



M. ROSARIA
MAUGERI

**VIOLAZIONE DELLA DISCIPLINA
ANTITRUST E RIMEDI CIVILISTICI**

MARIA ROSARIA MAUGERI

**VIOLAZIONE DELLA DISCIPLINA
ANTITRUST E RIMEDI CIVILISTICI**

© 2006 Maria Rosaria Maugeri

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.
Nessuna parte di questo libro può essere usata, riprodotta
o diffusa senza autorizzazione scritta dell'autore

Maugeri, Maria Rosaria
Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici
Catania : ED.IT, 2006.
ISBN-10: 88-89726-04-0
ISBN-13: 978-88-89726-04-0

Indice

CAPITOLO I

MISURE PRIVATISTICHE DI REAZIONE ALL'ILLECITO ANTITRUST NELL'UNIONE EUROPEA E IN ITALIA. DELIMITAZIONE DELL'INDAGINE

1. Rilevanza delle misure privatistiche di reazione all'illecito antitrust nell'Unione Europea e in Italia. Delimitazione dell'indagine: risarcimento del danno e invalidità in caso di violazione delle discipline sulle intese e sull'abuso di posizione dominante 9
2. La dottrina statunitense sul *Private Enforcement* del diritto antitrust 15
3. L'influenza dell'esperienza statunitense sull'attuale dibattito europeo. Obiettivo della ricerca: contribuire a svelare il nesso fra il modo attraverso il quale è organizzato nel nostro ordinamento il rimedio risarcitorio e la funzione cui esso assolve 21
4. (*segue*) Ulteriore obiettivo della ricerca: chiarire come la diversa base istituzionale che caratterizza da un lato il sistema comunitario e italiano e dall'altro quello statunitense possa incidere sull'impostazione dei problemi di cui ci si occupa 29

CAPITOLO II

LA NULLITÀ DELLE INTESE

1. Le origini, la *ratio* ed il fondamento della nullità di cui all'art. 85 del Trattato CE e all'art. 2 della L. n. 287/1990 . . 33
2. L'applicazione del rimedio 38

3. Sull'invalidità o meno dei c.d. contratti a valle	41
4. Cenni sulle soluzioni adottate in Francia e in Germania . .	46

CAPITOLO III

SULLA POSSIBILE INVALIDITÀ DEL CONTRATTO ATTRAVERSO IL QUALE SI REALIZZA L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

1. La disciplina italiana e comunitaria in materia di abuso di posizione dominante e l'assenza di ogni riferimento all' in- validità del patto: il senso della scelta	51
2. I tipi di abuso	55
3. Abuso di sfruttamento: sulla possibilità di costruire un paradigma contrattuale unico caratterizzato dalla figura del contraente debole. Critica	57
4. Invalidità e tipi di abuso	59
5. Cenni sull'esperienza tedesca	67
6. Cenni sull'esperienza francese	92

CAPITOLO IV

INTESE, ABUSI E RISARCIMENTO DEL DANNO

1. Risarcimento del danno in capo a chi stipula un'intesa vietata	93
2. Tutela dei concorrenti: la difficile quantificazione del danno	93
3. Contratti a valle e risarcimento del danno	93
4. I casi Courage e Manfredi	108
5. Abuso di posizione dominante e risarcimento del danno . .	108
6. Compensazione o <i>deterrence</i> ?	108
7. <i>Pass-on defence</i>	108
8. Conclusioni	108

Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici

I. Misure privatistiche di reazione all'illecito antitrust nell'Unione Europea e in Italia. Delimitazione dell'indagine

SOMMARIO: 1. Rilevanza delle misure privatistiche di reazione all'illecito antitrust nell'Unione Europea e in Italia. Delimitazione dell'indagine: risarcimento del danno e invalidità in caso di violazione delle discipline sulle intese e sull'abuso di posizione dominante - 2. La dottrina statunitense sul *Private Enforcement* del diritto antitrust - 3. L'influenza dell'esperienza statunitense sull'attuale dibattito europeo. Obiettivo della ricerca: contribuire a svelare il nesso fra il modo attraverso il quale è organizzato nel nostro ordinamento il rimedio risarcitorio e la funzione cui esso assolve - 4. (*segue*) Ulteriore obiettivo della ricerca: chiarire come la diversa base istituzionale che caratterizza da un lato il sistema comunitario e italiano e dall'altro quello statunitense possa incidere sull'impostazione dei problemi di cui ci si occupa.

1. Rilevanza delle misure privatistiche di reazione all'illecito antitrust nell'Unione Europea e in Italia. Delimitazione dell'indagine: risarcimento del danno e invalidità in caso di violazione delle discipline sulle intese e sull'abuso di posizione dominante.

Nel settore dell'Antitrust, gli ultimi decenni sono stati caratterizzati da una progressiva armonizzazione fra la disciplina dei diversi Stati membri e quella comunitaria (si pensi, ad es. all'esperienza italiana, a quella tedesca, a quella inglese, ecc.). Le ragioni di una tale armonizzazione sono evidenti: un mercato unico non può tollerare l'esistenza di regole di funzionamento dei mercati troppo diverse fra loro.

Questo processo di armonizzazione, però, ha coinvolto in misura minore le misure privatistiche di reazione all'illecito anticoncorrenziale. Non sorprende, pertanto, che lo *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative report* (redatto dallo studio Ashurst per la Competition DG) abbia il seguente incipit: “*The picture that emerges from the present study on damages actions for breach of competition law in the enlarged EU is one of astonishing diversity and total underdevelopment*”.

