

AIDA

ANNALI ITALIANI DEL DIRITTO D'AUTORE
DELLA CULTURA E DELLO SPETTACOLO

Anno XXIV

2015

(Estratto)

ENRICO CAMILLERI

Il trasferimento del sovrapprezzo
anticoncorrenziale nella Direttiva 2014/104/UE



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella Direttiva 2014/104/UE (*)(**)

SOMMARIO: 1. La Direttiva 2014/104 nel processo di modernizzazione dell'antitrust enforcement UE. – 2. I contenuti della Direttiva e l'impatto sulla fisionomia complessiva del private enforcement: amministrativizzazione delle tutele civilistiche e virtuale marginalizzazione delle stand-alone actions. – 3. La disciplina del passing-on. – 4. L'eterogeneità di impianto generale quale limite alla fungibilità di analisi e soluzioni prevalenti nell'US Federal Antitrust. – 5. Vantaggi e criticità dell'uso difensivo /offensivo dell'argomento di traslazione a valle del sovrapprezzo in un sistema orientato alla full compensation. – 6. La legittimazione degli acquirenti indiretti ed il nesso di causalità. – 7. Verso un sottosistema di responsabilità civile?

1. La pubblicazione, avvenuta sulla GUUE il 26 novembre 2014, della Direttiva 2014/104/UE, scandisce l'ultimo atto in ordine di tempo – sebbene certo non quello conclusivo – del processo di modernizzazione procedurale dell'antitrust europeo, nel segno della creazione di un effettivo quanto efficiente sistema misto, insieme pubblico e privato, di enforcement (1).

Un processo il cui avvio, almeno dal punto di vista più strettamente normativo, risale ad ormai a più di una decade addietro, ossia al Regolamento CE 16 dicembre 2003 n. 1/2003 (c.d. modernization package), ma i cui prodromi risultano persino più datati, da rinvenire come sono negli orientamenti assunti dalla Corte di Giustizia nel solco della giurisprudenza Francovich e del profilarsi con essa di un “community based right to damages” (2): più precisamente nella sentenza *Courage v. Crehan* (3), autentico leading case della apertura verso l'impiego di rimedi privati-

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(**) Il presente lavoro costituisce una versione ulteriormente arricchita e sviluppata dell'intervento svolto in occasione del XXVII Incontro di AIDA (Milano 15 maggio 2015), dedicato a “*La Direttiva Enforcement antitrust (e la direttiva enforcement IP)*”. Esso si inquadra tuttavia nell'ambito delle ricerche condotte nel contesto del progetto FFR 2012 “European Competition Law and Network Industries”, finanziato dall'Università degli Studi di Palermo – coordinatore scientifico Prof. E. Camilleri.

(1) Sottolinea opportunamente la interferenza, con quella inerente le procedure attuative, di una seconda, più surrettizia forma di modernizzazione, che ha interessato - nel medesimo turno di tempo della prima - l'edificio antimonopolistico della UE in punto di interpretazione delle norme sostanziali, all'insegna dell'orientamento culturale (quando non già schiettamente ideologico) *towards a more economic approach*: GERBER, *Two forms of modernization in European Competition Law*, in *Fordham Int'l Law Journal*, 31 (2008), 1235, 1235 e ss..

(2) Cfr Corte di Giust., cause riunite da C-6/90 a C-9/90, *Francovich v. Repubblica italiana* e la valorizzazione, in seno ad essa, dei principi di *effectiveness* e *practical effect*. Si veda, in argomento, Komninos, *New prospects for private enforcement of EC competition law*, *Comm. Market Law Review*, 2002, 227 e ss..

(3) Cfr. Corte di Giust., C 453/99, in *Europa e Dir. Priv.*, 2002, 785 e ss con nota di DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, 791 e ss..

stici in relazione a (pregiudizi individuali scaturenti da) violazioni del diritto della concorrenza.

Gli è però che, ad onta dell'enfasi con cui molti commentatori hanno definito rivoluzionaria (4) la riscrittura delle regole attuative dell'antitrust continentale, della rivoluzione e della sua classica dinamica di incidenza sul "diritto" (5) quello stesso processo di modernizzazione ha fatto mostra di presentare assai annacquati taluni tipici tratti, a partire dalla radicale cesura con un ordine precedente e dalla rapida sua sostituzione con un ordine nuovo.

Vero è infatti che il sistema delle comunicazioni preventive di cui al Regolamento 17/62 è stato da subito soppiantato dalla ben diversa regola di esenzione automatica dei cartelli ricadenti nell'orbita dell'art. 101.3 TFUE (art. 1, commi 1 e 2); vero è però, del pari, che l'edificazione di un meccanismo di regulation through private litigation, coerente nelle finalità e complementare nell'azione con quello – più rodato – costituito dai public remedies, si è rivelata questione di complessità assai maggiore di come la si era originariamente immaginata, involgendo ben più che la sola competenza dei giudici nazionali a conoscere dell'applicazione degli artt. 101 e 102 del Trattato (art. 6, Reg. 1/2003), bensì l'idoneità stessa degli strumenti privatistici ad assicurare tutela adeguata a quanti abbiano riportato danno da una condotta antimonopolistica (6).

Già la dottrina più attenta aveva, in effetti, segnalato come i rimedi che compongono il tradizionale arsenale del diritto privato, in primis la responsabilità aquiliana, fossero nel complesso inadatti ad una torsione in chiave antimonopolistica (7); un riscontro più probante e univoco in tal senso si è però via via delineato "sul campo", ossia all'ombra di una casistica giurisprudenziale che – nell'intero panorama continentale - ha stentato a raggiungere massa critica, segnalandosi anzi per l'emergere di disomogeneità anche significative da sistema nazionale a sistema nazionale (8), nonché alla stregua del susseguirsi di interventi delle Istituzioni comu-

(4) Cfr. EHLERMANN, "The modernization of EC antitrust policy: a legal and cultural revolution", 37 CML Rev. (2000), 537; RODGER – MAC CULLOCH, *Competition Law and Policy in the EC and UK*, 3rd ed. (Cavendish Pub. Lt., London, 2004), 52.

(5) Se ne veda una efficacissima sintesi in H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 1998, 40 e ss..

(6) Giova, al riguardo, ricordare che il Considerando n. 7 del Regolamento 1/2003 assegna ai giudici nazionali un ruolo non solo coesistente rispetto alle Autorità nazionali ma schiettamente volto alla tutela dei diritti individuali: "National courts have an essential part to play in applying the Community competition rules. When deciding disputes between private individuals, they protect the subjective rights under Community law, for example by awarding damages to the victims of infringements. The role of the national courts here complements that of the competition authorities of the Member States. They should therefore be allowed to apply Articles 81 and 82 of the Treaty in full".

(7) Cfr. BASEDOW, *Introduction*, in Basedow (Ed.), *Private enforcement of EC Commission*, (Kluwer Int., 2008), 1, ad avviso del quale "the remedies provided by private law have turned out to be insufficient or even totally inadequate for the protection of competition".

(8) Cfr. l'editoriale dal titolo "One birds in the hand.." *the Directive on damages actions for breach of the competition rules*, apparso su CMLR 51 (2014), 1333-1342, ed ivi spec. 1334. Una impietosa analisi degli scarsi esiti sin qui conseguiti dal private antitrust enforce-

nitare volte ad integrare, quando non in parte correggere, l'ordito risultante dallo stesso Regolamento 1/2003.

Basti dire, sotto la spinta dell'allarmante ricognizione effettuata con il c.d. Rapporto Ashurst (9), dell'adozione Libro Verde del 2005, prima, e del Libro Bianco sulle azioni di danno per violazioni delle regole comunitarie di concorrenza (10), poi; dell'adozione di un approccio di armonizzazione orizzontale in tema di tutela collettiva in materia antitrust e della conseguente Raccomandazione del 2013 (11), della Comunicazione della Commissione sulla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE (12), fino, per l'appunto, alla Direttiva 104/2014.

Innegabile è in effetti la continuità di fondo che lega, in punto di policy, tale ultimo provvedimento ai precedenti prima richiamati; continuità che è presto riassunta nei Considerando anteposti all'ordito normativo vero e proprio, tra i quali spiccano in particolare il n. 1, che ribadisce il rango di norme di ordine pubblico degli artt. 101 e 102 del TFUE (13), il n. 5, che rimarca il ruolo strategico da ascrivere alle azioni risarcitorie nel quadro di un efficace sistema privatistico di applicazione delle norme antitrust, complementare a misure di taglio pubblicistico; ed ancora i numeri da 7 a 10, incentrati sugli effetti potenzialmente distorsivi di una direttiva risarcitoria che si infranga sulla varietà di dispositivi rimediali di carattere nazionale e perda così appeal a cagione dell'incertezza ed eterogeneità di esiti cui quelli rischiano di mettere capo.

Detto però così della "direzione" cui tende il legislatore europeo, restano da precisare i contenuti del suo ultimo intervento in materia; crinale, questo, lungo il quale non tardano, invero, a palesarsi insieme i correttivi ed il procedere per approssimazioni progressive all'attuazione del disegno originario, tratteggiato con il Regolamento 1/2003.

ment si rinviene comunque in seno alla Proposta di Direttiva (com (2013) 404 def.) al cui punto 1.2 (p. 4 della versione in italiano) si legge "Anche se il diritto al pieno risarcimento è garantito dal trattato stesso e costituisce parte dell'*acquis*, l'esercizio pratico di tale diritto è spesso reso difficile o quasi impossibile a causa delle norme e delle procedure applicabili. Nonostante alcuni recenti segni di miglioramento in alcuni Stati membri, al momento, in pratica, la maggior parte dei soggetti danneggiati dalle infrazioni delle norme UE in materia di concorrenza non ottengono il risarcimento del danno subito".

(9) Cfr. ASHURST, *Study on the Commission for Damages in Case of Infringement of the EC Competition Rules*, 2004.

(10) *Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Bruxelles, Dec. 2005; *White paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Bruxelles, Apr. 2008.

(11) Cfr Risoluzione 2011/2089 del 2 febbraio 2012, intitolata "Verso un approccio europeo in materia di ricorsi collettivi"; Raccomandazione della Commissione C(2013) 3539 def. "Raccomandazione della Commissione relativa ai principi comuni per meccanismi di ricorso collettivo inibitori e risarcitori negli Stati membri in caso di violazioni di diritti conferiti dalla legislazione dell'UE".

(12) 2013/C 167/07.

(13) Secondo quanto già esplicitato dalla Corte di Giustizia in C-295/04 – C-298/04, *Manfredi and oth. v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and oth.*, spec. par. 31.

Dal punto primo punto di vista, è innegabile che la Direttiva presenti un che di necessitato alla stregua della sentenza Pfeiderer (14) e della messa a repentaglio – con il suo *decisum* - degli equilibri tra il rimedio privatistico di elezione, ossia il risarcimento del danno, ed il più promettente e sofisticato dispositivo di carattere pubblicistico, quali sono i leniency programs, complice un pericoloso *vulnus* che il Regolamento 1/2003 (segnatamente la formulazione del suo art. 15) presenta e su cui pure non aveva mancato di mettere in guardia parte della dottrina (15).

Allorchè la Corte ha infatti affermato che “The provisions of European Union law on cartels, and in particular Council regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 101 and 102 TFEU, must be interpreted as not precluding a person who has been adversely affected by an infringement of European Union competition law and is seeking to obtain damages from being granted access to documents relating to a leniency procedure involving the perpetrator of that infringement. It is, however, for the courts and tribunals of the Member States, on the basis of their national law, to determine the conditions under which such access must be permitted or refused by weighing the interests protected by the European Union law” (16), rischia(va) di profilarsi un sostanziale sabotaggio del sistema di leniency, viceversa impostato sul principio per cui *winner takes all* e dunque sulla necessità che a chi – per primo – venga ammesso al programma di clemenza sia assicurata una sostanziale immunità da successive azioni *follow-on* che possano vedere l’attore - o più attori - giovare del materiale probatorio concernente la collusione portata alla luce.

Da qui, dunque, l’urgenza di porre rimedio a questo potenziale corto circuito tra *public* e *private enforcement* - cui fanno eloquentemente cenno già la Proposta di Direttiva (paragrafi 1.2. e 4.2) nonché i Considerando n 6, 26 e 27 che quest’ultima compongono – e cui provvedono le disposizioni degli artt. 6, comma 6, e 7, comma 1 della Direttiva 104 (17).

