerted Action Under The New Pleading Standards, in Journal of Competition Law and Economics, vol. 5, 2009, 439
- PAGNI I., L'azione di classe del nuovo art. 140 bis : le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda, in Rivista di Diritto Civile, 4/2010, 349
- PALMIERI A. - PARDOLESI R., L'incompiuta: ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza, in Il Foro italiano, fasc. 11, pag. 2913-2917
- Palmieri, A. *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente*, Foro Italiano, 2003, I, 1122 and ff.

- PARDOLESI R., Private enforcement: da “com’eravamo” alle prospettive di un futuro incisivo, in Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza, a cura di Benacchio G.A. e Carpagnano M., Padova, 2009, 13
- PARLAK S., Passing-on Defence and Indirect Purchaser Standing: Should the Passing-on Defence Be Rejected Now the Indirect Purchaser Has Standing after Manfredi and the White Paper of the European Commission?, in World Competition, vol. 33, 2010, 31
- PASCHETTA D., Rassegna delle novità legislative e dell'applicazione delle regole antitrust nel settore europeo dell'energia nel 2009 ed inizio 2010, in Dir. Comm. Internaz., 2010, 04, 859
- PERA A., Vent’anni Dopo: L’introduzione Dell’antitrust In Italia, in Concorrenza e Mercato, Rivista annuale di concorrenza, G. Ghidini, B. Libonati, P.Marchetti, F. Ghezzi (dir.), Milano 2010
- PERATONER R. - PONCIBÒ C. - VERTUCCI G., Il profilo negoziale delle intese anticompetitive e delle pratiche concordate: risvolti di diritto civile e processuale, in Giust. civ., 2009, II, 369
- PIZZOFERRATO A., Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE, Riv. it. Dir. Lav., 2010, 03, 523
- POLVERINO F., Procedure “negoziate” in materia antitrust: impegni e accordi transattivi, in Concorrenza e mercato, n. 16/2008, Milano, 2009, 411
- PROSPERETTI L. - PANI E. - TOMASI I., Il danno antitrust: una prospettiva economica, Il Mulino, Bologna, 2009
- PROSPERETTI L., Il danno antitrust, in Danno e Responsabilità, 2010, 11, 65
- PROSPERETTI L., Il libro bianco della commissione europea sul danno antitrust: qualche osservazione da un punto di vista economico, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2009, 633
- PROSPERETTI L., Il Libro bianco della Commissione europea: qualche osservazione da un punto di vista economico, in Il private enforcement delle norme sulla concorrenza, a cura di Rossi Dal Pozzo F. e Nascimbene B., Milano, 2009, 59
- PROSPERETTI L., PANI E. e TOMASI I., Il danno antitrust: breve corso di cucina, in Concorrenza e mercato, Giuffrè, Milano, 2010
- RAFFAELLI, E.A., *I giudici nazionali e il diritto comunitario della concorrenza* (1994) II Rivista Diritto Civile 1.
- RAJABIUN R., Strategic Considerations in the Emergence of Private Action Rights, in World Competition, vol. 32, 2009, 409

- RIDYARD D., The European Commission's article 82 guidelines: some reflections on the economic issues, in European competition law review, 2009, 230
- RODGER B.J., The Public Private Enforcement Relationship: follow-on actions in the UK, in Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza, a cura di Benacchio G.A. e Carpagnano M., Padova, 2009, 157
- ROMANO G., Il ruolo dell'AGCM nei rapporti con i giudici nazionali: disciplina e prassi, in Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza, a cura di Benacchio G.A. e Carpagnano M., Padova, 2009, 67
- ROSSI DAL POZZO F. - NASCIMBENE B. (a cura di), Il private enforcement delle norme sulla concorrenza, Milano, 2009
- ROSSI G., Illecito antitrust e tutela del consumatore, Giappichelli, Torino, 2009
- ROSSO S., Ways to Promote Workable Private Antitrust Enforcement in Italy, in World Competition, vol. 32, 2009, 305
- S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, Giuffrè, 2005 (Studi di diritto internazionale; 14) .
- S. D. ANDERMAN, J. KALLAUGHER, *Technology transfer and the new EU competition rules*, Oxford, New York, 2006.
- SABBATINI P., Interesse privato ed interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust – Private and public interest in antitrust damage action, in Concorrenza mercato regole, 2010, 2, 335-360
- SANTA MARIA A., L'azione collettiva risarcitoria conseguente a comportamenti anticoncorrenziali fra Libro bianco e legge italiana, in Il private enforcement delle norme sulla concorrenza, a cura di Rossi Dal Pozzo F. e Nascimbene B., Milano, 2009, 75
- SCAGLIONE F., Azione di classe e nuove forme risarcitorie, in Rivista di diritto privato, 2010, 4, 63-74
- SCHEPISI C., Azione risarcitoria di classe e controversie transnazionali: competenza giurisdizionale e legge applicabile, in Riv. dir. Internaz., 2010, 04, 1053
- SCOGNAMIGLIO A., Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi, in Dir. Amm. 2010, 03, 503
- SCUFFI M., I difficili rapporti tra i programmi di clemenza ed il private enforcement nel diritto antitrust, in Dir.Ind., n. 5/2010
- SCUFFI M., La class action in funzione antitrust, in Diritto ed economia dell'assicurazione, 4/2010, 1158-1182
- SCUFFI M., Tutela antitrust del consumatore e azione di classe, in Dir. ind., 2009, 341

