



DANNO ANTITRUSTE CONSUMATORE. ANALISI COMPARATISTICA DELLA NORMATIVA EUROPEA IN ITALIA, FRANCIA E GRAN BRETAGNA¹

ELISABETTA CORAPI

SOMMARIO: 1. Introduzione. -2. Il danno *antitrust* -3. L' ambito di applicazione della normativa europea. -4. Il *Public e private antitrust enforcement* -5. La traslazione danno sul consumatore. -6. *Les actions de suivi en réparation des dommages de concurrence* -7. *The disclosure of leniency materials in private antitrust litigation* -8 La direttiva sulle azioni per il risarcimento del danno *antitrust*. Conclusioni.

Abstract: *The use of European legislation on antitrust damages through public action (so-called public antitrust enforcement) aims to produce a "deterrent" effect of abusive conduct of undertakings. This effect is completed/ supported also by any possible proposition by the consumers in the form of an independent private action, individual or collective, with a mainly "compensatory" function, that is with the purpose to request the nullity of the contract "downstream", to obtain compensation for damages and to adopt precautionary measures. Such action (so-called private antitrust enforcement) is based on the assumption of the direct applicability of Articles 101 and 102 TFEU. The finding of a lack of harmonization in this discipline and therefore the different level of consumer protection within the single Member States as well as the limited use of private actions have led United Kingdom to question the subject of disclosure, as well as the material object of leniency programs, France to introduce in 2014 the Loi Hamon, which also governs les actions de suivi en réparation des dommages de concurrence and finally the European Parliament to approve in April 2014 the proposal for a directive on actions for antitrust damages. This directive is intended to remove barriers to these actions by simplifying access to evidence and evidence disclosure, reinforcing the value of the decisions taken by the Competition Authorities and then used in civil lawsuits. Starting from this discipline and considering it in the light of the Lisbon Treaty, the present work is focused on the analysis in a comparative perspective of: the effects of such legislation within the scope of market and consumer in the Italian, English and French law; contractual and procedural remedies currently proposed in the European system (including class actions, settlement and alternative tools for dispute resolution) and the influence that the enforcement of European antitrust law on "downstream" contracts stipulated by the Italian consumers.*

¹ Il presente lavoro è il testo della relazione svolta il 30 maggio 2014 al "IV° Colloquio biennale dei giovani comparatisti" tenutosi presso l'Università Europea di Roma.



1. La disciplina antitrust in Europa si trova all'interno del sistema di valori costituzionalmente garantiti e trova una sua spiegazione nel concetto di "utilità sociale" svolgendo la funzione di strumento di bilanciamento degli interessi individuali e di quelli collettivi per il corretto funzionamento del mercato².

L'equilibrio di interessi contrapposti nel mercato, insieme con la specifica tutela del consumatore, costituiscono una delle principali linee guida dell'orientamento del legislatore europeo nella produzione della normativa in tema di tutela del consumatore leso dal comportamento anticompetitivo delle imprese³.

Tale normativa, anticipata peraltro da alcune sentenze della Corte di Giustizia europea⁴ è contenuta principalmente nel Libro Bianco del 2008 in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie⁵, nel Libro Verde del 2005 sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie⁶ e nel Regolamento 1/2003⁷.

² Sul tema si veda OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. Dir. civ.*, 4, 2012, p. 510, ove si afferma testualmente che "la giustificazione e il fondamento costituzionale della disciplina *antitrust* vanno dunque ricercati altrove, nella disciplina dei limiti esterni che possono essere imposti all'iniziativa economica dei privati in nome di un superiore interesse generale e segnatamente nel concetto di *utilità sociale* richiamato nel secondo comma dell'art. 41 Cost".

³ Sul tema, stante il vasto interesse della dottrina, si riporta in modo non esaustivo: ARESU, *Optimal contract reformation as a new approach to private antitrust damages in cartel cases*, in *Eu. Law Rev.*, 2010, 35 (3), 349; BENACCHIO - CARPAGNANO, *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Atti del Convegno di studio tenuto presso la facoltà di giurisprudenza di Trento, 8-9 maggio 2009, Padova, 2009; KLOUB, *White paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules: plea for a more holistic approach to antitrust enforcement*, in *European Competition Journal*, 2009, 5.2, 515; GERBER, *Global Competition*, Oxford, 2010; KOMNINOS, *Decentralised application of EC competition law by national courts*, Portland, 2008; MAUGERI- ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009; PROSPERETTI, *Il libro bianco della Commissione europea sul danno antitrust: qualche osservazione dal punto di vista economico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2009, 633; WITT, *The Commission's Guidance Paper on Abusive Exclusionary Conduct- More radical than it appears?*, in *Eu. Law Rev.*, 35, 2010, 214.

⁴ In questo senso si ricordano i casi "Courage e Crehan" (sentenza della Corte di Giustizia del 20 settembre 2001 nella Causa C-453/99) e "Manfredi" (sentenza della Corte di Giustizia del 13 luglio 2006, nelle Cause riunite C-295-298/04) ove si sancisce il principio secondo il quale la nullità di un accordo o di una pratica anticompetitiva può essere invocata in giudizio da chiunque e si impone al giudice nazionale quando ricorrono i presupposti per l'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza. La Corte di Giustizia ha risolto la questione ancorando la propria argomentazione alla consolidata giurisprudenza in materia di effetti diretti e di effetto utile dell'articolo 81 n. 1 CE, riconoscendo a qualsiasi soggetto danneggiato da un illecito antitrust la legittimazione a farne valere in giudizio la violazione; ad invocare la nullità di una pratica vietata da tale articolo ed a chiedere il risarcimento del danno subito.

⁵ COM (2008) 165, in www.ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files/white_paper/whitepaper_it. Per una completa rassegna di legislazione e giurisprudenza: www.ec.europa.eu/competition/index e www.osservatorioantitrust.eu/index.

⁶ Nel Libro Verde, COM (2005) 672, in www.ec.europa.eu/competition/ si ribadisce il principio secondo cui le azioni risarcitorie promosse dai privati presso i giudici nazionali per la violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE svolgono un ruolo importante nell'applicazione del diritto antitrust comunitario. Queste



Malgrado questo tentativo del legislatore europeo di “modernizzare” le politiche concorrenziali⁸ rendendo nel contempo maggiormente effettiva la tutela giurisdizionale del consumatore, si però è riscontrato all’interno dei singoli Stati membri, un limitato utilizzo di tali regole ed in particolare di quelle relative all’applicazione di norme *antitrust* all’interno di controversie civili promosse da privati⁹.

azioni si affiancano e completano l’applicazione di tale normativa da parte delle autorità di concorrenza e risultano indispensabili al fine di garantire una effettiva tutela dei diritti conferiti dal Trattato. In questo si considera, inoltre, come l’effetto deterrente della normativa comunitaria in materia di concorrenza sia significativamente pregiudicato dagli ostacoli procedurali che, a livello nazionale, si frappongono all’introduzione di azioni risarcitorie per danni derivanti dalla violazione del diritto antitrust. In proposito WAELBROEK- SLATER, *The Commission’s Green Paper on private enforcement: “Americanization” of EC Competition Law Enforcement?*, in EHLERMANN- ATANASIU, *European Competition Law Annual 2006: enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford, 2006, 429.