Volgendo, invece, a considerare la seconda delle prospettive prima evocate, può dirsi come la disciplina del 2014 partecipi della strategia di avvicinamento per successive approssimazioni al target programmatico della *uniforme regulation through private litigations*, figlia della necessità di contemperare i principi di *effettività* ed *equivalenza*, da un canto, con quello di *autonomia nazionale* su materie in cui manchi una specifica disciplina comunitaria, dall’altro.

In ciò si inverte l’inevitabile passo corto accusato dalla Direttiva, limitata com’è a dettare linee di indirizzo su pur rilevanti aspetti di carattere processuale (prevalentemente in tema di prove, documentali e presuntive) senza, nel complesso, essere in grado di articolare una risposta davvero organica e comunque risolutiva al profilarsi

(14) Cfr. ECJ case C-360/09, Pfeiderer AG v. Bundeskartellamt.

(15) Wils, *Efficiency and Justice, in European Antitrust Enforcement, Oxford and Portland* (Oregon, 2008), 147.

(16) Cfr. Corte di Giust., C-360/09, cit..

(17) Cfr. le osservazioni in proposito di CAUFFMAN, *The European Commission Proposal for a Directive on Antitrust Damages: A first Assessment*, in *Maastricht European Private Law Institute. Working Paper 2013/13*, disponibile su www.ssrn.com, 2.

si, in questa materia come in altre, di una sfasatura tra rights e remedies (18).

La Direttiva sembra attestarsi, in altri termini, sulla medesima linea interpretativa già enunciata dalla Corte di Giustizia nei leading cases *Courage* e *Manfredi* (19), secondo cui, desunta dalle fonti primarie europee l'attribuzione di un dato diritto in capo a singoli, è poi rimesso agli ordinamenti nazionali di governare i substantive remedies deputati alla sua miglior tutela. Epperò, nel mentre, per l'appunto, si spinge – forte di una legittimazione attinta vuoi dall'art. 103 che dall'art. 114 TFUE (20) – a lambire buona parte delle procedural conditions in senso proprio, quali talune cruciali regole processuali, essa si arresta in limine del diritto sostanziale vero e proprio, a ridosso cioè del dispositivo privatistico di risarcimento aquiliano, di cui si limita solo ad evocare il tassello, *ratione materiae*, più cruciale: il nesso di causalità.

“Tutte le norme nazionali che disciplinano l'esercizio del diritto al risarcimento del danno causato da una violazione dell'art. 101 o 102 TFUE, comprese quelle relative ad aspetti non trattati dalla presente direttiva quale la nozione di nesso causale fra la violazione e il danno, devono rispettare i principi di efficacia ed equivalenza”: così recita il Considerando n. 11, finendo col fare buona sintesi di quel che la Direttiva è o, per meglio dire, di quel che essa non è (21).

Essa non riguarda, infatti, l'an della tutela aquiliana - pure non assicurata sempre e comunque dalla sola, per quanto incontrovertibile, azione diretta delle norme del Trattato sul divieto di cartelli e di abuso di posizione dominante (22); concerne piuttosto alcuni aspetti delle azioni di risarcimento del danno, come fatto palese fin già dalla stessa intitolazione: “norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del

(18) Si vedano le osservazioni ancora attuali di VAN GERVEN, *Of Rights, remedies and procedures*, 57 CMLR (2000), 501 e ss.; EILMANSBERGER, *The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link*, in CMLR, 2004, 119 e ss.

(19) Cfr Corte di Giust. C-295/04 – C-298/04, *Manfredi and oth. v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and oth.*, spec. par. 71.

(20) Doppia base legittimativa, questa, che pure non manca di suscitare perplessità, se non altro a cagione del diverso regime procedurale cui mettono capo gli artt. 103 e 114: l'uno caratterizzato dalla necessità di una approvazione a maggioranza qualificata da parte del Consiglio, su proposta della Commissione e sentito il Parlamento; l'altro contraddistinto da una approvazione di Parlamento e Consiglio secondo procedura ordinaria e sentito il Consiglio Economico e Sociale: sul punto cfr le osservazioni di CAUFFMAN, *The European Commission Proposal for a Directive on Antitrust Damages: A first Assessment*, in *Maastricht European Private Law Institute*, cit., 7 e ss. e spec.10, nt. 32.

(21) Invero la prevista necessità che le legislazioni nazionali, pure in relazione alle questioni non oggetto della Direttiva- *debbano* salvaguardare i principi di effettività ed equivalenza lascia pronosticare non pochi punti di attrito in sede di trasposizione nelle legislazioni nazionali: cfr *One birds in the hand..” the Directive on damages actions for breach of the competition rules*, cit., 1341.

(22) Cfr. Corte di Giust. C-127/63, *BRT v. SABAM*, [1974] ECR 313; si veda altresì Corte di Giust. Cause riunite Cases C -6/90 – C-9/90, *Francoovich v. Repubblica italiana*, in [1993] CML Rep. 2, 66; C-128/92, *Banks & Co Ltd v. British Cool Co*, [1994] ECR, I-1209, par. 36-45: «the principle established in *Francoovich* can also applied to the case of beach of a right which an individual derives from an obligation imposed by Community law on another individual».

diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea”.

Gli è, però, come si chiarirà meglio infra attraverso la specola della riconosciuta legittimazione ad agire in capo degli acquirenti indiretti, che il nesso di causalità rischia di essere il punto di caduta dell'intera impalcatura sul private antitrust enforcement, risultando ben più che imprescindibile elemento di struttura della fattispecie aquiliana bensì sofisticato dispositivo di selezione dell'accesso al rimedio, e quindi cruciale per la concreta verifica dei requisiti di standing in capo all'attore e la tenuta del floodgate argument specie in relazione ad illeciti di indole plurioffensiva, quali quelli concorrenziali.

2. Passando in rapida rassegna i principali capisaldi contenutistici della Direttiva, essi concernono, come anticipato, importanti aspetti processuali, collegati all'esercizio di azioni risarcitorie per violazioni antitrust (23): per dirla con la lettera dell'articolo 1, concernono “norme necessarie per garantire che chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza (...) possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a(..) il pieno risarcimento del danno”.

Si iscrive in questo quadro una disciplina sulla divulgazione delle prove, volta sì a facilitare l'accesso degli attori a documenti e/o informazioni utili ai fini del buon esito dell'azione promossa, ed in possesso tanto del convenuto (art. 5) quanto di un'autorità garante della concorrenza (art. 6), ma con il limite della eventuale inerenza delle prove stesse all'attuazione di un programma di clemenza o di una proposta di transazione (art. 6, comma 6).

Di rilievo sono poi il tentativo di assicurare coerenza complessiva ai due segmenti dell'enforcement antitrust comunitario – pubblico e privato – facendo dell'accertamento della violazione concorrenziale, ad opera di un'autorità nazionale, un dato acquisito in seno al giudizio risarcitorio follow-on dinanzi ad un giudice della medesima nazionalità (art. 9, comma 1) o comunque un elemento di prova privilegiata (dell'essere occorsa la violazione), al cospetto di un giudice di nazionalità diversa; la determinazione del dies a quo per il decorso del termine prescrizione adeguata al soddisfacimento di condizioni di pieno esercizio del diritto risarcitorio (art.10), la predisposizione di condizioni di joint liability per i coautori della violazione, con attenuazioni a favore di PMI e dei responsabili ammessi a programmi di clemenza (art. 11), ed infine il favor verso tecniche di composizione consensuale delle controversie.

Rinviando al prosieguo della trattazione l'analisi di dettaglio delle disposizioni dedicate al trasferimento del sovrapprezzo (artt. 12-16), può ancora aggiungersi

(23) Se ne veda una ricognizione d'insieme in CAUFFMAN – PHILIPSEN, *Who does what in Competition law: harmonizing the rules on damages for infringements of the EU competition rules?*, in Maastricht European Private Law Institute. Working paper 2014/19, scaricabile dal sito www.ssrn.com; VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno anitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, *Corr. Giur.*, 2015, 301 e ss. Una analisi dei contenuti della Proposta di Direttiva è invece proposta da GERADIN-GRELIER, *Cartel damages claims in the European Union: Have we only seen the Tip of the Iceberg?*, scaricabile dal sito www.ssrn.com.

come sempre di rilevanza processuale, ma con più evidente attinenza all'indole civilistica del rimedio aquiliano, si segnalino due disposizioni, gli artt. 3 e 17, parimenti incentrate sul danno risarcibile, benchè l'una intesa a ribadire l'esclusività della logica compensativa che deve presiedere alla sua quantificazione (24), mentre l'altra introduttiva addirittura di una presunzione iuris tantum circa il suo del suo verificarsi, in una con l'ammissibilità di criteri equitativi di stima del suo ammontare: "Si presume che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno. L'autore della violazione ha diritto di fornire prova contraria a tale presunzione" (art. 17, comma 2).

Sarà certo la casistica giurisprudenziale – mediata dal cruciale passaggio delle trasposizioni in sede nazionale – ad incaricarsi di misurare l'impatto che l'insieme di tali disposizioni avrà sul consolidamento dell'apparato di antitrust enforcement privatistico. Alcune considerazioni di carattere per così dire generale sono però sin d'ora possibili, ed inducono invero ad un pronostico in chiaroscuro.

Una prima osservazione critica attiene al vasto spettro di fattispecie anticompetitive che la Direttiva misconosce, non includendole nel proprio raggio di azione; questo il caso segnatamente delle condotte escludenti, le quali, pur sollecitando certe tecniche di tutela ulteriori rispetto a quella risarcitoria, segnatamente misure inibitorie e/o comportamentali, non mancano però esse stesse di generare danno risarcibile.

Ebbene, a cagione delle distorsioni, quando non anche dell'impovertimento dell'orizzonte culturale, figli dell'assurgere a pensiero unico del "more economic approach", il danno preso in esame dalla Direttiva – e già prima dalla Guida pratica alla quantificazione del danno (25) – è eminentemente quello misurabile su basi certe o per lo meno plausibili e verificabili, ossia il danno da sovrapprezzo, per quanto pure bisognoso – ai fini di una stima accurata – del ricorso a valutazioni controfattuali (26).

Ad esso e ad esso soltanto si addicono, del resto, previsioni quali quelle sul *passing-on*, di cui diremo; ma soprattutto per esso soltanto opera la presunzione iuris tantum dettata dall'articolo 17, comma 2, programmaticamente limitata alle violazioni consistenti in cartelli.

Nulla di specifico, per lo meno in punto di facilitazione della prova del danno, è dato invece rintracciare in relazione alla tipologia di danno che ambisce a ristoro allorchè l'azione risarcitoria origini dalla tenuta di condotte escludenti, evidentemente repute figlie di un Dio minore, benchè pure destinate sempre più a crescere in importanza strategica nell'ordito antimonopolistico generale, a misura della impetuosa

(24) Recita il comma 2 dell'art. 3 della Direttiva: "*Il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi*".

(25) SWD (2013), 205, *Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'unione europea*.

(26) Si vedano, in proposito, le considerazioni di LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 64 e ss., ma spec. 270.

espansione della new economy (27).

Due ulteriori considerazioni d'insieme non possono, poi, non riguardare il delinearsi – qui come in ambito cosumeristico - di un processo di amministrativizzazione della tutela civilistica nonché, in stretta aderenza, la sostanziale marginalizzazione delle azioni stand-alone nel quadro del funzionamento dell'apparato di private enforcement.

Parlando di “amministrativizzazione” intendiamo designare il ruolo eminente che la singola Autorità nazionale si candida ad assumere giusto nella prospettiva di attivazione dei rimedi privatistici, tanto più all'ombra di una previsione quale quella dell'art. 9, comma 1, che dà per definitivamente accertata, in sede di giudizio civile, la violazione concorrenziale già individuata e sanzionata in sede per l'appunto amministrativa.

Invero, la giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana ha, come è noto, da tempo attribuito un significativo rilievo ai provvedimenti dell'autorità amministrativa in sede di repressione di condotte anticompetitive, assegnando loro il rango di prova privilegiata (28).

La prova privilegiata, tuttavia, lascia inalterata la possibilità che il convenuto fornisca prova contraria dei fatti accertati dall'Autorità, seppure non sulla base dello stesso materiale probatorio e delle stesse argomentazioni già disattesi in sede amministrativa. Ben altra cosa è invece postulare, come fa la Direttiva in continuità con quanto già statuito dalla Corte di Giustizia nel caso Masterfoods (29), nonché a ridosso dell'art. 16 del Regolamento 1/2003, che si debba dare per acquisito l'an della violazione, così per come accertata in sede amministrativa.