- SCUFFI M., Tutela antitrust del consumatore e class action, in Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza, a cura di Benacchio G.A. e Carpagnano M., Padova, 2009, 255, e in Dir. ind., 2009, 341
- SCUFFI, M., *I riflessi ordinamentali ed organizzativi del Regolamento comunitario n. 1/2003 sulla concorrenza* (2004) Corriere Giuridico 123.
- SCUFFI, M., *L'evoluzione del diritto antitrust nella giurisprudenza italiana, in "*Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario" (Giuffrè,1998).
- SCUFFI, M., *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust, in* " Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario" (Giuffrè, 2003).
- SHAPIRO C., The 2010 Horizontal Merger Guidelines: from Hedgehog to Fox in forthy years, in Antitrust Law Journal, Vol. 77, 2010, Issue 1, 43
- SHELANSKI H.A., Enforcing competition during an economics crisis, in Antitrust Law Journal, Vol. 77, 2010, Issue 1, 229
- STELLA M., La prima pronuncia di un tribunale italiano in un caso di c.d. follow-on antitrust litigation e sul valore delle decisioni della commissione Ce in materia (Nota a T. Milano, 8 maggio 2009, Soc. Eni c. Soc. Pirelli Tyre e High Court of justice [Gran Bretagna], 1 luglio 2009, Cooper Tyre and Rubber co. c. Shell Chemicals Uk Ltd), in Int'l Lis, 2009, 149
- STEPHAN A., An Empirical Assessment Of The European Leniency Notice, in Journal of Competition Law and Economics, vol. 5, 2009, 537
- TARDELLA E., Private Enforcement delle Regole di Concorrenza: quale equilibrio?, in Antitrust tra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario, a cura di E.A. Raffaelli, Milano, 2009
- TAVASSI M., Il risarcimento del danno in materia antitrust nell'esperienza dei giudici italiani, in Il private enforcement delle norme sulla concorrenza, a cura di Rossi Dal Pozzo F. e Nascimbene B., Milano, 2009, 41
- TAVASSI M., Le azioni di danno antitrust nella giurisprudenza italiana, in Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza, a cura di Benacchio G.A. e Carpagnano M., Padova, 2009, 113
- TESAURO, G., *Private Enforcement of EC Antitrust Rules in Italy: The Procedural Issues* (2001) European Competion Law Annual 267.
- TOFFOLETTO, A., *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust* (Giuffrè)

- TRIPODI M. L., Impugnabilità delle segnalazioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, in Rass. avv. Stato, 2009, fasc. 2, 289
- TRULI E., White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: The Binding Effect of Decisions Adopted by National Competition Authorities, in European Competition Journal, vol. 5, 2009, 795
- VAN BAEL I., Problemi irrisolti nel diritto procedurale antitrust comunitario, in Concorrenza e mercato, Giuffrè, Milano, 2010
- VATIERO M., Programma di clemenza. Alcuni spunti di riflessione, in Concorrenza e mercato, n. 16/2008, Milano, 2009, 437
- VINCENT., J., GUINCHARD, S., *Procédure civile*, (Dalloz, 2003).
- VOGEL, L., BLANCHOT, A., FASQUELLE, D., GALLOT, J., *Le juge civil, le juge commercial et le droit de la concurrence* (1999) Atelier de la concurrence
- WALSH D. J., Carrots and Sticks-Leniency and Fines in EC Cartel Cases, in European Competition Law Review, 2009, 30
- WILS W.P.J., The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR, in World Competition, vol. 33, 2010, 5
- WILS W.P.J., The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages, in World Competition, vol. 32, 2009, 3
- WINKLER M., L'azione di classe italiana: problemi teorici ed applicativi di una normativa difficile, in Resp. civ. e prev., 2010, 7-8, 1675