⁷ Il regolamento 3/2003, ove si stabilisce che le norme *antitrust* dell’UE debbano esercitare un effetto diretto in quanto conferiscono ai singoli individui dei diritti, quali diritto al risarcimento dei danni, che possono essere fatti valere davanti ai tribunali nazionali (c.d. attuazione privata) è rinvenibile in www.ec.europa.eu/competition.

⁸ In generale sul tema della “modernizzazione”: BOURGEOIS – HUMPE, *The Commission’s Draft “New Regulation 17”*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 43; GENTILE, *La svolta di inizio millennio del diritto comunitario della concorrenza: il nuovo approccio economico, la semplificazione delle norme, la cooperazione internazionale e la modifica del regolamento 17/62*, in *Contratto e impresa/Europa* 2000, 557; GERBER – CASSINIS, *The “Modernisation” of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement*, in *European Competition Law Review*, 2006, Part I, 10 e Part. II, 51; GHEZZI, *Il libro bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e Mercato* 2000, 175; MONTI, *The Modernisation of EC Antitrust Policy*, in *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy* (acura di EHLERMANN A- ATANASIU), The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Firenze, 2001, p. 3; PACE, *Diritto europeo della concorrenza – Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, 2007; PERA - FALCE, *The modernization of EC Competition law and the role of National competition authorities - Revolution or evolution?*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2003, 433; VENIT, *Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2003, 545.

⁹ Sull’operatività e gli ostacoli dell’ *antitrust* (*private* e *public*) all’interno dei singoli Stati membri si segnala inoltre l’*Ashurst Report* del 2004 (disponibile in www.ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative), in base al quale la Commissione ha tratto le basi per la preparazione del Libro Verde del 2005 ed il Libro Bianco del 2008. In proposito è stato messo in luce come “*after the major comparative Ashurst study on the development of damages claims in the 25 Member States the Commission laid a causal link between the low degree of litigation resulting in much of the harm caused by anti-competitive practices remaining uncompensated, and the disparities in the tort and procedural laws of the Member States. This causal link was clearly stated in both the Green Paper of 2005 and the White Paper of 2008. In both documents the Commission concluded that the exercise of the right to damages in Europe is still facing considerable hurdles because the “traditional tort rules of the Member States, either of a legal or procedural nature, are often inadequate for actions for damages in the field of competition law, due to the specificities of actions in this field.” In addition, the different approaches taken by the Member States can lead to differences in treatment and to less foreseeability for the victims as well as the defendants, i.e. to a high degree of legal uncertainty. The Commission established a similar line of argumentation in the Report on the Functioning of Regulation 1/2003 and its accompanying Staff Working Paper, indicating that it is necessary to assess the potential problems related to the divergences of unilateral conduct rules, procedural rules and*



Queste constatazioni hanno indotto la Commissione europea a proporre nel dicembre 2013 l'adozione di una direttiva sulle azioni per il risarcimento del danno *antitrust*.

La direttiva, approvata dal Parlamento europeo il 17 aprile 2014¹⁰, ha lo specifico obiettivo di eliminare alcuni ostacoli che hanno reso difficile l'utilizzo di queste azioni da parte dei privati nei confronti delle imprese e di armonizzare la tutela dei consumatori contro l'illecito *antitrust*.

2. Le disposizioni comunitarie che disciplinano le fattispecie di danno *antitrust* oggetto della presente attenzione, sono gli artt. 101 e 102 T.F.U.E.

In particolare, l'art. 101 TFUE vieta le intese tra imprese "che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato". La nozione di intesa, rilevante ai fini dell'applicazione del divieto, ricomprende gli accordi tra imprese, le pratiche concordate, nonché le deliberazioni di associazioni di imprese, di consorzi e di altri organismi similari.

La norma, peraltro, esemplifica, in modo non esaustivo, le tipiche forme di intese anticoncorrenziali, ovvero: la fissazione dei prezzi o di altre condizioni contrattuali; la limitazione della produzione o degli accessi al mercato; la compartimentazione del mercato; la discriminazione delle condizioni commerciali applicate; l'imposizione di prestazioni supplementari estranee all'oggetto del contratto.

L'art. 102 TFUE vieta invece ogni abuso di posizione dominante nel mercato.

La disposizione normativa, tuttavia, non definisce la nozione di dominanza, né prevede criteri, quantitativi o qualitativi, in base ai quali accertare la sussistenza di una posizione dominante nel mercato; tali criteri nel diritto italiano¹¹, vengono comunque ricavati dalla consolidata prassi e giurisprudenza comunitaria, recepita in modo fedele

institutional matters and to explore alternative further actions", CSERES, *Comparing Laws in the Enforcement of EU and National Competition Laws*, in *European Journal of Legal Studies*, 3, 2010, p.28.

¹⁰ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 17 aprile 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD)) rinvenibile in www.osservatorioantitrust.eu

¹¹ La disciplina *antitrust* in Italia è contenuta nella legge 10 ottobre 1990 n. 287. In questa le fattispecie tipiche di un illecito *antitrust* sono individuate dall'art. 2 (relativo alle intese restrittive della concorrenza) e dall'art. 3 (relativo all'abuso di posizione dominante). La disciplina comunitaria *antitrust* è contenuta nel TFUE. In particolare, le disposizioni rilevanti ai fini dell'illecito *antitrust* sono gli artt. 101 (relativo alle intese restrittive della concorrenza) e 102 (relativo alle fattispecie di abuso di posizione dominante). Le disposizioni procedurali per l'applicazione degli articoli 101 e 102 sono contenute nel Reg. CE n.1/2003.



in ambito nazionale dall'Autorità della Concorrenza e del Mercato e dalle Corti nazionali¹².

Le condotte abusive si distinguono in: abusi di sfruttamento, vale a dire comportamenti con cui l'impresa dominante si limita a sfruttare il proprio potere di mercato nei confronti dei propri contraenti, al fine di estrarre profitti sopra competitivi (fattispecie tipiche di abuso di sfruttamento sono l'imposizione di prezzi eccessivamente gravosi, ovvero le pratiche discriminatorie nei confronti di controparti commerciali) e abusi di esclusione, quelle condotte commerciali finalizzate ad estromettere i concorrenti o aumentandone i costi di ingresso sul mercato, o addirittura precludendo loro gli sbocchi o gli approvvigionamenti con l'intento di monopolizzare il mercato ed estrarne rendite monopolistiche a danno dei consumatori¹³.