Due i risvolti problematici che si accompagnano ad una simile opzione, l'uno apprezzabile in una chiave per così dire tutta interna, l'altro anche in prospettiva generale.

Da un primo punto di vista, e guardando dunque al solo ordinamento italiano, stante la competenza della giurisdizione amministrativa in tema di provvedimenti dell'AGCM si rischia il riprodursi di quel conflitto con l'articolo 6 CEDU ed il principio del giusto processo che, già denunciato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (30), si invera all'ombra dell'orientamento giurisprudenziale che preclude al giudice amministrativo di entrare nel merito di valutazioni dell'Amministrazione che presentino caratteri di discrezionalità (31).

(27) Basti dire della centralità che le pratiche escludenti presentano nel funzionamento di mercati two o multi sided: cfr. S.W. WALLER, *Access and Information Remedies in High Tech Antitrust*, in *Loyola University of Chicago School of Law Research Paper* 2011-018; ID. *Antitrust and Social Networking*, scaricabile dal sito www.ssrn.com. Sia consentito inoltre rinviare a CAMILLERI, «Facebook credits» e commercializzazione di beni virtuali per social games: l'abuso di posizione dominante alla prova di un mercato con piattaforma plurilaterale, in *ALDA*, 2011, 144 e ss..

(28) Cfr Cass. n. 9116 del 2014.

(29) Cfr Corte di Giust. C-344/98.

(30) Cfr ad esempio Corte EDU 4 marzo 2014, ricorso 18640/10, nel caso Grande Stevens et al. Contro Rep. Italiana.

(31) Cfr VILLA, *La Direttiva europea*, cit., 306. Si vedano inoltre le articolate riflessioni di

Da diversa angolazione, invece, l'ulteriore esaltazione del ruolo dell'Autorità quale magistratura della concorrenza (32), del resto già esplicita alla stregua di numerose disposizioni europee come nazionali (33), seppure si realizzi, nel quadro della Direttiva, pur sempre nel rispetto formale del doppio binario – pubblico e privato – di antitrust enforcement e della autonomia tra i segmenti che lo compongono, finisce di fatto con il mettere capo piuttosto ad un doppio livello delle tutele, di cui è surrettiziamente scandita la sequenza cronologica nonché una qualche innegabile forma di gerarchizzazione: il piano amministrativistico si candida, infatti, per lo più a precedere la promozione del rimedio risarcitorio vieppiù imponendovi l'acquisizione dei propri esiti.

Non è tutto peraltro. Proprio un simile ruolo eminente assegnato all'AGCM ed alla sua azione repressiva concorre a tracciare un quadro che vede maggiormente incentivate le azioni follow-on rispetto a quelle stand-alone. Ciò non solo e non tanto per gli evidenti vantaggi processuali legati alla possibilità di dare, appunto, per accertata la violazione concorrenziale, di cui ci si può beneficiare nelle une e non anche nelle altre; ma per le ulteriori ricadute, ad esempio, in tema di azioni degli acquirenti indiretti i quali, come meglio si dirà, a mente dell'art. 14, comma 2, possono giovare di una presunzione di traslazione del prezzo, e dunque di una presunzione di danno da overcharge loro occorso, solo allorchè il "convenuto abbia commesso una violazione della concorrenza". In altri termini, solo ove sia già acclarato che il convenuto abbia commesso l'infrazione antitrust.

Beninteso, le azioni stand alone non escono di scena, ad esse del resto bene atteggiandosi il disposto dell'articolo 5 della Direttiva sulla Divulgazione delle prove. Non vi è dubbio, tuttavia, che il maggior onere probatorio che vi è connaturato non pare riceve alcuna forma di incisivo alleggerimento in punto di procedural rules auspicate dalla Direttiva.

3. Coerentemente con il quadro di insieme prima abbozzato ed in specie con la netta presa di posizione a favore di una finalità esclusivamente compensativa da ascrivere al rimedio risarcitorio, la Direttiva dà forma, attraverso l'ordito dei Considerando 39-44 e degli artt. 12-16, ad una opzione di estremo interesse sistematico.

Dietro la formula di sintesi del Capo IV – "Trasferimento del sovrapprezzo" – prende infatti corpo l'apertura del modello europeo di antitrust private enforcement ad un uso vuoi difensivo, vuoi offensivo del passing-on, ossia di quel fenomeno, che vede un operatore traslare a valle, in tutto o in parte, il sovrapprezzo monopolistico che, lungo la c.d. catena distributiva, gli sia stato praticato in occasione della vendi-

GILIBERTI, *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, comma 1, della Direttiva Antitrust*, in questa *Rivista*, 2015.

(32) L'icastica espressione del testo è tratta da CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, *Dir Amm.*, 1995, 77.

(33) A titolo meramente esemplificativo si considerino, nel primo senso, l'art. 16 del Reg. 1/2003, già richiamato nel testo e, nel secondo, gli artt. 9, comma 3 bis, legge 192/1998 in tema di subfornitura, gli artt. 14 bis e 21 bis della legge 287/1990, nonché gli artt. 27 e 37 bis del cod. cons..

ta di beni o servizi da parte di una impresa responsabile (o corresponsabile) di violazione concorrenziale.

Come è noto, la traslazione a valle del danno da illecito antitrust (c.d. *passing on theory*) e le eventuali pretese risarcitorie degli acquirenti indiretti costituiscono questioni ormai classiche nella letteratura antitrust nordamericana, oggetto vieppiù di attenzione specifica da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti. Quest'ultima, anzi, attraverso due noti pronunciamenti (34), ha tracciato una linea interpretativa alquanto rigida, di esclusione cioè dell'uso difensivo del *passing on* da parte delle imprese violatrici e di restrizione, in pari tempo, ai soli intermediari (i.e. gli acquirenti diretti) della legittimazione attiva all'azione di risarcimento (35).

Diversamente, attestandosi sulla medesima posizione a più riprese esplicitata dalla Corte di Giustizia sin dalla pronunzia *Courage*, secondo cui la legittimazione attiva al rimedio risarcitorio necessita di essere estesa a favore di chiunque abbia sofferto un danno in dipendenza della altrui violazione di regole concorrenziali, pena l'attentato alla effettività degli artt. 101 e 102 del Trattato, il legislatore europeo apre oggi espressamente vuoi ad un impiego difensivo (eccezione di trasferimento) del *pass-on*, vuoi ad un suo uso potenzialmente offensivo, riconoscendo espressamente i c.d. *standing requirements* all'azione risarcitoria anche in capo agli acquirenti indiretti.

Ed invero, l'articolo 12 della Direttiva, che non a caso richiama espressamente l'art. 3 del medesimo testo, radica giusto nella opzione compensativa tanto la legittimazione attiva estesa a chiunque – acquirente diretto o indiretto, poco importa – abbia subito un danno dalla violazione concorrenziale; quanto la necessità – onde evitare surrettizi esiti di carattere punitivo – che la misura risarcitoria accordata non ecceda il danno effettivamente riportato dall'attore, né tantomeno tenga luogo di un danno mancante.

Da qui la previsione dei successivi commi 2 e 3 sempre dell' articolo 12, alla cui stregua il danno emergente risarcibile deve sì tenere conto della differenza tra prezzo effettivamente pagato e prezzo che sarebbe stato pagato in assenza della violazione (36), ma scontando la quota-parte del sovrapprezzo monopolistico che l'attore sia eventualmente riuscito a traslare a carico degli stadi successivi della catena di produzione, seppur fatto salvo il ristoro del lucro cessante che possa essergli derivato in dipendenza di una qualche riduzione del volume di vendite, effetto dalla

(34) *Hanover Shoe Inc v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US. 481, 1968; *Illinois Brick Co. V. State of Illinois*, 431 US 720. In argomento cfr H. HOVERKAMP, *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*, 2nd ed., (St Paul – Minn. 1999), 615 e ss..

(35) Cfr. HARRIS - SULLIVAN, *Passing on the monopoly overcharge: a comprehensive policy analysis*, 182 U. Pa. Law Rev., (1979-1980), 269 e ss., ma spec. 275 e ss. Per una sintesi del dibattito statunitense ed europeo cfr. AFFERNI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Concorrenza e Mercato*, 2008, 494 e ss.; CARPAGNANO, *Le difese dell'impresa convenuta e il passing-on*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, Napoli, 2013, 298 e ss..

(36) Cfr. Considerando n. 39 *individua*.

traslazione attuata (37).

Le medesime disposizioni sono peraltro applicabili (art. 12, comma 4) anche in relazione ad abusi perpetrati dal lato della domanda, nel senso cioè della imposizione di prezzi di acquisto più bassi del normale, da parte dell'acquirente cartellista o che abusi della propria posizione dominante; in tali ipotesi è infatti il venditore/fornitore diretto a patire un danno emergente pari al minor prezzo impostogli ed a tentare quindi un trasferimento a ritroso del relativo costo economico, tentando a propria volta di imporre un minor prezzo ai propri fornitori.

Il medium processuale affinché questa complessa taratura del quantum risarcibile abbia luogo è individuato nella c.d. eccezione di trasferimento (art. 13), attraverso cui il convenuto – in ipotesi l'impresa autrice della violazione – può far valere la circostanza che l'attore abbia, in tutto o in parte, traslato a valle il sovrapprezzo monopolistico impostogli, seppure dovendone fornire prova.

In parallelo con la legittimazione ad un uso difensivo del passing-on, viene inoltre ammesso anche un suo uso per così dire offensivo; previsione dettata da esigenze di coerenza del sistema, viene fatto di aggiungere, pena la prospettiva di una lo-cupletazione dell'autore della violazione, il quale, sollevata con buon esito l'eccezione di trasferimento del prezzo e conseguita per l'appunto una riduzione o la stessa eliminazione della propria obbligazione risarcitoria verso l'acquirente diretto, finirebbe con l'assicurarsi il trattenimento stabile di una quota parte dello stesso sovrapprezzo o quest'ultimo per intero.

Senonchè, parlare di uso offensivo del passing-on vale quanto dire della legittimazione attiva degli acquirenti indiretti, sui quali si scarica sì, in tutto o in parte, il peso economico del sovrapprezzo propalato dagli agenti intermedi, ma la cui posizione lungo la catena distributiva è di caratteristica maggior distanza tanto dall'autore della condotta illecita, quanto dalla condotta stessa, donde un appesantimento dell'onere probatorio, che ridonda di norma in un vero e proprio disincentivo alla proposizione di ogni azione, tanto più se individuale.

Da qui, in una con il riconoscimento di legittimazione attiva agli indirect purchasers (art. 14), la predisposizione in loro favore di una presunzione iuris tantum di traslazione a valle del sovrapprezzo: l'acquirente indiretto, su cui pure incombe di dimostrare esistenza e portata della traslazione ai propri danni, può ritenersi aver assolto l'onere impostogli dando prova del concorrere di tre elementi:

- a) che il convenuto abbia commesso una violazione del diritto della concorrenza;
- b) che la violazione abbia determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto;
- c) che l'acquirente indiretto abbia acquistato beni o servizi oggetto della violazione, ovvero beni o servizi che dagli stessi derivino o che gli stessi incorporino.

Si tratta, certo, giova ribadirlo, di una presunzione semplice, potendo infatti il convenuto dare prova del mancato trasferimento a valle o del trasferimento solo

(37) Cfr Considerando n. 40.

parziale del sovrapprezzo (art. 16, comma 2) (38); innegabile è tuttavia il ruolo incentivante che essa è in grado di giocare ai fini della promozione di giudizi risarcitori da parte degli utenti finali o comunque indiretti, dunque da parte di una platea assai più vasta di potenziali attori.

A completamento del quadro tracciato dal legislatore europeo un'ultima menzione merita, infine, la disposizione dettata all'articolo 15, intesa a prevenire il prodursi di esiti divergenti tra azioni distinte promosse da parti situate a livelli differenti della catena di commercializzazione, o peggio ancora sovra o sottorisarcimenti; viene così promossa - anche oltre il raggio d'azione dell'art. 30 del Reg. 1215/2012 - la valorizzazione, da parte di legislazioni e giudici nazionali, di elementi di connessione tra più giudizi pendenti, ovvero l'adeguata considerazione di decisioni giudiziarie adottate all'esito di azioni risarcitorie connesse .