Negli ultimi anni, però, come si vedrà meglio nel prosieguo dell'indagine, a livello Comunitario è maturata l'idea secondo la quale un'implementazione dello strumento privatistico in materia Antitrust ed un'eventuale armonizzazione delle discipline dei diversi ordinamenti in questo settore possano portare chiari benefici sia sul piano del funzionamento del mercato interno sia sul piano dell'avvicinamento dei cittadini alla costruzione dell'Unione.

In ragione di ciò la Commissione Europea sta adottando una serie di iniziative volte a individuare le possibili strategie idonee a facilitare il *Private Enforcement* ed a stimolare un dibattito fra i vari soggetti coinvolti. In particolare a tal fine essa, il 19 Dicembre 2005, ha pubblicato un Libro Verde: “Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie”. Le questioni sulle quali il suddetto Libro Verde sollecita la riflessione sono quelle relative alla possibilità nelle azioni di risarcimento del danno: a) di prevedere norme speciali sulla divulgazione delle prove documentali; b) di prevedere norme speciali sull'accesso ai documenti in possesso di

un'autorità garante della concorrenza; c) di attenuare l'onere a carico dell'attore di provare la violazione delle norme antitrust; d) di introdurre o meno il requisito della colpa; e) di definire, anche in modo diverso rispetto a quanto previsto nelle norme generali, il tipo di (e la funzione del) risarcimento da accordare; f) di prevedere un modo specifico di quantificazione dell'importo del risarcimento; g) di prevedere norme specifiche in materia di eccezione di trasferimento (c.d. *pass-on defence*¹); h) di introdurre le azioni collettive; i) di introdurre norme speciali per ridurre il rischio finanziario che si appunta in capo all'attore; j) di coordinare l'attivazione dello strumento risarcitorio con l'applicazione della disciplina ad opera delle autorità pubbliche (c.d. *Leniency programme*²); k) di individuare il diritto applicabile e il foro competente; l) di nominare un esperto da parte del tribunale; m) di sospendere i termini di prescrizione; n) di chiarire il requisito giuridico del nesso di causalità al fine di rendere più agevole la soluzione della controversia³.

Il profilo attualmente oggetto di maggiore attenzione in Europa, come è agevole notare, è quello risarcitorio, ma è stato da più parti evidenziato (e d'altra parte è

¹ Vedi *infra*.

² Mette in evidenza le difficoltà incontrate negli Stati Uniti nell'armonizzare il *Leniency Programme* con il *Private Enforcement* S. W. Waller, *Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law*, in *World Competition*, 2006, 376.

³ Per un primo commento al Libro Verde, in Italia, vedi S. Bastianon, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 321.

evidente) il forte impatto che può rivestire, sia sul piano del funzionamento del mercato interno sia sul piano della tutela dei privati, il rimedio dell'invalidità.

L'idea secondo la quale i privati possano agire in caso di violazione della disciplina antitrust non è, in vero, recente. Come è noto, infatti, lo stesso articolo 81 del Trattato CE, che vieta gli accordi fra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio fra stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, al secondo comma dispone che gli accordi o decisioni vietati "sono nulli di pieno diritto" e nessuno ha mai dubitato che la nullità di cui all'art. 81 possa essere fatta valere da chiunque abbia interesse.

È vero che – come ha sottolineato la dottrina contraria all'uso dello strumento privatistico come forma di reazione all'illecito antitrust⁴ – mancano nel Trattato ulteriori riferimenti a possibili ruoli dei privati, ma è altresì vero che, sia in relazione ai profili risarcitori sia in relazione ai profili invalidativi, vi sono dati che inducono a ritenere che da ciò non si possa far discendere una precisa scelta vincolante (né originaria né tanto meno attuale) del legislatore comunitario volta ad ammettere (al di fuori di quanto previsto in materia di nullità dall'art. 81) solo l'intervento delle Autorità pubbliche.

⁴ W. Wils, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 2003, 475.

Relativamente ai profili risarcitori si pensi, ad esempio, al fatto che già ai tempi dell'emanazione del Regolamento (CEE) del Consiglio N. 17/62 (Primo Regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato, attualmente articoli 81 e 82) la Commissione espressamente aveva assunto come dato la possibilità da parte dei terzi di chiedere ed ottenere il risarcimento del danno per violazione della disciplina antitrust⁵, o ancora al fatto che la Corte di Giustizia, nel famoso caso *Courage v. Crehan* prima e nel caso *Manfredi e altri v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SPA e altri* più di recente, ha espressamente affermato che l'art. 81 del Trattato CE deve essere interpretato nel senso che chiunque, quando esiste il nesso di causalità fra l'intesa o la pratica vietata e il danno subito, ha diritto di chiedere il risarcimento di tale danno⁶.

Non vi è poi chi non veda come il già citato Libro Verde testimoni un chiaro intento di procedere addirittura verso un'implementazione dello strumento e non certo verso un'eventuale limitazione dello stesso⁷.

⁵ Sul punto vedi C. Jones, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, in *World Competition*, 2004, 15. L'autore riporta in nota 12 la seguente *Proposition de la Commission au Conseil* del 1960: «*A ces sanctions s'ajoutent la publicité éventuelle de la décision et les risques inhérents à la nullité de l'entente et aux demandes de dommages et intérêts qui pourraient être formées par des tiers.*».

⁶ Per una ricostruzione dell'evoluzione del pensiero della Corte di Giustizia in materia di riconoscimento del diritto dei singoli al risarcimento del danno per violazione di un diritto soggettivo di origine comunitario in generale e per violazione della disciplina antitrust comunitaria in particolare cfr., da ultimo, P. Iannuccelli, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Rivista delle società*, 2006, 727 ss.