Pertanto, ai sensi dell'art. 101 TFUE, sono vietate le intese restrittive della libertà di concorrenza, ovvero tutte le possibili forme di coordinamento volontario tra le imprese, il cui oggetto o il cui effetto consiste nell'impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza. In questo ambito si ricomprendono tanto i cartelli veri e propri, ovvero accordi espliciti su elementi strategici della concorrenza, come per esempio i prezzi, quanto le pratiche concordate, ovvero forme di parallelismo conscio di comportamenti che non arrivano tuttavia a strutturarsi in cartelli.

3. L'applicazione delle norme *antitrust* europee rispetto a quelle nazionali avviene in funzione del criterio del "pregiudizio al commercio tra gli Stati Membri"¹⁴.

Tale assunto prevede che le intese restrittive della concorrenza e i comportamenti abusivi posti in essere da imprese in posizione dominante nel mercato vengano valutati ai sensi della normativa comunitaria e nazionale e che le norme comunitarie debbano essere applicate nei casi in cui la fattispecie ha potenzialmente un impatto sensibile sul commercio tra gli Stati membri.

La previsione dell'ambito applicazione del diritto *antitrust* comunitario solo alle pratiche anticoncorrenziali che siano in grado di arrecare pregiudizio al commercio tra Stati membri, ha costituito per molto tempo una delle cause della sua scarsa applicazione all'interno di numerosi Stati membri, tra cui l'Italia.

Come è stato autorevolmente evidenziato, "in un primo tempo, le Autorità comunitarie hanno interpretato tale requisito in senso stretto, escludendone la ricorrenza ogni qual volta il comportamento restrittivo esaurisse i suoi effetti

¹² CASTELLI, *Recenti interventi comunitari in materia di risarcimento del danno da violazioni di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 1198.

¹³ Per una rassegna della giurisprudenza italiana sulle condotte abusive: www.agcm.com

¹⁴ In proposito si veda la Comunicazione della Commissione su "Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Paesi dell'UE di cui agli articoli 81 e 82 del trattato" in GU C101 del 27/4/2004.



all'interno di un singolo mercato nazionale o in una parte sostanziale di esso. E' solo in tempi relativamente recenti, anche a seguito di alcune pronunce della Corte di Giustizia e dei chiarimenti forniti dalla stessa Commissione, che quest'ultima ha ritenuto di poter ravvisare il requisito in esame anche in relazione a comportamenti posti in essere all'interno di un solo Stato membro, purché idonei ad ostacolare il potenziale ingresso di nuovi concorrenti provenienti da altri Paesi, consentendo in tal modo alle Autorità ed ai Giudici nazionali di applicare direttamente il diritto antitrust comunitario¹⁵.

Un'altra possibile ragione che dello scarso utilizzo dell'applicazione della normativa europea *antitrust* è stato il meccanismo di esenzione dal divieto delle intese restrittive della concorrenza, ove la previsione della preventiva comunicazione dalla Commissione delle intese potenzialmente lesive, sospendeva l'accertamento dell'illecito da parte dei giudici nazionali, rendendo così molto lenta la procedura.

Tale meccanismo è stato peraltro superato con il Regolamento 1/2003 che prevede la competenza parallela nell'applicazione delle regole *antitrust* comunitarie da parte della Commissione europea, delle varie Autorità della Concorrenza e delle giurisdizioni nazionali e consente l'applicazione in parallelo delle norme nazionali, secondo le modalità e nel rispetto dei vincoli previsti dal principio del primato del diritto comunitario¹⁶. Tutto ciò implica una possibile sovrapposizione dell'attività dei due organi, i quali potrebbero pronunciarsi a diverso titolo e in tempi diversi sulla medesima fattispecie sostanziale.

In tali casi il Regolamento 1/2003 prevede alcune regole specifiche volte a regolare il rapporto tra le decisioni della Commissione Europea, quelle di un'Autorità nazionale di concorrenza e quelle di un organo giurisdizionale nazionale qualora si trovino ad applicare, anche in tempi diversi, le regole comunitarie *antitrust* ad una medesima fattispecie ma, non regola, invece, le competenze ed i rapporti riservati ai giudici ed alle Autorità nazionali all'interno dei singoli Stati membri, che devono essere pertanto lasciate al diritto interno di ciascuno Stato¹⁷.

¹⁵ Così testualmente: OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in, *Riv. Dir.civ.*, 4, 2012, p. 510

¹⁶ ADINOLFI – DANIELE – NASCIBENE – AMADEO, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza – Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007; PACE, *Diritto europeo della concorrenza – Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, 2007; TAVASSI, *Il regolamento CE n. 1/2003: verso una devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione Europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali* in *Rivista del commercio e degli scambi internazionali*, 2004, 315; TOSATO – BELLODI, *Il nuovo diritto della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004; WILS, *Regulation 1/2003: a reminder of the main issue*, in *Modernisation and enlargement: two major challenges for EC Competition* (a cura di GERADIN), Oxford, 2004, 28.

¹⁷ Sono tuttavia rinvenibili nel Reg.1/2003 delle linee guida, ovvero che: 1) i giudici debbano tutelare i diritti soggettivi, mentre le Autorità garanti agiscono invece per il pubblico interesse; 2) i giudici sono competenti ad applicare gli art. 101 e 102 TFUE e che 3) in forza dell'effetto diretto del diritto



Mentre, dunque, a livello comunitario i giudici nazionali sono tenuti a osservare la pregiudizialità amministrativa rispetto alle decisioni della Commissione (oltre che ad essere vincolati al rispetto della giurisprudenza della Corte di Giustizia), a livello nazionale, come ad esempio in Italia, essi non sono tenuti, a rispettare simili precedenze in nome dell'indipendenza del giudice civile rispetto al giudicato amministrativo¹⁸.

Proprio nel rispetto tale principio, in Gran Bretagna, ad esempio, l'*Office of Fair Trading*¹⁹ (che dal 1° aprile 2014 è stato sostituito nelle competenze *antitrust* dalla nuova *Competition and Market Authority*²⁰) nel tentativo di dirimere i problemi di coerenza ed uniformità che potrebbero derivare dalla proposizione di azioni private di danno *antitrust* davanti ai giudici ordinari, ha in passato auspicato che questi ultimi tengano in considerazione (“*have regard to*”) le decisioni delle Autorità preposte alla concorrenza, precisando però che “*give serious consideration to*” non deve essere inteso come “*the court is bound*”.