4. Come è noto l'approccio mainstream al fenomeno del passing-on sconta i condizionamenti originati dal dibattito statunitense e dagli arresti della Corte Suprema che si sono prima ricordati; pesano, dunque, gli argomenti di optimal deterrence che hanno condotto, in quel contesto, ad escludere tanto la sollevabilità dell'eccezione di passing-on, quanto la possibilità di una legittimazione attiva a pretese risarcitorie estesa agli indirect purchasers.

La chiusura d'oltreoceano è, in effetti, figlia di una tensione punitiva dell'intero sistema, che si inverte attraverso la treble damages action della Section 4 del Clayton Act e che fatalmente dunque porta ad associare ad un allargamento degli standing requirements in capo agli indirect purchasers un esito – o l'elevato rischio di un esito – indesiderato quale è quello di overdeterrence.

Il sistema antimonopolistico statunitense, infatti, sebbene viva oggi la stagione del c.d. post-Chicago (39) – in cui cioè all'approccio economicistico neoclassico, fondato essenzialmente sulla teoria dei prezzi, subentra una visione più complessa che sempre più tiene conto dell'organizzazione industriale (e, nel suo ambito, di economie di scala, teoria dei giochi e delle informazioni), nonché delle interazioni strategiche tra imprese – continua a trovare nel conseguimento di obiettivi di efficienza e di deterrenza ottimale i propri principi ordinatori.

Una simile prospettiva non soltanto però investe in pieno il fronte delle tecniche di attuazione di regole e divieti posti dal diritto sostanziale, ma sottende viepiù il raggiungimento di un difficile equilibrio tra esigenze di promozione verso pratiche pareto-ottimali, ossia virtuose, economicamente efficienti, ed esigenze viceversa di contrasto verso pratiche che efficienti non sono; dialettica, questa tra laissez-faire e repressione, che naturalmente si scarica sul terreno della sanzione, o per meglio dire sui presupposti e sulla misura di essa.

Molti studi sono stati, così, dedicati al tema dell'optimal penalty per violazioni

(38) Cfr Considerando n. 41,

(39) Cfr. H. HOVENKAMP, *Antitrust policy after Chicago*, 84 Mich. L. Rev., (1985), 213 e ss.; ID., *Post-Chicago antitrust: a review and critique*, in Col. Business Law Rev., 2001, 257 e ss..

antitrust: per quel che ci interessa, la sanzione del risarcimento dei danni. Una misura sub-ottimale rischia di determinare un effetto di under-deterrence e dunque di mancare l'obiettivo, viceversa cruciale, di disincentivo alla tenuta delle condotte vietate; una misura eccessivamente elevata produce l'effetto speculare, ma altrettanto negativo, dell'over-deterrence, ossia di inibire qualsiasi condotta di mercato, anche di quelle che, benché a prima vista rientranti tra le fattispecie vietate, si presentino in realtà come virtuose, perché consentono ad esempio sinergie tra imprese, integrazioni efficienti, determinando un guadagno anziché una perdita sociale (40).

Ebbene, nell'ottica dell'efficienza allocativa e della massimizzazione del benessere – ottica, come si è detto, tutt'oggi predominante nell'antitrust statunitense – la sanzione (pecuniaria) ottimale è quella in grado di rendere svantaggiose le sole condotte produttive di costi sociali maggiori rispetto agli eventuali profitti (41). Il che è quanto dire, vuoi della possibilità di calibrare l'intervento repressivo caso da caso, a prescindere cioè da ogni astratta classificazione delle fattispecie; vuoi soprattutto della strategicità di questioni quali la misura del risarcimento e l'accesso al rimedio risarcitorio.

Ragionando in termini astratti, la risposta "ottimale" alle due ultime questioni considerate riposa su una parametrizzazione del quantum della sanzione al "net harm to persons other than the offender, adjusted upward if the probability of apprehension and conviction is less than one" (42), secondo la celebre formula di Landes; e nel consentire l'accesso al rimedio solo a quanti si trovino nella migliore posizione per fare accertare l'altrui violazione, a prescindere dall'entità del danno patito (43).

Ben più complessa è tuttavia la concreta realtà applicativa. Innanzitutto vi è da considerare un ostacolo formale difficilmente aggirabile, costituito dalla stessa formulazione della Section 4, la quale, infatti, per un verso, prende a base del c.d. moltiplicatore di danno il solo pregiudizio effettivamente riportato dall'attore (threefold the damages by him sustained); e per l'altro non contiene alcun elemento dal quale inferire una qualche restrizione della platea – viceversa delineata nei termini più ampi possibili ("any person") – dei soggetti attivamente legittimati ad esperire il rimedio.

Specie con riferimento all'ammontare del danno risarcibile, non v'è dunque chi non veda come l'elezione del danno effettivo di colui che agisce ad indefettibile moltiplicando, ai fini della determinazione del quantum debeatur, renda alto il rischio sia di under che di over-deterrence.

(40) Cfr. POSNER, *Antitrust law*, 2nd ed., Univ. of Chicago Press, 2001, 267; HOVENKAMP, *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*, 2nd ed., St. Paul, Minn., 1999, 52 e ss.; PAGE, *The scope of liability for antitrust violations*, 37 Stan. Law. Rev., 1985, 1445 e ss. ma spec. 1453.

(41) Cfr. HOVENKAMP, *Antitrust's protected classes*, 88 Mich. Law Rev. (1989-1990), 13.

(42) È questa la celebre formula proposta da W. Landes, *Optimal sanctions for antitrust violations*, 50 U. Chic. L. Rev., (1983), 652 e ss., ma spec. 678.

(43) Cfr. PAGE, *The scope of liability for antitrust violations*, cit., 1455; adde HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, cit., 594.

Laddove ad agire siano ad esempio i singoli consumatori è evidente che il danno da questi lamentato non esaurirà, neppure in virtù del moltiplicatore, l'intero costo sociale della condotta illecita, non inglobando, infatti, il pregiudizio cagionato ai concorrenti né buona parte dei profitti sovracompetitivi conseguiti dal violatore (44). All'opposto, rispetto all'azione intrapresa dal concorrente, la misura del risarcimento, calcolata prendendo a base il pregiudizio da questi lamentato, rischia di risultare eccessivamente penalizzante nei riguardi del convenuto e di addossargli anche diseconomie organizzative del competitor; il congegno di treble damages finirebbe, in altri termini, col fungere da rimedio/sanzione non già verso le conseguenze negative prodotte dall'alterazione della gara, bensì verso quelle, per così dire, fisiologicamente selettive della stessa (45).

D'altra parte, ogni tentativo di adattare il criterio di calcolo del risarcimento, in funzione di colui che promuova l'azione e dunque della natura del danno lamentato, rischierebbe di esporre l'intero rimedio ad un'eccessiva dose di flessibilità – quando non di arbitrarietà – applicativa, che ne oblitererebbe del tutto ogni attitudine deterrente (46).

Nonostante queste difficoltà concrete, le corti statunitensi non hanno tuttavia rinunciato a tradurre in pratica l'optimal deterrence model ed a perseguire gli obiettivi cui esso è funzionale; semplicemente, anziché puntare direttamente a calibrare il quantum della sanzione/risarcimento, si è scelto di perseguire solo indirettamente tale obiettivo, regolando in senso restrittivo l'accesso stesso al rimedio (47).

Nel presupposto per cui la natura plurioffensiva di ogni violazione antitrust rende tanto più pericolosa una legittimazione attiva ampia, del genere di quella delineata nella Section 4 del Clayton Act ("any person injured"), si è cercato di rendere quanto più possibile selettivi i presupposti della legittimazione ad agire (c.d. standing requirements) della treble damages action (48), introducendovi nuovi elementi (antitrust injury) ovvero chiarendo la portata da attribuire ad altri già necessari (causation).

(44) È quel costo sociale che HOVENKAMP, *Antitrust's protected classes*, cit., 17-20, sintetizza con la formula WL3, ossia welfare loss three.

(45) Da qui peraltro il diffondersi, specie tra le corti distrettuali, della tendenza alla "disaggregation of damages": in altri termini, il concorrente/attore sarebbe tenuto a provare l'entità della parte di danno effettivamente imputabile alla condotta illecita del convenuto da quella della frazione viceversa imputabile al normale gioco concorrenziale: cfr. Jones, *Private enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford, 1999, 210 e ss., nonché Hovenkamp, *Federal Antitrust policy*, cit., 673 e ss..

(46) Delle difficoltà sottese ad un riferimento dell'*optimal deterrence* model direttamente alla misura della sanzione si rende conto lo stesso HOVENKAMP, *Federal antitrust policy*, 651 e ss.

(47) L'opzione delineata nel testo quale unica possibile ai fini di un adeguamento del rimedio risarcitorio alle esigenze sottese al modello di deterrenza ottimale è argomentata, peraltro in replica alle osservazioni di Hovenkamp (in *Antitrust's protected classes*, cit), da PAGE, *Optimal antitrust penalties and competitors injury*, 88 Mich. L. Rev. (1990), 2151 e ss., ma spec. 2160 e ss.; Id. *The scope of liability of antitrust violations*, cit., 1461.

(48) Cfr. AREEDA - HOVENKAMP, *Antitrust Law. An analysis of Antitrust principles and their application*, 3rd ed. New York, 2006, 362-363.

Parimenti orientata alla limitazione dell'accesso al rimedio risarcitorio risulta tuttavia - ed è quanto maggiormente interessa ai nostri fini - anche un altro filone giurisprudenziale, non direttamente riguardante il merito dei requisiti di standing, bensì una sorta di legittimazione ad agire "da posizione".

Non una differenziazione, cioè, tra potenziali attori operata in astratto, per categorie, distinguendo cioè tra consumatori, concorrenti o altre figure, tanto più che la Corte Suprema, con la sentenza *Reiter* (49), aveva già avuto modo di precisare che una lesione al business - secondo la formula della Section 4: "business or property" - inteso più genericamente come patrimonio, potesse bene venire riferita anche alla posizione di un consumatore, costretto a pagare un prezzo di tipo monopolistico.

Piuttosto, un discrimine attinto dalla singola fattispecie illecita, così da fare risalire due sole posizioni, vale a dire quella dei direct e degli indirect purchasers, a seconda che ci si riferisca a quanti sono, immediatamente o meno, a contatto con la condotta antimonopolistica altrui.

Atteso che anche gli acquirenti finali di un qualche bene o servizio possono rivestire la posizione di danneggiati dalla violazione antitrust, allorché gli intermediari, o più in generale coloro che li precedono nella catena di distribuzione e scambio, avendo già scontato un sovrapprezzo monopolistico, lo abbiano poi riversato su di essi, la Corte Suprema si è trovata ad affrontare innanzitutto la questione della ammissibilità di una difesa da passing on, vale a dire di una difesa dell'autore della condotta illecita (convenuto in giudizio), basata sulla contestazione dell'attualità del danno riportato dall'attore in treble damages, per l'essere questi riuscito a traslare a valle il sovrapprezzo dapprima applicatogli.

Con la nota sentenza *Hanover Shoe* (50) si è esclusa la ammissibilità della c.d. passing on defense, rilevandosi come anche l'intermediario, il quale sia riuscito a traslare su altri il carico economico della condotta illecita, riporti un danno, ad esempio consistente nella compressione o talvolta financo nella interdizione delle possibilità di ricarico sul prezzo di rivendita, fonte ordinaria dei suoi profitti. Inoltre, sempre ad avviso della Corte, l'eventuale preclusione dell'azione per l'acquirente diretto consentirebbe al trasgressore di trattenere i profitti illeciti della propria condotta, atteso che la forma parcellizzata nella quale il sovrapprezzo si scarica poi sui singoli consumatori finali e si ripartisce tra di essi rende assai improbabile una qualsiasi iniziativa giudiziaria da parte di costoro, per lo meno uti singuli.

A distanza di qualche anno da questa prima pronuncia ne è seguita un'altra, non meno importante ai fini del disegno generale di "contenimento" del rimedio risarcitorio; la Corte Suprema si è trovata, infatti, ad esaminare le possibilità di uso stavolta offensivo della passing on theory, vale a dire la possibilità di configurare antitrust injury in capo agli acquirenti indiretti di beni o servizi, vittime di una traslazione a valle di condizioni sovracompetitive.

(49) Cfr. *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 US 330, 339 (1979).

(50) *Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp.*, cit..