⁷ Vedi anche il *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper*,

Per quanto, invece, attiene ai profili invalidativi si consideri che la Corte di Giustizia ha da tempo affermato che la circostanza che l'art. 82 del Trattato, nel disciplinare l'abuso di posizione dominante, non disponga nulla in merito alla validità o meno del contratto attraverso il quale si realizza tale abuso non esclude che tale contratto possa essere dichiarato nullo, interamente o parzialmente, in base alla disciplina civilistica del singolo ordinamento nazionale⁸.

Non sembra, pertanto, che l'ordinamento comunitario in materia di antitrust osti all'ammissibilità di azioni, sia risarcitorie che invalidative, che si appuntino in capo ai privati.

Ancor più evidente è la scelta del nostro legislatore nazionale di consentire ai privati tanto rimedi risarcitori quanto rimedi invalidativi. Ed infatti, il secondo comma dell'art. 33 della Legge 10 ottobre 1987, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) espressamente prevede, fra le azioni ricomprese dentro la competenza in unico grado delle Corti d'Appello, sia quelle risarcitorie che quelle di nullità.

Damages actions for breach of the EC antitrust rules, in cui titolo di un paragrafo è *Action for damages for breach of ec antitrust rules is an established right in community law* (in <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/sp_en.pdf>, 9).

⁸ Corte di Giustizia, caso 127/73, *BRT v SABAM*, in *ECR*, 1974, 51; P.Giudici, *sub art. 82*, in Marchetti and Ubertazzi, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, CEDAM, 2004, 2083.

Come si proverà a dimostrare meglio nel prosieguo dell'indagine, le ragioni della mancanza di riferimento all'invalidità, e, dunque, della differenza fra la previsione dell'art. 81 e quella dell'art. 82 del Trattato, sono da ricercare altrove e precisamente nella diversa origine delle due discipline.

Se, dunque, non sembra possano esserci dubbi sulla circostanza secondo la quale i privati possano ottenere una qualche forma di tutela laddove risulti violata la disciplina antitrust, sia comunitaria che nazionale, maggiori incertezze si registrano laddove si cerchi di definire quali siano i soggetti legittimati ad esperire le diverse azioni ed entro quali limiti sia accordata loro tutela.

A tali profili sarà, pertanto, dedicato il presente studio. In particolare, ci si soffermerà sulle reazioni civilistiche, sia risarcitorie che invalidative, che seguono alla violazione della discipline, comunitarie e nazionali, in materia di intese e di abuso di posizione dominante.

2. *La dottrina statunitense sul Private Enforcement del diritto antitrust.*

Negli Stati Uniti il dibattito sulle misure privatistiche di reazione all'illecito antitrust (in particolare sul rimedio risarcitorio) è molto più sviluppato che in Europa.

Più in generale, oltre oceano da molti anni si discute sul tipo di *enforcement* da preferire ai fini dell'ottima implementazione della disciplina antitrust. La dottrina statunitense, cioè, da tempo si interroga sul modo attraverso il quale assicurare la *deterrence* più efficiente dei comportamenti indesiderati in quanto volti ad alterare la dinamica concorrenziale⁹.

⁹ Una delle questioni più dibattute fra i cultori della disciplina *antitrust* è quella relativa all'individuazione dell'interesse da questa protetto. Ci si chiede, infatti, se finalità dell'*antitrust* sia il sostegno alla dinamica

Posto che il livello di *deterrence* è considerato *socially optimal* se gli strumenti utilizzati «*discourage only those acts that reduce society's wealth*»¹⁰, da anni nel nuovo continente ci si chiede quale sia il rimedio più appropriato, se civile, amministrativo, penale o altro, e se e quale ruolo possano giocare le autorità pubbliche¹¹ e i privati nel raggiungimento in questo settore dell'*optimal deterrence*¹².

concorrenziale, la lotta alla creazione del potere economico privato ed agli effetti devastanti che esso può produrre, il mantenimento della pluralità degli operatori del mercato o l'uso efficiente delle risorse economiche che non comporti restrizione dell'*output* produttivo ed ancora, se accanto ad una di queste finalità non ve ne sia anche una di protezione sociale o di giustizia distributiva (sul punto vedi per tutti G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Il Mulino, 1998).

¹⁰ Così K. Hilton, *Antitrust Law. Economic Theory & Common Law Evolution*, Cambridge U.P., 2003, 43. L'autore a ciò aggiunge: «*I will say that antitrust laws overdeter if they discourage conduct that on balance increases society's wealth. Similarly, I will say that the laws underdeter if they fail to discourage conduct that reduces society's wealth*».

¹¹ Negli Stati Uniti possono intervenire sia l'*Antitrust Division of the Justice Department*, sia la *Federal Trade Commission*, sia (come «*parens patriae*») gli *State Attorneys*. Per una panoramica della ripartizione di competenze vedi S. W. Waller, *Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law*, in *World Competition*, 2006, 368 ss.