In Germania, invece, con la settima novella della Legge di Concorrenza (GWB) è stato previsto il carattere vincolante per il giudice nazionale tedesco di una decisione amministrativa definitiva di accertamento di una condotta anticompetitiva emessa dal *Bundeskartellamt* così come da ogni altra Autorità di uno degli Stati Membri dell'Unione Europea²¹.

In Francia, l'evoluzione della giurisprudenza dell'*Autorité* e del giudice ordinario, è stata parallela e separata, fermo comunque restando, che, ai sensi dell'art. 15 del regolamento 1/2003, le due giurisdizioni non sono completamente isolate tra loro. Infatti, qualora si trovi di fronte ad un caso di applicabilità di diritto europeo, il giudice ordinario ha l'obbligo di comunicare la sua decisione all'*Autorité*.²²

I problemi derivanti dall'attribuzione della competenza giurisdizionale sono da tempo allo studio da parte della Commissione Europea che si propone di individuare una soluzione che possa essere adottata a livello uniforme in tutti gli Stati Membri.

Tale studio, muove prevalentemente dalla constatazione che “il doppio binario di tutela” rappresentato dalla competenza parallela ad applicare le regole *antitrust* da un lato da parte della Commissione Europea e delle Autorità Nazionali di

comunitario possono riconoscere il risarcimento del danno conseguente alla violazione della normativa *antitrust*.

¹⁸ NAZZINI, *Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust. Sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, 97.

¹⁹OFT, *Discussion paper on Private actions in competition law: effective redress for consumers and business*, Aprile, 2007.

²⁰ <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority>

²¹ www.bundeskartellamt.de

²² IDOT, *La coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales en droit de la concurrence*, in *Rev. aff. eur.*, 2009/2010, 1, 59.



Concorrenza e dall'altro da parte delle giurisdizioni nazionali debba soprattutto essere concepito in una ottica di complementarietà²³.

Peraltro, in tale ottica di complementarietà ed al fine di aumentare l'efficienza del sistema, è stato previsto il rafforzamento dei meccanismi di cooperazione tra la Commissione e le autorità di concorrenza degli Stati membri²⁴ attraverso la creazione dell'*European Competition Network*²⁵ e la previsione, nei casi in cui un'Autorità nazionale agisca ai sensi degli articoli 101 e 102 del Trattato, dell'obbligo di informare e di consultare preventivamente la Commissione e dell'obbligo di fornire assistenza alla Commissione nei casi di accertamenti ispettivi effettuati o richiesti da quest'ultima all'interno del territorio nazionale.

4. L'utilizzo da parte dei privati delle norme *antitrust* in una controversia giudiziale (*private antitrust enforcement*) è una modalità di applicazione delle regole *antitrust* diversa da quella effettuata dalle varie Autorità della concorrenza a livello europeo o nazionale (*public antitrust enforcement*). Quest'ultime, infatti, agiscono a tutela dell'interesse pubblico alla concorrenza nel mercato, ove invece nel *private antitrust*

²³ Così testualmente l'art. 15, Reg.1/2003: "La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dovrebbero formare insieme una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione. A tal fine è necessario istituire dei meccanismi di informazione e di consultazione. La Commissione, in stretta collaborazione con gli Stati membri, stabilirà e sottoporrà a revisione altre modalità di cooperazione all'interno della rete". Tale articolo va messo in correlazione con il successivo art.16, nel quale si stabilisce che "Nonostante disposizioni nazionali contrarie, lo scambio di informazioni e l'utilizzo delle stesse come mezzo di prova dovrebbe essere consentito tra i membri della rete anche se le informazioni sono riservate. Tali informazioni possono essere utilizzate per l'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato così come per l'applicazione parallela della legislazione nazionale sulla concorrenza, purché questa ultima applicazione si riferisca allo stesso caso e non porti a un risultato diverso. Quando le informazioni scambiate sono utilizzate dall'autorità che le riceve per comminare sanzioni alle imprese, non dovrebbero sussistere altri limiti all'uso delle informazioni oltre all'obbligo di utilizzarle per lo scopo per le quali sono state raccolte, dal momento che le sanzioni comminate alle imprese sono dello stesso tipo in tutti gli ordinamenti. I diritti di difesa di cui godono le imprese nei vari ordinamenti possono essere considerati sufficientemente equivalenti. Per quanto riguarda le persone fisiche, invece, esse possono formare oggetto di tipi di sanzioni sostanzialmente diversi da un ordinamento all'altro. In tal caso è necessario garantire che le informazioni possano essere utilizzate soltanto se sono state raccolte in un modo che rispetta lo stesso livello di protezione dei diritti di difesa delle persone fisiche di quello previsto dalle norme nazionali delle autorità che le ricevono".

²⁴ SOUTY, *Répartition des pouvoirs entre autorités de concurrence: Approche comparée des pays du G7*, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, 2007, 201.

²⁵ D'ALBERTI, *La rete europea di concorrenza e la costruzione del diritto antitrust*, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, VI Convegno 13-14 maggio 2004, Treviso 2005, 35; DEKEYSER – JASPER, *A new era of ECN Cooperation – Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field*, in *World Competition – Law and Economics Review*, 2007, 5.



enforcement l'applicazione delle regole sulla concorrenza viene invece richiesta da un privato in un giudizio civile per la tutela di una situazione giuridica soggettiva che ritenga lesa da un comportamento anticoncorrenziale da parte delle imprese²⁶.

L'applicazione di queste norme da parte di un' Autorità pubblica (*public enforcement*) ha l'obiettivo di produrre un effetto "deterrente"²⁷ del comportamento abusivo, l'eventuale proposizione da parte dei consumatori di un'azione autonoma privata in forma individuale o collettiva (*private enforcement*)²⁸ svolge, invece, principalmente una funzione "risarcitoria"²⁹.

La circostanza che ci si riferisca ad azioni private di tutela attivate dalle "vittime", siano essi consumatori o imprese, denota che si tratta di strumenti integrativi e non sostituivi dell'azione pubblica di repressione degli illeciti *antitrust*, comunque svolta dalle Autorità preposte³⁰.

²⁶ In Italia la distinzione tra *private* e *public enforcement* è specificata, tra gli altri, nel caso "Merk-Principi Attivi", Tar Lazio, sez.I, n.1713/2006, ove si ricorda che "l'Autorità è un'istituzione nazionale cui è affidato il compito di perseguire l'interesse pubblico alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica, con l'incarico, espressamente attribuito dall'art.54 della legge n.52/1996, di applicare, a livello nazionale gli art. 81 e 82 CE" e si specifica che il *private enforcement* del diritto *antitrust* consiste nella "tutela dei diritti soggettivi dei singoli eventualmente lesi dalla violazione degli art. 81 e 82 CE", la cui competenza è del giudice ordinario, mentre invece il *public enforcement*, la cui competenza è attribuita all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è "finalizzato alla garanzia di un assetto concorrenziale del mercato, che, per costante giurisprudenza, costituisce un interesse pubblico la cui tutela ha rilevanza nazionale".