Con la sentenza *Illinois Brick Co.* (51), in piena coerenza peraltro con il precedente *Hanover Shoe*, è stata data risposta negativa al quesito, segnalandosi il rischio che un diritto di azione spettante anche agli acquirenti indiretti, oltre che a quelli diretti, potesse generare una duplicazione delle pretese risarcitorie legate alla medesima condotta vietata (*duplicative recovery*).

La esclusione degli *indirect purchasers* dal novero dei possibili attori in *treble damages action* ha suscitato, invero, molte critiche (52) ed ha registrato l'espressa presa di distanza da parte di molte delle legislazioni antitrust di singoli stati federali (53). Nondimeno, vi va scorto un principio ormai acquisito dell'antitrust federale nordamericano, del tutto coerente con la preordinazione del sistema a scopi di generali efficienza.

I soli acquirenti diretti, infatti, – che, è bene ricordare, possono essere anche i consumatori, stante il principio affermato con la citata sentenza *Reiter* – dispongono del maggior numero di informazioni necessarie a promuovere in modo ottimale il private enforcement (54) antitrust, attesa la loro maggiore vicinanza alla violazione ed al suo autore. Per converso, gli *indirect purchasers*, quand'anche legittimati ad agire, non solo potrebbero non riuscire a percepire il prezzo loro praticato, come frutto di un ricarico apportato in stadi precedenti, e quale effetto soprattutto di una violazione antitrust; ma potrebbero anche non essere in grado di identificare l'autore di tale ricarico, tra i tanti intermediari situati lungo gli stati precedenti della catena di distribuzione, fino a giungere al produttore stesso (55).

Senonchè, proprio la giurisprudenza della Corte Suprema, sia in tema di *antitrust injury*, che di *passing-on*, nel disvelare appieno la trama di interessi e valori sottesi alla *treble damages action*, mette in risalto un elemento di sicuro interesse agli occhi dello studioso europeo di diritto della concorrenza, chiamato a misurarsi con una chiara opzione quale quella sulla traslazione del prezzo, oggi codificata in seno alla Direttiva 104/2014: ci stiamo riferendo alla posizione di subalternità riservata alla prospettiva di *compensation* rispetto a quella di *deterrenza*.

(51) Cfr. *Illinois Brick Co v. Illinois*, cit..

(52) Cfr. HARRIS - SULLIVAN, op. cit., 349 e ss..

(53) Cfr. CALKINS, *An enforcement Official's reflections on Antitrust Class Action*, 39 *Ariz. Law Rev.* (1997), 413 e ss., 424, indica in 14 gli stati federali USA la cui legislazione antimonopolistica si sarebbe espressamente discostata dal principio affermato con la sentenza *Illinois Brick* dalla Corte Suprema. Paradigmatica, in tale direzione, la legge antitrust dello stato di New York, su cui v. R. ROACH, *Rivitalizing Indirect Purchasers Claims: Antitrust Enforcement under New York law*; in 13 *Pace Int'l L Rev.*, 1, 9 e ss.; nella medesima direzione si colloca poi la legge antimonopolistica dell'Iowa, come confermato dalla recente sentenza della Corte di Suprema di quello stato nel caso *Cames v. Microsoft Corp.*, 646, N W, 2d 440 (Iowa 2002): cfr. in proposito A. THIMMESH, *Beyond Treble Damages: Hanover Shoe and Direct Purchaser Suits After Cames v. Microsoft Corp.*, in 90 *Iowa L. rev.* (2005), 1649 e ss..

(54) Il principio affermato dalla sentenza *Illinois Brick* non vale però anche nelle ipotesi di *injunctive relief*.

(55) In questi termini cfr. l'analisi di LANDES e POSNER, *Should indirect purchasers have standing to sue under the antitrust laws? An economic analysis of the rule of Illinois Brick*, 46 *Univ. Ch. L. Rev.* (1978-1979), 602 e ss., ma spec. 608 e ss..

Nel caso della azione di danni del diritto antitrust statunitense, non è tanto il consueto discrimine tra posizioni ammesse o meno alla tutela risarcitoria (distinzione pure, come si è visto, evocata a proposito di indirect purchaser), bensì la struttura (e la funzione stessa) del congegno che pressoché programmaticamente sacrifica l'obiettivo di riparazione dell'utilità lesa. Il richiamo allo statuto comune dei torts – in particolare in tema di causation (56) – non tende, infatti, tanto allo scrutinio rigoroso dei presupposti del risarcimento, magari in vista di una generica policy di contenimento, secondo un percorso familiare all'esperienza nostrana; quanto piuttosto a conseguire obiettivi altri, quali efficienza e deterrenza ottimale, che ben possono divergere dalla prospettiva riparatoria ed esigerne anzi il ridimensionamento o la totale neutralizzazione.

D'altronde, come è stato chiarito, mentre il pieno conseguimento di risultati di deterrenza elimina in radice un problema di compensation, rendendo pressoché irrilevante la relativa casistica; viceversa, quand'anche tutte le vittime di una data tipologia di condotte illecite venissero risarcite, ciò non escluderebbe di per sé il perpetuarsi, in futuro, del medesimo comportamento lesivo, con i relativi costi sociali. Da qui, per l'appunto, la necessità – in un'ottica efficientistica – di fare prevalere le ragioni del disincentivo alla attuazione di comportamenti illeciti su quelle di ripristino delle utilità lese, per lo meno tutte le volte che si profili un conflitto tale che il raggiungimento dell'una finalità passi per il sacrificio dell'altra.

È in relazione a simili ipotesi di conflitto che, in effetti, la ancillarità della riparazione del danno si rivela più chiaramente e, da questo punto di vista, le argomentazioni svolte dalla Corte Suprema nella sentenza Illinois Brick risultano paradigmatiche.

Non è, infatti, in virtù di ostacoli tecnici che gli indirect purchasers si vedono precluso l'accesso al rimedio di treble damages; piuttosto in funzione di argomenti di politica del diritto, ossia il pericolo che una legittimazione attiva estesa anche ad essi – oltre che alle vittime dirette dell'illecito (direct purchasers) – produca conseguenze di overdeterrence (57).

Peraltro, sempre in relazione a tale principio, la circostanza che gli obiettivi di efficienza e di deterrenza ottimale facciano del tutto premio sulla opposta finalità di ripristino delle utilità lese è confermata anche da ulteriori elementi.

Intanto la circostanza che l'accesso al rimedio della Section 4 venga ristretto ai soggetti che appaiono meglio in grado di promuovere il giudizio – ossia con i minori costi e disponendo delle maggiori informazioni – al di là del fatto che questi accusino per lo più danni di modesta entità o financo nulli, specie laddove abbiano pie-

(56) *Blue Shield of Virginia v. MCCREADY*, 457 US 465 (1982); in parte diverse le conclusioni raggiunte con *Associataed General Contractors of California, Inc v. California State Council of Carpenters*, 459 US 519 (1983)

(57) Cfr. Werden- Schwartz, *Illinois Brick and the Deterrence of Antitrust Violations – An Economic Analysis*, 35 Hastings L. J. (1984), 629 e ss. i quali, seppur rilevando la significativa menomazione che il principio affermato nella sentenza Illinois Brick importa a carico della funzione risarcitoria, ne condividono però l'impianto complessivo, specie sulla scorta di argomenti economicistici (639 e ss.).

namente attuato il pass on (58). Inoltre, che seppure le class actions si presentino quale strumento di residua possibile tutela risarcitoria per gli acquirenti indiretti, il loro stesso impiego può ben accompagnarsi – a causa dei costi del giudizio – ad una erosione, talvolta anche significativa, di quanto conseguibile a titolo di risarcimento da parte di ciascun membro della classe.

È ricorrente, specie presso quegli autori che mostrano di condividere il principio affermato in *Illinois Brick*, l'opinione secondo la quale, nonostante l'evidente sacrificio della compensation in senso stretto, anche dietro la denegata legittimazione attiva agli acquirenti indiretti – per lo più consumatori – dovrebbe comunque ravvisarsi una tutela del loro interesse, legata all'effetto di riduzione dei prezzi finali, che consegue al dispiegamento di un efficace dispositivo disincentivante della pratica vietata (59), quale si assume essere, per l'appunto, quello che canalizza il private enforcement sulla sola iniziativa dei direct purchasers (e salva sempre la class action).

Questa osservazione non fa tuttavia che confermare la posizione defilata e financo subalterna che la funzione risarcitoria accusa nel quadro della treble damages action, e consente anzi di spendere qualche parola giusto sulla natura di tale rimedio.

Vero è, infatti, che il common law, specie nordamericano (60), conserva alla responsabilità civile anche una funzione punitiva e deterrente, accanto a quella propriamente riparatoria (61); ma quanto si riscontra a proposito del congegno risarcitorio predisposto dall'ordinamento federale statunitense per i danni da violazione antitrust induce nondimeno a ritenere che con esso si vada ben al di là di un semplice adattamento della responsabilità (civile) alla cornice antitrust e di una conseguente accentuazione della sua componente sanzionatoria (62).

(58) Su questo argomento si è appuntata la critica mossa alla sentenza *Illinois Brick* da HARRIS e SULLIVAN, op. cit., 321 e ss.

(59) Cfr. LANDES e POSNER, *Should indirect purchasers have standing to sue under the antitrust law? An economic analysis of the rule of Illinois Brick*, 46 Un. Ch. L. Rev. (1978-1979), 602 e ss., ma spec. 608 e ss.

(60) Il tema è di estremo interesse ed è stato oggetto, di un Simposio, organizzato nel 2003 dal Chicago-Kent College of Law. I diversi contributi, che sono stati pubblicati, a cura di J. Sebok, sulla stessa rivista del Chicago Kent (73 Chicago-Kent Law Rev. 2003) evidenziano una componente punitiva per cosí dire trasversale, ossia comune a molti istituti del private law nordamericano: non solo naturalmente responsabilità civile ed antitrust, ma altresí law of Contracts e law of Restitution. Le coordinate del dibattito svoltesi, ma soprattutto il senso e le prospettive del filone di ricerca che se ne dischiude, sono bene riassunti giusto nel saggio introduttivo dello stesso Sebok, e fin già dal suo titolo: *What does it mean to say that remedy punishes?*. Sulla ruola viceversa marginale che i punitive damages presentano invece nel tort law del Regno Unito cfr. fin d'ora MARKESINIS – DEAKIN, *Tort Law*, Oxford University Press, 5th ed., OUP, 2003, 37 e ss. nonché 786 e ss.; WEIR, *An introduction to Tort Law*, 2nd ed., 2006, 219 e ss.

(61) Si veda sul punto la pronunzia *Molzof v. United States*, 502 US 301 (1992)

(62) Molto chiara è in tale direzione l'analisi di S. W. WALLER, *The incoherence of Punishment in Antitrust*, in Chi. Kent L. Rev., 78 (2003), 207 e ss., il quale attribuisce giusto all'accettuazione dei profili punitivi uno dei tratti originari della legislazione antitrust USA, at-

Ci si trova in effetti al cospetto di un rimedio per lo meno ibrido, che con il tort law ha comunque poco o punto in comune, al di là di quanto pure non inducano a ritenere e la lettera della Section 4 – attraverso il riferimento a “danni subiti” e diritto al “risarcimento” – e le rilevate affinità in tema di causation (63).

Laddove il diritto comune della responsabilità civile si muove pur sempre in funzione della esigenza primaria di riparazione delle utilità lese, seppure associandovi, come si è detto, anche una qualche funzione punitiva nei riguardi dell'autore dell'illecito, l'azione di treble damages ha esclusivamente di mira il piano generale, dell'assetto complessivo del mercato. Tale eterogeneità, del resto, è stata assai bene espressa anche dalla giurisprudenza la quale ha sottolineato come il diritto federale antitrust tenda in definitiva a proteggere la concorrenza, laddove invece il diritto comune dei torts, anche semplicemente dei c.d. business torts (ossia interference with contract, unfair competition ecc.), vigente a livello di singoli ordinamenti statuali, miri invece a tutelare i concorrenti (64).

Le posizioni soggettive di volta in volta implicate nel singolo giudizio – al di là probabilmente del solo scopo di disgorgement dei profitti illeciti conseguiti dal convenuto – appaiono, in effetti, niente più che “occasioni”, presupposti contingenti per l'attuazione di un congegno che, a bene vedere, poco o nulla mantiene dei tratti tipici del rimedio (65), avendo di mira interessi generali, anziché quelli particolari di attore e convenuto e, parallelamente, mostrando un orientamento prospettico anziché retrospettivo.