¹² Non si può in questa sede dare conto in modo esauriente del dibattito degli economisti sull'*enforcement* ottimale. Basti qui dire che si suole distinguere fra *enforcements* che incidono direttamente *ex ante* sui comportamenti dei soggetti ed *enforcements* che incidono in modo indiretto, nel primo caso si parla di prevenzione diretta (che precede il momento in cui il comportamento non desiderato è posto in essere) e nel secondo caso di prevenzione indiretta (che si colloca nella fase che segue il momento in cui il comportamento è posto in essere). La prevenzione diretta si realizza, ad esempio, attraverso meccanismi di regolazione (con riferimento alla disciplina antitrust si può pensare alle regole in materia di concentrazioni), mentre la prevenzione indiretta si realizza fondamentalmente attraverso meccanismi «*sanzionatori*», *rectius* rime-

Rispetto a ciò che per noi rileva, e cioè il versante privatistico, ci si interroga in particolare sull'opportunità di mantenere ferma la disciplina, contenuta nella *Section 4* del *Clayton Act*, secondo la quale i privati possono ottenere un risarcimento pari al triplo del danno sofferto (c.d. *treble damages*)¹³. Tale disciplina, infatti, che pure nel tempo è stata molto utilizzata (si pensi che negli Stati Uniti negli anni '80, il rapporto fra *Public Enforcement* e *Private Enforcement* nel campo dell'antitrust era di 10 a 1¹⁴), è stata accusata da più parti di determinare un'inef-

diali (come si dirà *infra* nel testo, non è escluso che anche meccanismi considerati tradizionalmente "compensatori" e non "sanzionatori" possano svolgere – quanto meno anche – un ruolo di *deterrence*). La prevenzione indiretta può essere affidata sia ai privati (*enforcement* privatistico) sia ai soggetti pubblici (*enforcement* pubblicistico). Per un'esauriente esposizione della teoria dell'*enforcement* ottimale vedi M. Grillo, *L'ottimalità delle sanzioni antitrust*, Relazione presentata alla Conferenza su Analisi Economica e Diritto Amministrativo, Venezia 28-29 Ottobre 2006.

¹³ La *Section 4* del *Clayton Act* del 1914 dispone quanto segue: «*Any person, whether an individual or a business entity, injured by conduct in violation of the antitrust laws, may sue to recover treble damages, costs of suit, and a reasonable attorney's fees*». La previsione del danno triplo risale alla redazione dell'originale *Sherman Act* del 1890 (*Section 7*). Il modello di riferimento del legislatore statunitense del 1890 era stato lo *Statute of Monopolies* promulgato dal Parlamento Inglese nel 1623. Quest'ultimo prevedeva sia i *treble damages* sia i *double cost*.

¹⁴ Dato riportato da K. Hilton, *op.cit.*, 57 ss. Diversa era la situazione negli anni immediatamente successivi alla promulgazione dello *Sherman Act* (e successivamente del *Clayton Act*). In 40 anni, infatti, e cioè dal 1899 al 1939, si erano registrati solo 157 "*treble-damage actions*" (dati riportato da J. M. Jacobson, *Contribution Among Antitrust Defendants: A Necessary Solution to a Recurring Problem*, in 32 U. FLA. L. REV, 1980, 219 n.14 (1980), il quale a sua volta cita *Antitrust Advisor* 682 (rev. ed. 1978), ma vedi anche J. D. Guilfoil, *Private Enforcement of U.S. Antitrust Law*, in 10 *Antitrust Bull.*, 1965, 750). Le ragioni dello scarso utilizzo iniziale e

ficiente *overdeterrence* dei comportamenti¹⁵ (in ragione di ciò, alcuni autori hanno, ad esempio, proposto di utilizzare meccanismi di duplicazione anziché di triplicazione dei danni¹⁶, e attualmente l'*Antitrust Modernization Commission*¹⁷ sta valutando l'opportunità di ampliare i margini di discrezionalità delle Corti nel concedere o meno la triplicazione).

Nell'occuparsi nel rimedio risarcitorio, oltre oceano ci si chiede anche se sia "*più efficiente*" consentire la c.d. *pass-on defence* (eccezione di trasferimento), che permette all'autore della violazione della disciplina antitrust di

del successivo uso diffuso dello strumento sono analizzate da J. M. Jacobson – T. Greer, *Twenty-one Years of Antitrust Injury: Down the Alley with Brunswick v. Pueblo Bowl-o-mat*, in 66 *Antitrust Law Journal*, 1998, 273.

¹⁵ Ritiene che i *treble damages* non siano adeguati rispetto ad ogni tipo di violazione antitrust, D.I. Baker, *Revisiting History – What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend to Others?*, in *Loyola Consumer Law Review*, 2004, 385. Per K. Hilton, *op.cit.*, 60: «*Determining whether the trebling rule over- or under- deters requires empirical research on the frequency of private antitrust claims, the types of claims (per se, rule of reason), and the level of damage awards. The mere fact that damages are trebled does not imply overdeterrence*». Sugli attacchi in generale al *Private Enforcement* negli Stati Uniti cfr. S. W. Waller, *Towards*, cit., 372.

¹⁶ Cfr. M. Polisky, *Detrebling Versus Decoupling Antitrust Damages: Lessons from the Theory of Enforcement*, 74 *Georgetown Law Journal* 1231 (1986); ma vedi anche W. Schwartz, *An overview of Antitrust Enforcement*, 68 *Georgetown Law Journal* 1075 (1980).

¹⁷ L'*Antitrust Modernization Commission* è stata istituita con l'*Antitrust Modernization Commission Act* del 2002, Pub. L. No. 107-273, §§ 11051-60, 116 Stat. 1856. La Commissione ha il compito di: «(1) *to examine whether the need exists to modernize the antitrust laws and to identify and study related issues*; (2) *to solicit views of all parties concerned with the operation of the antitrust laws*; (3) *to evaluate the advisability of proposals and current arrangements with respect to any issues so identified*; and (4) *to prepare and submit to Congress and the President a reports*».

eccepire al soggetto leso di avere limitato le perdite attraverso il trasferimento della maggiorazione di prezzo sui clienti, legittimando allo stesso tempo gli acquirenti indiretti ad agire, o se, invece, negare l'eccezione di trasferimento escludendo, però, la legittimazione ad agire degli acquirenti indiretti (che hanno subito la maggiorazione finale del prezzo). Ci si chiede, in altre parole, se sul piano della *deterrence* sia preferibile che ad agire siano i (pochi ma più forti) acquirenti diretti o i (molti ma deboli) acquirenti indiretti¹⁸.