²⁷ Così testualmente nel Libro Verde del 2005: "Le azioni di risarcimento del danno per violazione della normativa *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)".

²⁸ In Italia, si veda la sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., n. 2207/2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1014 ss., con note di PALMIERI, PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori* e di SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*; in *Giur. it.*, 2005, 1675 ss., con nota di CANALE, *I consumatori e la tutela antitrust*; in *Danno resp.*, 2005, 956 ss. Nella decisione, pur ribadendosi che la disciplina della concorrenza nasce a "tutela della struttura e della logica competitive del mercato..." e che pertanto "oggetto immediato della tutela della legge non è il pregiudizio del concorrente...bensì un più generale bene giuridico", si ammette tuttavia che un illecito *antitrust* possa "ledere anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno, dell'autore" dell'illecito stesso.

²⁹ Il principio del "*private enforcement*" viene fatto risalire al 1963 (KLOUB, *White paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules: plea for a more holistic approach to antitrust enforcement*, in *European Competition Journal*, 2009, 5.2, 515), ma lo sviluppo e le linee distintive dell'attuale dibattito trovano origine nel caso "Courage" (C-453-/99) [2001] ECR I-6297 e nel caso « Manfredi » (C-295/04) [2006] ECR I-6619, dove la Corte ha definito i danni che possono essere lamentati, stabilendo che questi danni devono coprire la perdita sofferta dalla vittima inclusa quella relativa ai profitti e agli interessi.

³⁰ NICITA, *Consumatori, Antitrust e Risarcimento del Danno. Le prospettive del Libro Bianco CE*, in *Consumatori diritti e mercato*, 2/2008.



Il *public enforcement*, riguarda l'operato della Commissione e delle Autorità nazionali che, alla luce degli artt. 101 e 102 del Trattato, nonché delle singole normative nazionali, ne valutano l'applicabilità ai singoli casi concreti, mentre il *private enforcement*, sulla base del presupposto dell'applicabilità diretta degli artt. 101 e 102, si realizza attraverso la proposizione dell'azione da parte dei privati dinanzi ai tribunali nazionali³¹.

Queste azioni possono essere sia conseguenti ad un intervento da parte di un'autorità *antitrust* in sede di applicazione pubblica del diritto *antitrust*, sia azioni indipendenti, ovvero esercitate da un privato (singolarmente o collettivamente) indipendentemente dall'eventuale accertamento condotto dall'Autorità.

Si definisce *follow-on*, l'azione civile fondata su di una violazione delle regole *antitrust* già accertata dall'Autorità di concorrenza (sia essa nazionale o comunitaria) con un provvedimento definitivo. Le azioni civili *follow-on* seguono, quindi, cronologicamente il provvedimento dell'Autorità e ne richiamano in tutto in parte il contenuto il quale costituisce il presupposto logico giuridico dell'azione civile, al contrario, l'azione c.d. *stand-alone*, è proposta in un giudizio dall'attore in assenza di un precedente accertamento della violazione delle regole *antitrust* da parte dell'Autorità amministrativa. In questo caso spetterà, al giudice nazionale adito, accertare la violazione delle regole *antitrust* ed, eventualmente, liquidare il danno sofferto dalla vittima³².

5. Gli "acquirenti indiretti" sono quei soggetti che pur non avendo un collegamento "diretto" con l'infrazione risultano ugualmente pregiudicati dalla condotta anticompetitiva illecita³³.

³¹ CAFAGGI, *The great transformation. Administrative and Judicial enforcement in consumer protection: a remedial perspective*, in *Loyola Consumer Law Review*, 21, 2009, 496, ove testualmente: "... more recently, enforcement has become a central part of European intervention. The focus on consumer redress in antitrust and consumer law violations confirms that the multilevel structure has been subject to radical transformation, reducing the divide between substantive and remedial law" e "a clearer and more useful distinction is that between administrative and judicial enforcement. However, even this distinction is often insufficient, given that similar remedies, with comparable effects, can be issued by both administrative authorities and judges. Thus, for example, the administrative versus judicial enforcement partition cannot be explained by looking at compensation and deterrence. In fact, the latter is often the main goal of both modes of enforcement". (Il tema viene sviluppato in modo più esaustivo anche in CAFAGGI – MICKLITZ, *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay between Private and Public Enforcement*, Mortsen (Belgio), 2009.

³² Le Corti italiane si sono pronunciate sia in casi in cui la condotta anticompetitiva era stata già sanzionata dall'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato (sono *follow-on*, ad esempio, il caso "Telsystem" deciso dalla Corte d'Appello di Milano il 18/07/1995, il caso "Albacom" deciso dalla Corte d'Appello di Roma il 20/01/2003 ed il caso "Manfredi" deciso dal Giudice di Pace di Bitonto il 21/05/2007) sia in mancanza di una precedente decisione dell'Autorità (tra i casi *stand-alone* ricordiamo il caso "Bluvacanze" deciso dalla Corte d'Appello di Milano il 11/07/2003 ed il caso "Juventus F.C." deciso dalla Corte d'Appello di Torino il 06/07/2000).

³³Differente è invece il caso dell' "acquirente diretto" che proponga in un giudizio l'eccezione di traslazione del danno. Tale eccezione è funzionale, da una parte, ad impedire che il convenuto sia



In effetti è proprio sugli acquirenti indiretti (di solito i consumatori finali) che si ripercuotono, attraverso la catena distributiva verticale, le conseguenze negative derivanti da una condotta anticompetitiva illecita³⁴.

La Corte di Giustizia ha affermato che il principio di effettività del diritto comunitario impone che “chiunque” possa agire in giudizio per il risarcimento del danno *antitrust*³⁵ e che la legittimazione attiva spetta anche ai consumatori³⁶. Tale affermazione è stata peraltro confermata espressamente dalla Commissione che nel Libro Bianco prevede la possibilità di ricomprendere anche i cd “acquirenti indiretti” tra i soggetti legittimati a richiedere in giudizio il risarcimento del danno a seguito di una condotta anticompetitiva illecita³⁷.