La tensione che anima l'uso della treble damages action si risolve tutta nel conseguimento di risultati legati al futuro assetto del mercato, piuttosto che al ripristino dell'ordine giuridico alteratosi nei rapporti tra le parti in causa. Più esattamente, l'esito di disincentivare la reiterazione della condotta illecita da parte del trasgressore ovvero la sua realizzazione da parte di altri imprenditori, così da assicurare una allocazione efficiente delle risorse, scongiurando il rischio che si ripetano pratiche produttive di costi sociali.

traverso i quali peraltro se ne è segnato il distacco (originario) dal common law of tort of restraint of trade.

(63) Giova, peraltro, osservare che anche in tema di causation è stata segnalata l'eterogeneità di prospettiva che ricorre tra responsabilità civile comune e *treble damages action*. Rileva, in particolare, PAGE, *The scope of liability*, cit., 1983, che mentre nel diritto comune dei torts le questioni legate alla *causation* ed al suo accertamento, rappresentano sfaccettature di un problema di fondo, di natura sostanziale, costituito dalla individuazione della forma più conveniente per la eliminazione dei costi di un dato evento; al contrario, nella casistica antitrust, la medesima questione sconta la preordinazione dei rimedi a risultati di efficienza, sicché le stesse soluzioni che vi vengono apprestate devono in certa misura partecipare di quella più generale finalità.

(64) Cfr. *Deville Corp. V. Federal Dep. Stores*, 756 F. 2d 1183, (5th Cir. 1985), ma spec. 1196 n. 9. Per un'analisi sull'argomento cfr. altresì G. MYERS, *The differing treatment of efficiency and competition in Antitrust and Tortious Interference Law*, 77 Minn L. Rev. (1992-1993), 1097 e ss., *passim*.

(65) V. per tutti MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2007, 585 e ss..

Si è dunque senz'altro in presenza di un congegno tutto sbilanciato su esigenze generali di repressione a scopo preventivo (deterrenza), e ciò al punto che la riparazione del danno subito dall'attore degrada a mero presupposto, semplice tassello di un disegno più ampio e come tale soggetta alle compressioni, talvolta significative, cui si è prima fatto cenno.

5. Giusto le valutazioni sulla tensione teleologica (optimal deterrence) dell'esperienza federale statunitense e sulla ancillarità che rispetto ad essa accusa lo stesso strumento risarcitorio di treble damages action, valgono certo a rendere plausibile l'opzione compiuta dal legislatore europeo in tema di passing-on, o meglio ad escludere che alla valutazione della medesima si addicano considerazioni critiche attingibili dalla diversa scelta compiuta oltreoceano.

Altro è però dire plausibile una opzione di policy, altra cosa è esprimere anche un giudizio pienamente positivo sulla fisionomia concreta che questa assume allorchè si faccia norma.

L'indicazione di favore verso un impiego tanto difensivo quanto offensivo del trasferimento del sovrapprezzo risale, come noto, a ben prima della Direttiva del 2014, chiara com'era già in seno al Libro Bianco del 2008 (66), sebbene, fin da allora, accompagnata da articolate riflessioni critiche (67), in larga misura condivisibili ed attuali.

Un primo elemento di perplessità non può che riguardare l'evidente sproporzione che si dà, nell'apprezzamento delle poste di danno risarcibili a chi abbia a sua volta propalato il sovrapprezzo, tra danno emergente e lucro cessante (68); vero è, infatti, che interdetta o compressa la prima posta, per effetto del buon esito della sollevata eccezione di traslazione, rimarrà pur sempre all'attore la possibilità di ottenere il ristoro della seconda. Vero è tuttavia del pari che la prova di questa ultima ed in specie del suo ammontare rischiano di risultare di assai difficile assolvimento concreto.

In effetti, in ordine all'an del lucro cessante da compressione delle vendite, neppure parrebbe giovare all'attore la presunzione dettata dal comma 2 dell'art. 17, essa stessa calibrata sul danno "ordinario", quale è quello legato agli effetti sul prezzo: lo conferma implicitamente il Considerando 47, a tenore del quale "è opportuno presumere che da una violazione sotto forma di cartello derivi un danno, in particolare attraverso un effetto sui prezzi. A seconda degli elementi fattuali del caso, i car-

(66) Se ne veda, in particolare il § 2.6.

(67) Cfr., su tutte, DREXL, CONDE GALLEGGO, ENCHELMAIER, MACKENRODT, PODSZUN, *Comments by the Max Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, on the White Paper by the Directorate-General of Competition on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules*, IIC, 39 (2008), ed ivi spec. sub 2.6.

(68) Sulla necessaria complementarietà dei due aspetti si veda HARRISON, *The Lost profits measure of damages in proce enhancement cases*, in *Minnesota Law Review*, 64 (1980), 751 e ss.; analogamente, con particolare riguardo allo scenario tracciato dalla Direttiva 104/2014 cfr. Rigaud, *Toward a European Directive on Damages Actions*, *Journal of Competition Law and Economics*, 10(2), 341-360.

telli determinano un aumento dei prezzi o impediscono una loro riduzione, che si sarebbe verificata in assenza di cartello”.

Del resto, il mancato guadagno da contrazione dei volumi matura a valle della scelta di effettuare in tutto o in parte il passing-on, sicchè è frutto di un decorso eventuale, benchè altamente probabile, della condotta cartellistica in punto di effetti; il suo occorrere è, in altri termini, dipendente dal verificarsi di circostanze del caso concreto, le quali però mal si conciliano con la introduzione di una previsione di portata, per così dire, generale, riferita giusto agli esiti dannosi che un cartello di per sé normalmente produce.

Da qui la maggiore plausibilità di una lettura della presunzione di danno dettata dall'articolo 17 che guardi al solo decorso lesivo ordinario, concretantesi cioè in un prezzo falsato; ed in pari tempo l'incombere - senza ausili presuntivi - sull'attore, resosi protagonista di un passing-on del surplus monopolistico, del gravoso onere di dimostrare che la scelta (economicamente razionale) di traslare a valle il sovrapprezzo gli abbia comunque cagionato un danno ingiusto da mancato guadagno.

Analoghe difficoltà si incontreranno ovviamente sul piano della quantificazione del c.d. danno da quantity effect, questa involgendo complesse misurazioni che consentano di scorporare flessioni fisiologiche dei volumi da flessioni viceversa unicamente indotte dall'attuato trasferimento a valle del sovrapprezzo, tenendo altresì conto della maggiore o minore elasticità della domanda che contraddistingue un dato mercato. Certo potrà in tal caso giovare la valutazione equitativa da parte del giudice, in ossequio a quanto previsto dall'art. 17, comma 1, laddove si evoca giusto il caso in cui risulti “praticamente impossibile o eccessivamente difficile” provare il danno; ma si rischia in tal modo di attestare il quantum debeat su una soglia non adeguata all'effettivo ristoro patito, donde il generarsi di un disincentivo alla promozione dell'azione risarcitoria da parte degli acquirenti diretti.

Sul punto aveva del resto già insistito lo studio del Max Planck Institute a commento del Libro Bianco, suggerendo, per questa e per altre ragioni, che venisse esclusa la legittimità della eccezione di traslazione a valle, mantenendo invece intatta la possibilità di azione da parte degli indirect purchasers, puntellata dalla presunzione (semplice) di passing-on.

In effetti, non minori criticità si segnalano pure ove si volga l'analisi alla seconda parte del complesso dispositivo tracciato dal Capo IV della Direttiva, ossia l'articolo 14 concernente la legittimazione degli acquirenti indiretti.

E' certo da salutare con estremo favore l'esplicito abbandono di ogni suggestione punitiva, pure talora non esclusa dal novero delle possibili opzioni di policy né da parte della Corte di Giustizia (69), né in seno a documenti di discussione pubblica (70), né soprattutto da autorevoli contributi all'approfondimento dei temi in discussione.

Non può tuttavia sfuggire come un orientamento teleologico del rimedio acqui-

(69) Cfr. Case C-295/04–C-298/04, *Manfredi and oth. v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and oth*, cit., § 97-98.

(70) Cfr. Green Paper, cit., § 2.3 ,

liano in direzione univocamente ed esclusivamente compensativa valga quanto dire di un Giano bifronte, che assicura pienezza di ristoro a chi abbia riportato la lesione, ma che esclude in pari tempo ogni sovrappiù debitorio in chi sia chiamato a rispondere del danno altrui, pena lo sconfinamento sul terreno della misura di carattere punitivo. Ebbene questa giustapposizione, che pure è cristallizzata nei commi 2 e 3 dell'art. 3, è di fatto messa a repentaglio giusto dalle determinazioni in tema di uso offensivo del passing-on

Come, infatti, anticipato, ancora una volta in continuità con il Libro Bianco del 2008, la Direttiva ammette che la avvenuta traslazione del prezzo lungo la catena di distribuzione possa costituire scaturigine di danno a carico dei c.d. acquirenti indiretti sicchè, coerentemente con la direttiva di full compensation che la ispira, estende pure costoro la legittimazione attiva alla promozione di giudizi risarcitori.

Nel far ciò tuttavia, si produce nell'arduo proposito di accreditare la compatibilità tra la consueta distribuzione dell'onere della prova – che impone dunque a carico dell'attore la dimostrazione del danno occorsogli – con una presunzione iuris tantum di traslazione a valle del sovrapprezzo.

In un'ottica di diritto nazionale, e dunque nella prospettiva del recepimento, non v'è infatti chi non veda come una simile presunzione difficilmente possa dirsi compatibile con la regola generale dettata dall'articolo 2697, comma 1, c.c. (71); di più, però, va rilevato come, pur dettata da esigenze di policy legate alla introduzione di validi incentivi ad un sistema efficiente di reazione dal basso e private law based contro condotte anticoncorrenziali, tale presunzione appaia sì necessaria ma non certo sufficiente allo scopo.

Rimangono infatti insolute le questioni, o meglio le difficoltà, legate giusto alla prova del danno da traslazione, presunta per quanto sia; ciò, risultando per lo meno velleitaria vuoi la previsione dell'articolo 16, che rinvia a linee guida della Commissione in ordine alle modalità di stima della parte di sovrapprezzo traslato a valle, vuoi quella dettata dal comma 3 dell'articolo 17 che giunge a prefigurare un'improbabile opera di assistenza delle Autorità nazionali all'interno dei singoli procedimenti risarcitori, a richiesta dei giudici aditi (72).

Inoltre, sempre in punto di difficoltà di prova in ordine alla quantificazione del danno, oltre ad incentivi insufficienti, si staglia il rischio che il quantum venga rimesso a valutazioni equitativa del giudice.

Esito questo che se, come già rilevato, ridonda in disincentivo all'azione per i direct purchasers, dei quali minaccia di sottostimare il pregiudizio (da lucro cessante), avalla, in relazione agli acquirenti indiretti, uno slittamento pressoché sistematico del rimedio fuori asse rispetto al perno della riparazione.

Se si considera, infatti, che l'iniziativa degli acquirenti indiretti, a cagione della misura tipicamente più esigua del pregiudizio riportato nonché del loro prevalente

(71) Cfr in tal senso già CARPAGNANO, *Le regole (proposte) sul passing-on e azione degli acquirenti indiretti*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 273 e ss., ma spec. 277.

(72) Sulle persistere di notevoli difficoltà probatorie, nonostante la presunzione dell'art. 14, comma 2, cfr BUYÜKSAGIS, *Standing and Passing-on in the New EU Directive on Antitrust Damages Actions*, in *Swiss Review of Business Law*, 2015, 18 e ss., ma spec. 24.

rientrare entro la categoria dei consumatori, assume le forme processuali dell'aggregate litigation, l'interprete italiano non potrà non leggere in prospettiva una saldatura implicita tra l'uso offensivo del passing on e la machinery processuale apprestata dall'art. 140 bis cod. consumo.

Senonchè, proprio quello dell'articolo 140 bis cod. cons. mostra di essere piuttosto un congegno votato ad attuare una riparazione in principio forfettizzata o comunque effettuata per gruppi omogenei, dunque piuttosto una valutazione spannometrica del danno, che non la sua stima accurata: lo si evince con sufficiente chiarezza dal tenore del comma 12 della medesima disposizione, a mente del quale la sentenza di condanna, eventualmente resa da tribunale adito, "liquida, ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme". Con il che, però, il rimedio aquiliano si mostra altro da sé, come pare oggi implicitamente ammesso tra le pieghe argomentative della stessa ordinanza n. 8433 del 24 aprile 2015 con cui si è rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione la questione interpretativa concernente l'impugnabilità di una ordinanza che dichiara l'inammissibilità della azione di classe promossa (73).