Ed ancora, ci si domanda se imporre a chi ha violato la disciplina antitrust di restituire il guadagno illecito possa essere utile sul piano della *deterrence*, o come coniugare in modo efficiente i c.d. *leniency programm* dell'*Antitrust Division of the US Department of Justice* con l'azione di danni¹⁹.

Come si può agevolmente notare, il problema dell'uso del *Private enforcement* della disciplina antitrust come modo per ottenere l'ottimo di *deterrence* non coincide, quanto meno non del tutto e non necessariamente, con quello, a noi tradizionalmente più familiare, del modo attraverso il quale garantire la compensazione ai soggetti lesi.

La non sovrapponibilità dei due profili sembra essere sufficientemente chiara nella letteratura economica.

¹⁸ Sul punto vedi le interessanti considerazioni dell'*American Antitrust Institute. Working Group on Civil Remedies*, Commenti sul progetto dell'*Antitrust Modernization Commission* del 10 luglio 2006, in <<http://www.antitrustinstitute.org/recent2/519.cfm>>.

¹⁹ Sul punto cfr. S. W. Waller, *Towards*, cit., 376-377.

Si è detto, ad esempio, a chiare lettere che «*from the point of view of efficient deterrence, compensation is not an issue: what matters is that the potential offender expects a financial penalty, not whether the money goes to the state (as a fine) or to the victims of the offence (as damages). Society may value compensation, though, for reasons of fairness*»²⁰.

Ciò, però, non significa che negli Stati Uniti non si sia prestata attenzione anche al diverso profilo della compensazione. Si può, anzi, dire che le elaborazioni dottrinali sul punto (mi riferisco soprattutto a quelle in materia di *antitrust injury*) – come si vedrà meglio nel corso dell'indagine – risultano particolarmente interessanti e certamente utili per comprendere alcuni aspetti ancora da noi non del tutto chiari.

Né significa che non possano individuarsi margini di intersezione fra i due profili sopra individuati. Si può pensare, infatti, che meccanismi considerati tradizionalmente “compensatori” e non “sanzionatori” possano svolgere – quanto meno anche – un ruolo di *deterrence*.

Garantire il risarcimento del danno ai soggetti lesi, ad esempio, può essere anche un modo per raggiungere il livello di *deterrence* ottimale. Ed è proprio questo quello a cui dichiaratamente pensa gran parte della dottrina statunitense.

²⁰ W. Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, Kluwer, 2002, 21.

3. *L'influenza dell'esperienza statunitense sull'attuale dibattito europeo. Obiettivo della ricerca: contribuire a svelare il nesso fra il modo attraverso il quale è organizzato nel nostro ordinamento il rimedio risarcitorio e la funzione cui esso assolve.*

Il dibattito sviluppato oltre oceano sta esercitando una forte influenza sull'attuale discussione europea in materia di *Private Enforcement* del diritto antitrust comunitario.

In primo luogo, anche da noi la duplice questione del ruolo che può essere attribuito ai privati al fine di raggiungere l'ottimo di *deterrence* e del rapporto che può instaurarsi fra meccanismi "compensatori" e funzione "sanzionatoria", ha cominciato ad attirare – come in parte si è già detto – l'attenzione sia delle istituzioni comunitarie che della dottrina.

In secondo luogo, la griglia di questioni che anima, per l'appunto, il dibattito sul c.d. *Private Enforcement* è selezionata, sia dalle istituzioni comunitarie che dalla dottrina, proprio a partire dall'esperienza statunitense. In altre parole, anche se l'Europa non sembra andare esattamente nella stessa direzione degli Stati Uniti²¹, egualmente si può dire che la stessa è condizionata dal modo in cui le varie questioni sono state viste e trattate negli Stati Uniti.

²¹ Per S. W. Waller, *Towards*, cit., 368: «*It is most ironic that the United States is seeking to restrict those rights of actions precisely at the same time that most of the rest of the world is seeking to expand private rights of actions to supplement existing public enforcement regimes.*».

In relazione al primo punto, ad esempio, la Commissione²², nel già citato Libro Verde sulle Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie del 19 dicembre 2005, espressamente dichiara che: «Le azioni per il risarcimento del danno per violazione della disciplina antitrust rispondono ad un duplice obiettivo: in primis, risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e, in secondo luogo, assicurare, attraverso la disincentivazione delle condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia delle norme antitrust previste dal trattato, contribuendo così in modo significativo al mantenimento di una concorrenza effettiva nella Comunità (deterrenza)» (punto 1.1).

La Commissione, inoltre – come si dirà meglio in seguito – appare pronta a discostarsi dal modello civilistico tradizionale (almeno nei paesi di *civil law*), che organizza il rimedio risarcitorio in chiave di “compensazione”, a favore di un modello proiettato sulla “funzione di deterrenza e/o sanzionatoria” (mi riferisco, in particolare, alla possibilità prospettata, nell’opzione *sub* 16,

²² Il *Private Enforcement* è stato fortemente voluto dal Commissario Monti (cfr. *Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation*, IBA 8th Ann. Comp. Conf., Fiesole, 17.09.2004 in <<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/04/403&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>). Anche l’attuale Commissario Kroes sembra essere orientata in tale senso (cfr., da ultimo, N. Kroes, *The Green Paper on antitrust damages actions: empowering European citizens to enforce their rights*, discorso presentato al Parlamento Europeo, Brussels, il 6.6.2006, in <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/speech_06062006.pdf>).

di addivenire, in caso di cartelli orizzontali, ad una quantificazione “doppia” del danno, e a quella, prospettata nell’opzione *sub* 17, di far maturare gli interessi a partire dalla data della violazione della disciplina antitrust invece che da quella del pregiudizio).