La sentenza della Corte di Cassazione italiana del 20 giugno 2011, che conferma un'altra decisione analoga resa dalla Corte di Cassazione in data 10 maggio 2011³⁸ è espressione della giurisprudenza italiana costante in materia³⁹ e in questa sede è un esempio interessante poiché tratta dell'azione privata a seguito di illecito *antitrust* e,

esposto al rischio di una responsabilità multipla, e dall'altra parte, ad impedire che l'acquirente diretto che ha traslato il sovrapprezzo anticompetitivo a valle della catena produttiva o distributiva possa conseguire un arricchimento ingiustificato mediante il risarcimento di un danno che egli non ha effettivamente subito. BROGGIATO, *Rilevanza degli interessi dei consumatori nella disciplina italiana a tutela della concorrenza*, in *Dir. Banc.*, 2006, I, 135.

³⁴ E' il caso ad esempio di un cliente finale che ha acquistato un bene ad un prezzo “cartellizzato” fissato non dal distributore del bene (ad es. il soggetto dal quale il danneggiato “indiretto” ha acquistato il bene) ma a livello ad es. della produzione del bene (o della materia prima di cui il bene risulta essere composto).

³⁵ Si veda in proposito il caso “Courage”.

³⁶ Si veda in proposito il caso “Manfredi”. Tuttavia, in questo caso i consumatori che avevano agito contro alcune compagnie di assicurazione che avevano preso parte ad una intesa restrittiva della concorrenza sul mercato Italiano della RC Auto erano acquirenti diretti delle stesse compagnie. Pertanto, non si può dire che in questo caso la Corte di Giustizia abbia risolto positivamente la questione se gli acquirenti indiretti su cui il sovrapprezzo anticompetitivo sia stato trasferito possano agire in giudizio per il risarcimento del danno.

³⁷ Nel Libro Bianco la Commissione Europea ha proposto di ammettere, sia la legittimazione attiva degli acquirenti indiretti, che l'eccezione di traslazione del danno. Inoltre, la Commissione propone di agevolare la posizione dell'acquirente indiretto mediante l'adozione di una presunzione relativa di traslazione del danno. In altre parole, l'acquirente indiretto non avrebbe l'onere di dimostrare la traslazione del danno, al fine di ottenere il risarcimento, mentre il convenuto potrebbe cercare di dare la prova della mancata traslazione, al fine di escludere o ridurre il proprio obbligo di risarcire il danno.

³⁸ Si tratta delle decisioni della Corte di Cassazione del 10 giugno 2011 n 13846 e del 10 maggio 2011 n 10211 pubblicate entrambe in *Foro it.*, n.10, ottobre 2011, 2674.

³⁹ Si vedano ad esempio i casi : “D.F. contro Toro Assicurazioni” della Corte d'Appello di Salerno del 29 luglio 2009, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Concorrenza (disciplina della)*, n.148-149; “D. contro Assitalia” della Corte d'Appello di Salerno del 29 luglio 2009, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Prescrizione e decadenza*, n.76; “N. contro Unipol”, Tribunale di salerno del 28 maggio 2009, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Contratto in genere*, n.389.



dunque, della traslazione del danno *antitrust* in capo al consumatore finale, della sua quantificazione e del suo necessario risarcimento nel mercato assicurativo.

Nel caso di specie, viene collegato il danno subito dal contraente/consumatore ad un'intesa abusiva posta in essere nel mercato dalle compagnie d'assicurazione e sanzionata dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato⁴⁰.

I fatti: un contraente di polizza r.c. auto con la società Allianz s.p.a., chiede ed ottiene dalla Corte d'Appello di Salerno, in data 20 ottobre 2008, che la società venga condannata al pagamento di euro 103,7 (oltre rivalutazione ed interessi) a titolo di risarcimento del danno subito con l'aumento dell'ammontare dei premi r.c.a. corrisposti a causa della partecipazione dell'assicuratrice ad intesa anticoncorrenziale sanzionata dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

Contro tale decisione la compagnia d'assicurazioni propone ricorso alla Corte di Cassazione adducendo a suo favore motivi, che a detta della Corte stessa possono essere esaminati congiuntamente in quanto "relativi alla questione dell'accertamento del nesso causale fra il livello del premio e la partecipazione della compagnia assicuratrice all'intesa" ovvero relativi alla traslazione del danno *antitrust* alla sua quantificazione in capo al singolo assicurato.

La Corte ritiene che tali motivi non siano fondati ed il ricorso viene pertanto rigettato.

Nella sentenza si identifica il consumatore finale quale beneficiario delle regole a tutela della concorrenza e si afferma che "il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico condotto dalla stessa Autorità Garante e poi in sede di giustizia amministrativa (tra le altre, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, v. Cass., ord. 22 febbraio 2010, n. 4261), pur non precludendo la facoltà, per la assicuratrice, di fornire la prova contraria (per tutte, v. Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305), impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede (sulla fruibilità diretta, da parte dei singoli utenti o consumatori, delle relative decisioni, v., sia pure per profili anche in parte diversi, Cass. 5941/11 e 5942/11)".

Nella decisione, si parte dal presupposto che i danneggiati dal comportamento anticoncorrenziale delle imprese possono essere sia altre imprese direttamente concorrenti che sono escluse dal cartello, sia imprese o persone che si trovino a monte o a valle del processo produttivo⁴¹.

⁴¹ Si veda in proposito: AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, in *Danno e resp.*, 2007, 648; BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni "lungolatenti"*, in *Corriere giur.*, 2007, 648.



In quest'ultimo caso i danneggiati sarebbero in ogni caso i consumatori finali qualora su di essi venga riversato il costo dell'intesa restrittiva in termini di restrizioni delle quantità offerte e/o di incrementi di prezzo⁴².

Tale fenomeno della "traslazione" del danno (cd *passing on*⁴³) è direttamente imputabile alla struttura del mercato dove le varie relazioni verticali che legano il processo produttivo a quello distributivo e che permettono alle imprese di raggiungere il consumatore finale sono necessariamente collegate tra loro⁴⁴. Di conseguenza, ciò che avviene al livello superiore della catena del valore (come ad esempio nel caso esaminato un aumento del premio imputabile ad un accordo dichiarato illecito dall'Autorità Garante) tende a ripercuotersi al livello successivo della catena distributiva fino al consumatore finale.

Da una prospettiva giuridica, il fenomeno assume una grande rilevanza dal punto di vista procedurale (ad es. per quel che riguarda l'identificazione dei legittimati attivi e passivi) ma anche sostanziale (con riferimento alla precisa individuazione ed alla esatta quantificazione del danno *antitrust* subito nonché sugli effetti sul contratto).

Occorre pertanto, in primo luogo, stabilire se l'acquirente indiretto su cui il sovrapprezzo è stato trasferito sia legittimato ad agire in giudizio contro l'impresa che ha preso parte alla pratica anticompetitiva⁴⁵.