E' pur vero che non di una ontologica diversità tra le due azioni la Suprema Corte discorre, allorchè pure prospetta l'avere, quella collettiva, contenuto, scopi ed effetti diversi da quella risarcitoria individuale. Evidente è però che il corto circuito tra tutela collettiva dei consumatori, quale epifania delle tutele civili in chiave antitrust, e gli stessi rimedi privatistici che essa dovrebbe veicolare si fa palmare a misura che la prima sembri fare della stima forfettizzata il proprio approdo naturale, anziché un esito dettato dalle contingenze del singolo caso, come prefigurato dall'articolo 17, comma 1 della Direttiva oltre che in fin dei conti dallo stesso articolo 1226 c.c..

Due ulteriori considerazioni meritano infine di essere svolte.

L'una prende corpo in dipendenza dell'operare combinato della presunzione di esistenza del danno da cartello, ex art. 17, e di quella da trasferimento del sovrapprezzo a carico degli acquirenti indiretti, ex art. 14, comma 2 e ridonda a carico della stessa fisionomia del rimedio risarcitorio, di cui si accredita infatti la versatilità ad un impiego in relazione a forme di danno in re ipsa, per lo meno quante volte l'impresa responsabile dell'illecito antitrust non riesca a fornire prova adeguata dell'avvenuta traslazione a valle, né riesca a vincere la presunzione generale di danno; ovvero, in caso di azione promossa da acquirente indiretto, allorchè l'impresa violatrice non riesca a provare il mancato o solo parziale trasferimento del sovrapprezzo.

Da qui, però, a meno di non accedere all'idea che stia maturando in questa materia una sorta di sottosistema di responsabilità civile (74), una evidente eterogenesi dei fini del rimedio in tort, rispetto a quella stessa esclusiva proiezione compensativa che la Direttiva sposa programmaticamente e senza equivoci.

(73) Vedila in www.dirittocivilecontemporaneo.com.

(74) Su cui comunque vedi infra.

Lungo il medesimo crinale, attinente alla teleologia del rimedio in tort, viene sollecitata inoltre una seconda riflessione critica, legata all’impatto che l’estensione degli standing requirements agli acquirenti indiretti può determinare.

Chiaro è infatti che l’apertura ad azioni promosse da quanti abbiano riportato un danno da propagazione – totale o parziale – del sovrapprezzo lungo la catena distributiva vale quanto prospettare un vero e proprio moltiplicatore del quantum risarcibile, tanto più inesorabile quanto maggiori siano state le difficoltà incontrate dall’infringer nel vincere la presunzione generale di danno nell’ambito del giudizio o dei giudizi ove sia stato convenuto da acquirenti diretti.

L’effetto finale risulterà ancora una volta non pienamente in linea con la direttiva compensativa, poiché multiplo quando non già (economicamente) punitivo sarà il danno di cui l’autore della condotta vietata si ritroverà a rispondere. Il che, a parte le valutazioni strettamente di carattere civilistico inerenti per l’appunto il substantial remedy aquiliano, non solo produce la surrettizia smentita di quanto enunciato dall’articolo 3, commi 2 e 3, ma vieppiù impone pure nel dibattito europeo antitrust, e ad onta dell’essergli programmaticamente estranea la finalità di optimal deterrence, una attenta ponderazione dei rischi sistemici legati alla generazione di overdeterrence.

6. Come già anticipato, la Direttiva 104/2014 non è – né avrebbe potuto essere – direttamente attinente al rimedio civilistico del risarcimento del danno, del quale non sono infatti presi in esame gli elementi costitutivi ma unicamente promosso un più agevole impiego nella materia antitrust.

Il silenzio su quegli elementi, ed il rinvio per essi alle discipline dettate a livello nazionale, non toglie tuttavia che, attesa la tipica natura plurioffensiva dell’illecito antitrust, si avverta l’incombere minaccioso di almeno uno di essi sulla effettiva realizzabilità di un meccanismo efficiente di contrasto bottom-up verso pratiche anti-concorrenziali: il nesso di causalità, non a caso sempre evocato come imprescindibile dalla Corte di Giustizia (75), dalla Comunicazione relativa alla quantificazione del danno (76) nonché dalla stessa Direttiva 104/2014 in seno al Considerando n. 11 (77).

Ebbene la specola del passing-on, o meglio quella offerta dal suo impiego offensivo, mette a nudo tutta la problematicità che le pretese risarcitorie da violazione antitrust presentano, giusto in punto di versatilità del rimedio civilistico che dovrebbe garantirne la migliore forma di tutela.

Emblematica ritengo sia, a tale riguardo, la modifica che l’articolo 12 della Proposta di direttiva ha subito nel farsi testo definitivo, allorchè, al comma 2, non più riproposto, era infatti previsto che “nella misura in cui il sovrapprezzo è stato trasferito su persone situate al livello successivo della catena di commercializzazione e che si trovino nell’impossibilità giuridica di chiedere un risarcimento per il danno

(75) Cfr già Corte di Giust. C. 48/72, *Brasserie de Haecht v. Wilkin II*, in Racc., 77.

(76) Cfr il par. 2.2., comma 5.

(77) Cfr supra nel testo.

subito, il convenuto non può invocare il mezzo di difesa di cui al paragrafo precedente” ossia, per l'appunto, il passing-on.

Vaga per quanto fosse la formula della “impossibilità giuridica” riferita agli acquirenti diretti, di essa provvedeva però a chiarire il senso la stessa Relazione di accompagnamento alla Proposta, precisando, al paragrafo 4.4., che “Gli acquirenti possono trovarsi nell'impossibilità giuridica di chiedere il risarcimento a causa delle norme nazionali relative al nesso di causalità (comprese le norme sulla prevedibilità e la distanza).

Certo non v'è dubbio che la espunzione di questo inciso dal corpo dell'articolo 12 rintracci nella coerenza con la direttiva generale di compensation la propria stringente ed ineccepibile giustificazione, rischiando infatti di precludere, la prefigurata interdizione della passing-on defence, ad un ingiustificato arricchimento dell'attore-danneggiato, pari alla quota parte di danno emergente da sovrapprezzo in realtà traslata a valle (78). Difficile è però negare, in pari tempo, che quella stessa formula rimandasse all'immagine del bambino che nella favola di Andersen grida che “il re è nudo” (79), poiché è in effetti la causalità che, a maglie larghe per quanto la si voglia intendere, il più delle volte fa difetto in relazione alla propagazione del danno antitrust, fino al punto da sbiadire del tutto ed impedire che il ristoro patito possa tecnicamente attingere al rimedio aquiliano, quanto più ci si allontani dalla violazione commessa.

L'attualità – o forse l'urgenza- di questa direttrice di analisi critica è peraltro confermata dal recente arresto della stessa Corte di Giustizia nel caso Kone (80), ove, pur tributando il consueto ossequio alla indefettibilità del requisito causale nonché al principio di autonomia degli ordinamenti nazionali nel disciplinarlo (81), la Corte ha finito in realtà con l'imporre un esito – quale la responsabilità risarcitoria dei cartellisti anche nei confronti di coloro ai quali siano stati imposti i c.d. umbrella prices – che in null'altro trova giustificazione se non in argomenti squisitamente di policy e che a stretto rigore non dovrebbe esitarsi a definire eversivo: non solo per l'autentico scardinamento del dispositivo aquiliano in punto di nesso eziologico, cui mette capo, ma vieppiù per il fatto di avallare una vera e propria subor-

(78) Si vedano, in tal senso, le considerazioni di GERADIN e GRELIER, *Cartel damages*, cit., 12.

(79) H.C. ANDERSEN, I vestiti nuovi dell'imperatore.

(80) Cfr Corte di Giustizia, causa C-510/11, *Kone AG et al v. ÖBB Infrastruktur AG*. Se ne vedano i commento di L.F. PACE, *Europa e Dir. Priv.*, 2015, 219 e ss. e MATRANGA, *Illecito antitrust e nesso di causalità: l'allocazione del danno da maggiorazione del prezzo applicato da un'impresa estranea all'intesa vietata. “Umbrella Effects” nel caso “Kone”*, in *Dir. civ. cont.*, 11 marzo 2015.

(81) Si vedano, rispettivamente, I §§ 22 (*tutti hanno il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando sussiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o una pratica vietata dall'articolo 101 TFUE*) e 24 (*In assenza di normativa dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni singolo Stato membro stabilire le modalità di esercizio del diritto di agire per il risarcimento del danno risultante da un'intesa o da una pratica vietata dall'articolo 101 TFUE, ivi comprese quelle relative all'applicazione della nozione di «nesso di causalità», sempreché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività*).

dinazione –illegittima, perché in conflitto con l’art. 5 TUE ed il principio di sussidiarietà – del principio di autonomia del diritto nazionale in tema substantial remedies and procedural rules concernenti materie non di competenza della UE ed i principi di effettività ed equivalenza.

Anche i sistemi di responsabilità civile che rintracciano nella riparazione del danno il principale se non l’unico motivo ispiratore, ben conoscono invero l’esigenza di frapporre argini all’impiego del rimedio (floodgate argument) (82), specie per controbilanciare il progressivo ampliamento dell’area del danno risarcibile, che ha accompagnato l’evolversi dei rapporti sociali, di produzione e di scambio; tale esigenza, al di là di una perdurante opera di selezione degli stessi interessi protetti, si realizza essenzialmente – specie in ambiente di civil law – mediante un’applicazione rigida della teoria della fattispecie, così da chiamare ciascuno degli elementi costitutivi di questa ad un ruolo di contenimento e di filtro rispetto a possibili abusi dell’istituto aquiliano.

Ciò è tanto più vero in relazione a norme quali quelle antimonopolistiche che sono norme di protezione (Istitutionenshutz) (83) e dunque astrattamente in grado di apprestare tutela ad una molteplicità di interessi particolari, a loro volta declinazioni dell’interesse generale all’assetto concorrenziale del mercato. Ci si troverà, infatti, con esse, al cospetto di un paradigma primario di tutela potenzialmente ipertrofico, in grado cioè di originare risarcimenti a raggiera, in parallelo con la natura plurioffensiva dell’illecito concorrenziale ed in specie con la sua attitudine a propagarsi secondo lo schema della reazione a catena (84).

Da qui, per l’appunto, la necessità che il congegno aquiliano – laddove impiegato in tale peculiare contesto - recuperi selettività; non solo, per l’appunto, in considerazione del ben noto argomento di politica del diritto, inteso a contrastare la moltiplicazione incontrollata delle pretese ammesse a tutela risarcitoria, ma soprattutto a garanzia della finalità stessa cui la regola antimonopolistica ambisce, essendo infatti intuibile l’effetto anticompetitivo che si annida in un sistema di risarcimento del danno che legittimi pretese “a pioggia” a partire da una singola condotta illecita.

Ebbene, una siffatta selettività non può che riposare su un nesso causale particolarmente stringente, il che è quanto dire di una corretta applicazione del concetto tecnico-giuridico, senza la fuorviante mediazione degli obiettivi di policy e senza, dunque, “adattamenti” della regola generale, non legittimati da specifiche disposizioni legislative (85). Guardando all’ordinamento italiano, inequivoca risulta del re-

(82) Cfr. BRÜGGEMEIER, *Common Principles of Tort Law. A pre-statement of Law*, London, 2006, Repr., 2006, 43 e ss., nonché 194 e ss.; MARKESINIS-DEAKIN, *Tort Law*, cit., 37 e ss.; ALPA, BESSONE, ZENO ZENCOCICH, *I fatti illeciti*, in *Trattato di Dir. Priv.*, dir. da P. RESCIGNO, vol. 14, Torino 1995, 26 e ss..

(83) Cfr. per tutti CANARIS, “*Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (parte prima)*”, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1983, 583.

(84) Cfr ancora una volta L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto anti-trust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI, Bologna, 1993, II, 1449 e ss., cit., 1455.