La dottrina, a sua volta – come si diceva – ha avviato una vivace discussione sull’opportunità di sostenere o meno la posizione della Commissione in punto di *Private Enforcement*.

Il dibattito registra una forte convergenza di vedute rispetto all’idea secondo la quale l’attuale misura dell’*enforcement* sia subottimale²³ (e ciò sia in ragione del limite del 10% del fatturato totale realizzato durante l’esercizio sociale precedente nella quantificazione dell’ammenda²⁴, sia in ragione dei mezzi insufficienti a disposi-

²³ W. Wils, *Should Private Antitrust Enforcement*, cit., 485; J. Pheasant, *Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: The European Commission’s Green Paper*, in *ECLR*, 2006, 365.

²⁴ Il secondo comma dell’art. 23 del Regolamento 1/2003 dispone: “La Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende alle imprese ed alle associazioni di imprese quando, intenzionalmente o per negligenza:

- a) commettono un’infrazione alle disposizioni dell’articolo 81 o dell’articolo 82 del trattato; oppure
- b) contravvengono a una decisione che disponga misure cautelati ai sensi dell’articolo 8; oppure
- c) non rispettano un impegno reso obbligatorio mediante decisione ai sensi dell’articolo 9.

Per ciascuna impresa o associazione di imprese partecipanti all’infrazione, l’ammenda non deve superare il 10 % del fatturato totale realizzato durante l’esercizio sociale precedente.

Qualora l’infrazione di un’associazione sia relativa alle attività dei membri della stessa, l’ammenda non deve superare il 10 % dell’impor-

zione delle Autorità Pubbliche, sia in ragione dell'assenza di sanzioni penali), mentre non raggiunge livelli di unanimità circa la strada attraverso la quale raggiungere l'ottimo di *deterrence*.

Da un lato, infatti, c'è chi ritiene che la via preferibile sia quella del rafforzamento del *Public Enforcement*, e ciò, principalmente, in ragione sia dei costi inferiori dello strumento pubblicistico, sia della maggiore pregnanza dello stesso nella fase dell'investigazione e della scoperta degli illeciti e sia per la maggiore probabilità di giungere per tale via ad individuare la misura della sanzione che più si avvicina all'ottimo livello di *deterrence*²⁵.

Dall'altro c'è, invece, chi ritiene, come la Commissione, che l'unica via praticabile sia quella del *Private Enforcement*, e ciò perché i fondi da destinare alla *DG-Competition* non possono essere illimitati e, inoltre, perché evi-

to del fatturato totale di ciascun membro attivo sul mercato coinvolto dall'infrazione dell'associazione”.

Al fine dichiarato di aumentare l'effetto di deterrenza (ma sempre rispettando i limiti indicati dal sopra riportato art. 23, secondo e terzo comma) la Commissione ha modificato i Criteri guida per il calcolo delle ammende adottati nel 1998 pubblicando i nuovi “Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, (in *Gazzetta Ufficiale dell'UE*, C 210/2, del 1.9.2006).

²⁵ W. Wils, *Should Private Antitrust Enforcement*, cit., 480 e *passim*. Secondo l'autore: «*Public enforcement is inherently superior over private enforcement, for three sets of reasons .. : Firstly, public enforcement benefits from more effective investigative and sanctioning powers. Secondly, as private enforcement is driven by the private profit motive, it systematically diverges from the general interest. Thirdly, private enforcement is more costly than public enforcements.*».

denze empiriche fanno ritenere che lo strumento privatistico sia più veloce e meno costoso²⁶. Secondo questa impostazione il rimedio privatistico potrebbe riuscire a far emergere l'illecito in tutti quei casi in cui le autorità “pubbliche”, o perché assorbite da altre priorità o in ragione della carenza di risorse finanziarie e umane, non riescono ad intervenire.

Non si può negare che le due questioni – quella del tipo di rimedio preferibile, se pubblicistico o privatistico, sotto il profilo dell'efficienza e quella del rapporto fra rimedio risarcitorio e funzione “sanzionatoria” – siano estremamente complesse e necessitino di indagini approfondite. Sembra, dunque, impossibile trattarle entrambe in questa sede.

In questa lavoro, pertanto, non si prenderà posizione su quale possa essere la via, se quella del rafforzamento del *public enforcement* o piuttosto quella del *private enforcement*, attraverso la quale sia meglio raggiungere l'ottimo livello di *deterrence*.

Sul punto si può solo invitare chi si accinga a studiare il tema a riflettere sul diverso peso che può giocare lo strumento privatistico in relazione ai diversi tipi di violazione della disciplina antitrust.

Si pensi, ad esempio, a quanto poco spazio possa esserci per lo strumento risarcitorio nell'ipotesi in cui più

²⁶ C. Jones, *op.cit.*, 22; E. Tardella, *Lo sviluppo del Private Enforcement: la sfida futura per una più efficace ed estesa applicazione delle norme comunitarie antitrust ... nel segno lasciato da Monti*, in *Economia e politica industriale*, 2004, 171. Ma vedi anche C. Diemer, *The Green Paper on Damages Actions for Breach of the Ec Antitrust Rules*, in *ECRL*, 2006, 311.

imprese si accordino per non fare ricerca in un determinato settore, o si accordino per ritardare l'immissione di un prodotto sul mercato.