In secondo luogo, se l'impresa, che ha preso parte all'illecito, convenuta in giudizio dall'acquirente diretto per il risarcimento del danno, possa eccepire che questo non ha subito alcun danno o ha subito un danno inferiore a quello lamentato per avere traslato il sovrapprezzo "a valle" della catena produttiva o distributiva mediante un aumento del prezzo.

Nel caso di specie, la Corte si avvale della presunzione che "l'assicurato che agisca in risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ha il diritto di avvalersi della presunzione che il premio sia stato indebitamente aumentato per effetto del comportamento collusivo e che la misura dell'aumento (e

⁴² MENZELLA, *Consumatori ed illecito antitrust: i sinistri risolti di consumerismo e garantismo nel cartello di "r.c. auto"*, in *Danno e resp.*, 2010, 517

⁴³ Si ricorda che tale strumento, può utilizzato sia in chiave difensiva dal convenuto per contrastare la tesi dell'attore volta ad ottenere il risarcimento del danno *antitrust* imputato all'asserita intesa anticoncorrenziale (cd *passing-on defence*). Infatti, se il convenuto riesce a dimostrare in giudizio (spesso attraverso il ricorso a modelli econometrici) che il danno patrimoniale lamentato dall'attore è stato in realtà interamente trasferito al livello distributivo sottostante, questi perderà la legittimazione attiva, non avendo di fatto subito alcun danno o il danno lamentato in giudizio risulterà notevolmente ridimensionato. L'uso dell'argomentazione della traslazione del danno al livello distributivo successivo può avere una connotazione non difensiva e servire all'attore danneggiato per chiedere in giudizio il risarcimento dei danni che l'operatore intermedio gli ha procurato attraverso il trasferimento del danno patrimoniale (*offensive passing on*).

⁴⁴ TADDEI ELMI, *Antitrust, contratti a valle e risarcimento del danno*, in *Obbligazioni e contr.*, 2005, 40.

⁴⁵ DALLE VEDOVE, *Le azioni del consumatore avverso pratiche anticoncorrenziali*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2006, II, 256.



quindi l'entità del danno da lui subito) non sia inferiore al livello medio del 20%: sia per effetto degli accertamenti compiuti dall'Autorità garante⁴⁶; sia in virtù del principio per cui, quando il fatto dannoso sia imputabile a più soggetti e non si possa ricostruire la misura in cui ognuno di essi abbia concorso a cagionare il danno, le colpe - quindi l'apporto causale di ognuno - si presumono uguali; e tanto argomentandosi dall'art. 2055, ultimo comma, cod. civ., norma da ritenersi applicabile al caso in esame, in quanto l'illecito concorrenziale che si traduca in situazioni di svantaggio per i clienti nelle condizioni della contrattazione, può agevolmente qualificarsi come una fattispecie di responsabilità precontrattuale che - la si voglia assimilare alla responsabilità da illecito civile da contratto - è comunque soggetta al principio di cui alla citata norma⁴⁷.

Sulla sorte dei contratti a valle stipulati dalle imprese con i consumatori, la giurisprudenza e la dottrina non si sono espresse in modo univoco, da un lato si è tentato di fare leva sulla nullità dell'intesa restrittiva della concorrenza per argomentarne l'invalidità dei contratti "a valle" stipulati dalle imprese con la rispettiva⁴⁸ mentre dall'altro si è messo in luce come l'illecito concorrenziale possa essere interpretato alla luce dei principi generali del contratto, della buona fede e della correttezza⁴⁹.

In tale secondo caso l'illecito concorrenziale assumerebbe la veste di un illecito contrattuale al quale sarebbe possibile reagire con i rimedi a tal fine apprestati dall'ordinamento, ivi incluso il risarcimento del danno, senza mettere a repentaglio la stabilità complessiva del rapporto o delle sue singole clausole.

⁴⁶ Si veda in questo senso: Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Corr.Giur.*, 2007, 641, con nota di BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni "lungolatenti"*, che considera tutelati dal diritto antitrust proprio la libertà contrattuale e l'interesse a "godere dei benefici della competizione commerciale".

⁴⁷ Secondo le regole generali in tema di onere della prova, la traslazione del danno deve essere provata dall'acquirente indiretto che agisce in giudizio per il risarcimento. Sembra corretto escludere in via generale una presunzione semplice di traslazione del danno, come proposto invece per il futuro dalla Commissione europea nel Libro Bianco. Tuttavia, il giudice può agevolare la prova della traslazione del danno da parte dell'acquirente indiretto mediante il meccanismo della presunzioni semplici. In particolare, si deve escludere che l'acquirente indiretto possa essere tenuto a misurare in modo rigoroso la traslazione del danno mediante complesse e costose analisi econometriche. Un simile regola processuale renderebbe praticamente impossibile od eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento del danno e sarebbe pertanto contraria al principio di effettività. In proposito: Cass. 2 febbraio 2007, n.2305, in *Foro it.* 2007, I, 1097 con nota di PALMIERI, *Cartello tra compagnie assicuratrici, aumento dei premi e prova del pregiudizio: il disagiata cammino dell'azione risarcitoria per danno da illecito antitrust*".

⁴⁸ Su tema: VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in AA.VV., *Contratto e mercato*, a cura di AZZARO, Torino, 2004, 133 ss. Per un'analisi critica: OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in, *Riv. Dir.civ.*, 4, 2012, 509; ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in AA.VV., *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Bari, 2008.

⁴⁹ OPPO, *Costituzione e diritto privato nella <tutela della concorrenza>*, in *Riv. dir. civ.* 1993,, 95, la rilevanza del tema, "della ammissibilità e dell'esito di una simile iniziativa - sia pure in presenza di un accertato comportamento anticoncorrenziale - è a giudicarsi, in coordinamento con la normativa antitrust, secondo il diritto dei contratti".



Secondo tale impostazione dottrinarica infatti se “la nullità dell’intesa a monte si propalasse a cascata su tutti i contratti attraverso i quali le imprese hanno dato ad essa attuazione sul mercato e se, di conseguenza, i singoli consumatori, come controparti di quei rapporti, fossero legittimati a farne valere in giudizio la invalidità ed a richiedere il risarcimento dei danni subiti, l’effetto deterrente che ne deriverebbe sarebbe davvero notevole esponendo le imprese ad un rischio difficilmente calcolabile *ex ante*”⁵⁰.

6. Indipendentemente dalle diverse soluzioni date sull’invalidità/annullabilità del contratto “ a valle”⁵¹, il diritto al risarcimento del danno al consumatore indirettamente danneggiato dal comportamento abusivo delle imprese è un principio ormai pacificamente riconosciuto dagli Stati membri dell’Unione europea e tra questi la Francia, anche se storicamente questo paese è stato sempre uno degli Stati membri ove l’azione privata del consumatore nei confronti di un danno *antitrust* è stata scarsamente utilizzata⁵².