(85) Il rischio di un condizionamento politico, in senso lato, a carico delle soluzioni spe-

sto la linea tracciata dalla lettera degli artt. 2043 c.c. (ove è impiegato il verbo “cagionare”) e 1223 c.c. (ove si parla di “conseguenza immediata e diretta”); sul che ha mostrato, peraltro, ancora recentemente di convenire autorevole dottrina processualistica, rilevando come, che allorché “la fattispecie sostanziale è costruita, dalla norma che la prevede, in modo tale che si considera rilevante per la produzione di un dato effetto il verificarsi di una connessione causale tra due eventi – come ad es. accade nel caso dell’art. 2043 cod. civ. – allora non è possibile descrivere la fattispecie concreta nei termini di un nesso di probabilità tra quei due eventi” (86) .

Il che è, però, giusto l’opposto di quel che si ricava dal decisum Kone e, per quanto interessa ai fini di questo scritto, altresì l’opposto di quel che richiede il più delle volte una reale chance di successo di iniziative promosse da indirect purchasers.

Vero è in effetti che da tempo la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha avallato, in ambito civilistico, una lettura per così dire più a maglie larghe della causalità, più precisamente della causalità giuridica, all’insegna della formula del “più probabile che non”, facendone poi una specifica applicazione in materia di azioni riparatrici antitrust nel senso di ritenere (presuntivamente) provato il nesso causale tra la violazione antitrust e danno (da sovrapprezzo monopolistico) una volta che – acclarata la prima – l’attore abbia altresì dimostrato il peggioramento delle condizioni contrattuali (87) .

E’ però la stessa Cassazione a ribadire a chiare lettere come il convenuto possa bene dare prova della interruzione del nesso eziologico (probabilistico) (88), il che, rapportato alla fattispecie della lesione accusata dagli indirect purchasers ed a maggior ragione da acquirenti cui siano stati imposti umbrella prices, è quanto dire ad esempio del fraporsi della mediazione di soggetti terzi rispetto violatore-convenuto, nonché della mediazione esercitata dal contratto c.d. a valle.

Difficile, in effetti, negare che l’allineamento del prezzo di vendita a quello cartellizzato dai concorrenti (Umbrella prices) (89) non rimandi agli estremi del “fatto

rimentabili nella materia della tutela della concorrenza era già stato segnalato lucidamente da P. SCHLESINGER, *Sul problema della responsabilità per i danni derivanti dalla violazione dei divieti previsti dal progetto governativo di legge a tutela della concorrenza*, Riv. Soc., 1960, 729 e ss., ma spec. 738 e ss., *ma spec.*, 743, il quale ritiene che, “nel nostro ordinamento la responsabilità delle imprese partecipanti al cartello debba essere subordinata all’accertamento di un nesso di causalità tra la stipulazione dell’intesa e la condotta colposa”.

(86) Così M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, Riv. crit. dir. priv., 2006, 101 e ss. ma spec. 104 e ss., il quale aggiunge (p. 106) che “se la fattispecie sostanziale si incardina su un nesso causale, esso non è adeguatamente descritto da un enunciato che esprime una correlazione probabilistica. Se anche questo enunciato venisse provato, questa prova sarebbe comunque inutile ed irrilevante, poiché non verrebbe provato il fatto che la norma sostanziale presuppone”.

(87) Cfr Cass. 23.04.2014, n. 9116, cit., par. 5.2. Nella medesima direzione si vedano le osservazioni di PARDOLESI, *Note minime in tema di nesso di causalità*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 317 e ss. ma spec. 321.

(88) Cfr., a esempio, Cass. 9 maggio 2012, n. 7039.

(89) Cfr. *Corte di Giustizia, causa C-510/11, Kone AG et al v. ÖBB Infrastruktur AG*, cit., il cui § 29 recita significativamente che “Ciò premesso, ancorché la determinazione del

doloso del terzo”; come difficile è negare che giusto il fraporsi del contratto c.d. a valle – vuoi quello stesso concluso dall’impresa cartellista con l’acquirente diretto, vuoi, ed anzi a fortiori, quelli concluso dall’acquirente indiretto con un intermediario ovvero con un concorrente del cartellista che abbia imposto ombrella prices - non importi il sovrapporsi, quanto meno possibile, al normale decorso causale rimontante alla condotta illecita, di elementi viceversa specifici del rapporto negoziale medesimo venutosi ad instaurare nonchè da soli in grado di cagionare l’evento di danno (90).

In questo senso si è del resto espressa la Suprema Corte di Cassazione, affermando – riguardo all’ennesimo caso di danno da sovrapprezzo generato da cartello assicurativo – che “la prova dell’insussistenza del nesso causale, non può essere tratta da considerazioni di carattere generale attinenti ai dati che influiscono sulla formazione dei premi nel mercato generale delle polizze assicurative ma deve riguardare situazioni e comportamenti che siano specifici dell’impresa interessata: che attengano, cioè, alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato od alla singola polizza, e che valgano a dimostrare che - nel caso oggetto di esame - il livello del

prezzo offerto sia considerata quale decisione puramente autonoma, adottata dall’impresa non aderente all’intesa. si deve tuttavia rilevare che tale decisione ha potuto essere presa con riferimento ad un prezzo di mercato falsato dall’intesa e, conseguentemente, in contrasto con le regole della concorrenza”.

(90) Cfr. per i termini generali della interruzione del nesso eziologico il classico lavoro di P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967., 116 e ss. Limitatamente alla fattispecie del danno occorso agli indirect purchasers, assunta l’interruzione del nesso causale tra danno patito a valle ed illecito antitrust a monte, in ragione per l’appunto del fraporsi di una vicenda contrattuale autonoma e diversa, neppure potrebbe, d’altra parte, ipotizzare una possibile iniziativa del il consumatore finale direttamente nei confronti dell’intermediario. Il comportamento dell’intermediario, infatti, consistente nella traslazione a valle del peso economico originato a monte dall’intesa restrittiva, doloso per quanto possa essere non ammonterebbe comunque ad illecito (antitrust), sicchè verrebbe a mancare comunque altro, decisivo, elemento della fattispecie aquiliana: in tal senso M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi conseguenti a violazioni di norme antitrust*, *Danno e Resp.* 2004.,933 e ss. il quale, pur ritenendo che anche nel caso della traslazione del danno dal distributore al consumatore questi avrebbe pur sempre azione nei confronti del produttore-cospiratore, esclude però che legittimato passivo possa considerarsi anche l’intermediario, a meno che non risulti che sia stato “*imputabile di concorso attivo nell’illecito antitrust*”. Ciò, precisamente, in considerazione del fatto che “*in un’economia di mercato, la traslazione del costo di produzione sul prezzo finale del bene o servizio è fenomeno normale, sicchè il pregiudizio del consumatore non può dirsi – nel caso in esame – direttamente imputabile alla scelta commerciale del distributore*”. Ad avviso di L. Nivarra, *Tutela civile*, cit., 1455-1456, in relazione alla vicenda della traslazione del danno, nonostante i dubbi di ordine pratico e politico che un risarcimento accordato anche ai consumatori finali suscita, una opposta conclusione risulterebbe “*probabilmente eccessiva*” e “*finirebbe per discriminare l’unico, tra i vari attori che si muovono sul mercato, incapace di difendersi trasferendo su altri il danno patito*” (1456). Rispetto, poi, alla obiezione sollevata nel testo, relativa alla interruzione del nesso di causalità dipendente dalla volontarietà del *pass on* da parte del distributore, questa sembra sia esclusa in radice dall’A. cit., allorché chiarisce che “*la volontarietà dell’intermediario è solo apparente poiché egli è un propalatore obbligato del sovrapprezzo (...) e in questa coazione a danneggiare deve ravvisarsi la spia più significativa della persistenza del nesso di causalità*” (1456).

premio non è stato determinato dalla partecipazione all'intesa illecita; occorrerebbe cioè dimostrare (in ipotesi) che la compagnia assicuratrice convenuta in giudizio ebbe a discostarsi dal trend degli aumenti accertato dall'AGCM e comune alle altre; o che la compagnia versava in peculiari difficoltà economiche, che le hanno imposto determinate scelte di prezzo; o che il contratto copriva particolari rischi, normalmente non inclusi nella polizza; o che si riferiva ad assicurati il cui comportamento era caratterizzato da abnorme sinistrosità (91).

Con il che tuttavia è l'approdo risarcitorio anelato dall'acquirente indiretto ad accusare il rischio "più probabile che non" di infrangersi sull' eccessiva distanza dalla violazione e dal suo autore. a meno di non ritenere – su basi di teoria generale per lo meno incerte – che la politica del diritto faccia premio sul diritto (positivo), imponendone stravolgimenti ancor più che torsioni interpretative.

7. Ponendo l'interrogativo se basti il criterio probabilistico prima richiamato per soddisfare esigenze di prova che le regole ordinarie imporrebbero come particolarmente stringenti e gravose, il prof. Pardolesi ha squarciato il velo dell'ipocrisia parlando di prezzo necessario da pagare al nitore complessivo del sistema ma del quale essere però consapevoli (92).

Ebbene, nell'acquisire una siffatta consapevolezza non può però ignorarsi quanto alta sia la posta in gioco, di talchè vale forse la pena domandarsi se il "prezzo" richiesto valga davvero la pena di essere pagato.

Si tratta, infatti, di accettare, in tema di responsabilità civile, una forma di "armonizzazione" imposta, quasi un corso forzoso della tutela aquiliana, o per lo meno il delinarsi di un suo "sottosistema" concorrenziale: in altri termini, come già a proposito di contratto (93), di accettare una volta di più che l'obiettivo concorrenziale tutto pieghi a sé, e che la sua piena attuazione giustifichi persino l'esondazione della regola di fonte europea dagli argini della materia di competenza esclusiva.

Ciò è quanto del resto si profila allorchè si pretenda di accreditare – come fa oggi la Direttiva 104/2014 ma già prima la giurisprudenza della Corte di Giustizia – quasi la pozzosità gerarchica del principio di effettività rispetto a quelli di autonomia nazionale e proporzionalità.

Resta, tuttavia, che una deriva siffatta, anche a tacere dell'imbarbarimento teorico-sistematico di cui causa/conseguenza (94), accusa basi per lo meno incerte in punto di legittimità, che il richiamo all'articolo 114 TFEU, oltre che al solo art. 103 TFEU, solo in minima parte vale a puntellare.

Basti dire della stridente frizione con l'articolo 5 TEU ed il principio di sussidiarietà che vi è consacrato, nonché della discontinuità con una linea interpretativa

(91) Cfr. ancora Cass. 23.04.2014, n. 9116 cit, par. 5.4.

(92) Cfr. PARDOLESI, *Note minime in tema di nesso di causalità*, cit., 317 e ss..

(93) Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, passim, ma spec.142; Nivarra, *Al di là del particolarismo giuridico. Il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2012, 234.

(94) Si vedano, sul punto le considerazioni di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 254 e ss..

che la stessa Corte di Giustizia era andata sviluppando, a partire dal leading case Tobacco Advertising (95): la eliminazione di distorsioni – dirette o indirette - alla concorrenza, legate a differenze nei regimi nazionale concernenti l’attuazione di posizioni pure regolate dal diritto europeo, non è di per sé sufficiente ad fare oltrepassare l’ostacolo formale ad interventi comunitari, rappresentato dal principio secondo cui le competenze dell’Unione “sono competenze d’attribuzione” (96).

(95) Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union - Case C-376/98.

(96) Cfr. Case C-376/98, cit. spec. parr. 106 e 107: “*Nell’ambito del controllo della legittimità di una direttiva adottata sulla base dell’art. 100 A del Trattato, la Corte verifica se le distorsioni della concorrenza che l’atto è volto ad eliminare siano sensibili (sentenza biossido di titanio, già citata, punto 23). I - 8529 SENTENZA 5. 10. 2000 - CAUSA C-376/98 107). In mancanza di una tale condizione, la competenza del legislatore comunitario non avrebbe praticamente limiti. Infatti, le normative nazionali spesso differiscono nelle condizioni di esercizio delle attività da esse considerate, il che si riflette direttamente o indirettamente sulle condizioni di concorrenza delle imprese interessate. Ne consegue che interpretare l’art. 100 A e gli artt. 57, n. 2, e 66 del Trattato nel senso che il legislatore comunitario potrebbe fondarsi sui detti articoli al fine di eliminare distorsioni minime di concorrenza sarebbe incompatibile con il principio, già ricordato al punto 83 della presente sentenza, secondo cui le competenze della Comunità sono competenze d’attribuzione*”