Supponiamo, infatti, che più imprese produttrici di ferri da stiro (o di altro) vengano a patti per non farsi per un anno concorrenza sul piano della ricerca scientifica. Tralasciando l'aspetto teorico, ci si può chiedere quanto sia plausibile sul piano concreto che i soggetti che non hanno potuto beneficiare dell'eventuale nuovo prodotto riescano, quale che sia la facilitazione che si voglia loro offrire sul piano processuale o sul piano della quantificazione doppia o tripla, ad ottenere un risarcimento del danno.

Ed ancora, supponiamo che sia stato inventato un ferro da stiro più agevole e che le imprese con grandi scorte del vecchio modello si accordino per ritardare di sei mesi l'immissione sul mercato del nuovo ferro. È credibile, di nuovo, che i privati riescano in questo caso ad ottenere il risarcimento dei danni?

Ciò che si vuol dire è che se si accetta che in materia di antitrust la maggior parte degli effetti che si intendono prevenire si produce in forme "complesse e sofisticate", che si ripercuotono su un insieme molto ampio di soggetti²⁷, spesso difficilmente identificabili²⁸, e, so-

²⁷ Così M. Grillo, *L'ottimalità*, cit., 8. Grillo usa le osservazioni riportate nel testo per giungere a sostenere che il ruolo dell'*enforcement* privatistico, nel diritto della concorrenza, non possa che essere limitato (sul punto vedi *infra* nel testo). L'autore citato, però, aggiunge una considerazione, in merito al rapporto fra danno alla concorrenza e danno ai concorrenti (che spingerebbe sempre verso un *enforcement* ad opera del sogget-

prattutto, in tempi anche lunghi o molto lunghi, non si potrà che giungere a ritenere non solo che l'attuazione effettiva delle norme antitrust debba essere essenzialmente affidata (perlomeno anche) al soggetto pubblico²⁹ ma che occorre estrema cautela persino nell'attri-

to pubblico), che desta alcune perplessità. L'affermazione di Grillo a cui mi riferisco è la seguente: «Nel caso del diritto antitrust, la maggior parte degli effetti che si intendono prevenire si producono in forme complesse e sofisticate e, soprattutto, si ripercuotono su un insieme molto ampio di soggetti. *Inoltre, la concorrenza è sempre potenzialmente associata a un "danno" nei confronti dei terzi concorrenti; ma il danno che il diritto della concorrenza vuole controllare ed evitare non è quello sopportato dai concorrenti, bensì la eventuale riduzione del benessere sociale. Per tali ragioni, il ruolo dell'enforcement privato del diritto della concorrenza è comunque limitato ed è necessario che l'attuazione effettiva delle norme antitrust sia essenzialmente affidata al soggetto pubblico, evitando il rischio che il loro ambito si riduca a quello, improprio, di un diritto "tra i concorrenti"*» (il corsivo è mio). Se con questa affermazione si vuol dire che non sempre la modifica nella distribuzione della ricchezza determina problemi di allocazione inefficiente e che, pertanto, ci sono conflitti fra privati che nulla hanno a che vedere con la disciplina antitrust, si può obiettare che l'osservazione è condivisibile ma essa nulla può dirci in merito alla preferenza verso l'un tipo o l'altro degli *enforcements* possibili. Se, invece, si vuol dire che la riduzione del benessere sociale preso in considerazione dalla disciplina antitrust non coincide, almeno non del tutto, con la distruzione di ricchezza che si appunta in capo ai concorrenti (potendo, per ipotesi, coinvolgere anche altri soggetti, non necessariamente identificabili soprattutto tenendo conto del protrarsi nel tempo dell'effetto distorsivo), e che, pertanto, l'attribuzione del rimedio risarcitorio ai concorrenti da solo non potrebbe che rivelarsi insufficiente sul piano della *deterrence*, per le ragioni esposte nel testo, e nei limiti delle stesse, non si potrebbe che convenire con l'autore.

²⁸ W. Wils, *Should Private Antitrust Enforcement*, cit., 486 ss., ha utilizzato l'argomento della difficoltà di individuare le vittime per giungere a sostenere che non andrebbe incoraggiato l'uso dello strumento privatistico neanche per garantire la giustizia correttiva. La tesi in questi termini generali non può essere condivisa. Sul punto vedi *infra* capitolo IV.

²⁹ Così M. Grillo, *L'ottimalità*, cit., 8.

buzione di un ruolo ancillare al *Private Enforcement* ai fini del raggiungimento dell'ottimo di deterrenza. Ed invero, per quanto si immaginino strumenti di facilitazione nell'accesso al rimedio risarcitorio e quale che possa essere l'organizzazione dello stesso sul piano della quantificazione e conseguentemente della funzione, si avranno ipotesi in cui tale rimedio potrà giocare un ruolo di *deterrence* decisamente limitato o addirittura nullo. Scegliere di rafforzare l'*enforcement* privatistico a fronte di quello pubblicistico, pertanto, significa accettare che alcuni tipi di illeciti possano essere scoraggiati inevitabilmente più di altri e ciò a prescindere dalla perdita di benessere sociale che essi possono determinare.

Come si diceva sopra, in questa sede, in relazione al profilo del tipo di *enforcement* da preferire, non ci si può che limitare alle superiori osservazioni.

Il presente studio si propone, invece, di avviare una riflessione sul rapporto fra le regole "poste" in materia di risarcimento e la funzione cui esso ha tradizionalmente assolto. Solo comprendendo fino in fondo tale rapporto, infatti, si può pensare di addivenire ad eventuali riforme che costruiscano un sottosistema coerente (che, cioè, organizzino la struttura del rimedio in relazione alla funzione cui si pretende che esso assolva). In altre parole, nel corso del presente studio si cercherà di comprendere se alcune delle regole che positivamente disciplinano il rimedio risarcitorio (si pensi, solo ad esempio, all'art. 1227, secondo comma, c.c.) possano risultare non in linea con un eventuale funzione sanzionatoria che si volesse ricollegare allo stesso.

4. (segue) *Ulteriore obiettivo della ricerca: chiarire come la diversa base istituzionale che caratterizza da un lato il sistema comunitario e italiano e dall'altro quello statunitense possa incidere sull'impostazione dei problemi di cui ci si occupa.*

Come si è già detto, la griglia di questioni che anima il dibattito sul c.d. *Private Enforcement* è selezionata, sia dalle istituzioni comunitarie che dalla dottrina, proprio a partire dall'esperienza statunitense. In altre parole, la disciplina statunitense influenza in modo forte il modo in cui gli argomenti vengono trattati.

Si prenda ad esempio il modo in cui viene affrontato, nel già citato Libro Verde, dalla Commissione il problema del *pass-on defence*.

La questione che si pone – ci dice la Commissione – è quella del “trattamento giuridico di un'impresa che, effettuando acquisti da un fornitore che pone in essere un comportamento anticoncorrenziale, potrebbe limitare le proprie perdite economiche trasferendo la maggiorazione di prezzo sui propri clienti. I danni causati dal comportamento anticoncorrenziale potrebbero quindi ripercuotersi sulla catena di distribuzione o addirittura essere sopportati interamente dall'ultimo acquirente”.

Rispetto a tale questione la Commissione propone di scegliere fra quattro opzioni (numerate da 21 a 24), che corrispondono in larga parte a quelle sulle quali si discute negli Stati Uniti: 1) ammettere l'eccezione di trasferimento e consentire la legittimazione ad agire tanto all'acquirente diretto che a quello indiretto; 2) non ammettere l'eccezione di trasferimento e consentire al so-

lo acquirente diretto la legittimazione ad agire; 3) non ammettere l'eccezione di trasferimento e consentire la legittimazione ad agire tanto all'acquirente diretto che a quello indiretto; 4) organizzare una procedura in due fasi, in cui l'eccezione di trasferimento non risulti ammessa, l'autore della violazione possa essere convenuto da chiunque abbia subito un danno e la maggiorazione di prezzo venga ripartita tra tutte le parti lese in una fase successiva.

La Commissione, come si può agevolmente notare, non prende in considerazione, neanche incidentalmente, la possibilità che non di risarcimento del danno si tratti bensì di restituzione del "di più" pagato in virtù di una clausola nulla (vedi *infra*). Eppure, come si vedrà meglio in seguito, in Europa da tempo viene prospettata quest'ultima possibilità. È evidente che l'eccezione di trasferimento non potrebbe in alcun modo essere invocata qualora si accogliesse l'ultima prospettiva.

E non sembra si possa sostenere che l'atteggiamento della Commissione discenda da una meditata analisi della base istituzionale dei singoli ordinamenti e di conseguenza da una precisa scelta a favore del rimedio risarcitorio anziché quello invalidativo. Semplicemente non si considera che i problemi possono essere affrontati, tenendo conto della diversa base istituzionale, in modo diverso rispetto a quanto avviene negli Stati Uniti (che poi l'impostazione dominante oltre oceano sia quella più corretta tenendo conto del sistema lì dato è problema che non può essere qui in alcun modo affrontato).

La Commissione inoltre, pur tenendo conto dei diversi tipi di mercati e, di conseguenza, delle diverse possibilità di dar luogo ad un trasferimento del sovrapprezzo³⁰, non prende assolutamente in considerazione la possibilità che, laddove l'acquirente diretto operi come monopolista o sia in posizione dominante, l'acquirente finale possa agire nei suoi confronti. Eppure, ancora una volta, questa possibilità in Europa era stata avanzata tenendo conto dell'esistenza dell'art. 82, § 2, lett. a) del Trattato CE, o addirittura del riconoscimento di un principio più generale che garantirebbe "una sorta di diritto degli operatori economici a veder praticati soltanto prezzi concorrenziali"³¹. Non importa se la tesi riferita (per altro citata nel Rapporto Ashurst³²) fosse o non corretta, se lo fosse totalmente o solo in parte, se fosse idonea a risolvere tutti i problemi del trasferimento del danno o non, ciò che si vuol qui denunciare è lo scarso rilievo che la Commissione tributa non solo all'esistenza di prospettive ricostruttive diverse da quelle di origine statunitense ma soprattutto all'esistenza di

³⁰ L'allegato al Libro Verde fa espresso riferimento al Rapporto economico (*Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages*) del già citato studio preparato da Ashurst per la Competition DG, in cui vengono presi in considerazione i diversi modelli economici di misurazione dell'impatto del *passing on* e in cui si tiene conto dei diversi mercati in cui possono operare sia gli operatori intermedi sia quelli finali. La Commissione non sembra tenere in adeguata considerazione l'eventualità che il soggetto che trasferisca il sovrapprezzo perda competitività.

³¹ Vedi, ad esempio, A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Giuffrè, 1996, 328 ss.

³² Cfr. *Italy Report*, 34.

dati che potrebbero essere peculiari del sistema comunitario (si pensi a quanto disposto, per l'appunto, dall'art. 82, § 2, lett. a) del Trattato).

L'atteggiamento descritto potrebbe dar luogo a riforme disarmoniche rispetto al sistema dato (comunitario e nazionale).

Sembra utile, pertanto, avviare una riflessione su come la diversa base istituzionale, che caratterizza da un lato il sistema comunitario e italiano e dall'altro quello statunitense, possa incidere sull'impostazione (almeno di alcuni) dei problemi di cui ci si occupa.