Tra i tanti fattori di questo scarso utilizzo vi è stato senza dubbio quello della mancanza di una legislazione organica sulle azioni di classe che tutelino gli interessi individuali dei consumatori vittime delle pratiche concorrenziali illecite ed abusive⁵³.

Tuttavia tale lacuna sembra essere stata recentemente colmata con la L. n. 2014-344, c.d. Legge “Hamon” dal nome del Ministro dell’Economia sociale che l’ha sostenuta, che è entrata in vigore il 17 marzo 2014⁵⁴.

Tra le novità che essa introduce vi è un rinforzo dei poteri della *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (DGCCRF- presso il Ministero dell’Economia)⁵⁵ attraverso un ampliamento dei suoi poteri, includendovi ad esempio non esaustivo anche le violazioni del dovere di informazione ai consumatori; l’introduzione per la prima volta di una sorta di disciplina della “*class action*” in Francia (con delle caratteristiche proprie rispetto a quelle esistenti negli altri Stati membri)⁵⁶, ma anche e soprattutto la previsione che tale *action due groupe* sia

⁵⁰ OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. Dir.civ.*, 4, 528.

⁵¹ PEÑA LOPEZ, *Issues and Problems regarding E.U. Competition Law private enforcement: damages and nullity actions*, in *The USV Annals of Economics and Public Administration*, Volume 13, Issue 1(17), 2013, 230.

⁵² In proposito si vedano i miei due precedenti lavori: CORAPI E. “Public” e “Private enforcement” nel diritto bancario: un recente caso di cartello tra banche in Francia, in *Banca Borsa E Titoli Di Credito*, vol. 2, 2011, 235; CORAPI E, *Il caso “classaction.fr”. Class action “à l’américaine?.*, in *Analisi Giuridica dell’economia*, 2008, 245.

⁵³ IDOT, *Private enforcement of Competition Law- Recommendation flowing from the French experience*, in *Private enforcement of EC Competition Law*, edited by J. BASEDOW, The Netherlands, 2007, 85.

⁵⁴ L.n° 2014-344, del 17 marzo 2014, JO 18 marzo; dichiarata conforme alla Costituzione con decisione del *Conseille constitutionnel* del 13 marzo 2014, n°2014-690 DC. Il testo completo della legge è consultabile in: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid>

⁵⁵ Capitolo 5, artt. 76-133 della Loi Hamon.

⁵⁶ HOMOBOONO, *L’introduction d’une procédure d’action de groupe en France*, in *Concurrences*, 3, 2013, 56.



esperibile per danni derivanti da illecito *antitrust* ed in particolare in seguito ad una decisione di condanna dell' *Autorité*⁵⁷.

Con riguardo a tale “*actione de groupe en réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle*”, l'associazione potrà agire solo in conseguenza (*follow on*) di una decisione dell'Autorità della Concorrenza. Le ragioni di questa scelta sono legate prevalentemente alla volontà di velocizzare il procedimento (che nel caso fosse stato *stand alone* sarebbe stato molto più difficile il regime probatorio per il consumatore e avrebbe imposto al giudice di attendere il giudizio preventivo dell'Autorità o altrimenti) di decidere lui stesso su di una materia che implica competenze e ambiti investigativi molto precisi.

Tali azioni, al fine di evitarne l'abuso nell'utilizzo o le richieste “fantasiose”, possono essere promosse solo da associazioni di consumatori ufficialmente riconosciute a livello nazionale⁵⁸ e sono esperibili solo nei casi di risarcimento del danno sofferto dal consumatore e nei casi di illeciti *antitrust*⁵⁹.

Ai sensi dell'art. L.423-1 “*seule la réparation des préjudices matériels résultant d'une atteinte au patrimoine des consommateurs peut être poursuivie par cette action*” e dunque la legge limita i danni risarcibili ai soli danni materiali, con lo scopo di essere maggiormente incisiva e veloce senza dover attendere i tempi lunghi di manifestazione in seguito all'evento dei danni morali ed evitando delle personalizzazioni che avrebbero potuto ridurre il numero degli aderenti all'azione⁶⁰.

L'azione di classe potrà essere proposta solo in relazione a casi che non hanno ancora formato oggetto di giudizio alla data di pubblicazione della legge o contro una decisione definitiva da parte di un'autorità di concorrenza (tuttavia, in quest'ultimo caso, è possibile proporla nei cinque anni successivi a partire dal giudicato inappellabile di queste).

Con riferimento alla procedura, poi, le previsioni delle Loi Hamon, prevedono la partecipazione al procedimento del consumatore solo in caso di consenso espresso (*opt-in*) che si differenzia dal procedimento di *opt-in* classico⁶¹ poiché il consumatore non ha l'obbligo di dichiararsi individualmente sino a quando non sia stato reso dal giudice il giudizio sulla responsabilità.

E' prevista anche una procedura semplificata per tutti quei casi in cui il procedimento è più semplice poiché l'identità dei consumatori lesi è già conosciuta o

⁵⁷ GIRAUD-GALMICHE, *Les actions de suivi en réparation de dommages de concurrence: quel impact des décisions des autorités de concurrence?*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 39, 2014, 186; GRAL, *Loi relative à la consommation (Loi Hamon) implications sur les négociations commerciales*, in in *Revue Lamy de la Concurrence*, 39, 2014, 39.

⁵⁸ Secondo l'art. L.411-1 del Codice di Consumo francese.

⁵⁹ Art. 101 e 102 TFUE e nel diritto francese corrispondenti agli artt. L. 420-1 to L. 420-7 del Codice di Commercio.

⁶⁰ HOMOBOONO, *L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France*, in *Concurrences*, 3, 2013, 56.

⁶¹ Il meccanismo di *opt-in* è quello maggiormente utilizzato all'interno dell'Unione Europea, tipo in Germania, Inghilterra, Italia, Svezia, ma si riscontrano anche sistemi che hanno invece scelto il meccanismo dell'adesione tacita (*opt-out*) tipo quello Olandese e quello Portoghese.



lo sarebbe facilmente (tipo i casi dei sottoscrittori di uno stesso servizio-ad es. di telefonia mobile, ecc.)

L'impresa ha comunque sempre la possibilità di difendersi attraverso il *passing on*, che implica, qualora sia una "pratica commerciale normale e abituale", la presunzione che i costi aggiuntivi sostenuti da una vittima iniziale, siano stati trasferiti sui loro clienti successivi riducendo così il danno effettivo subito dalla vittima iniziale⁶².

7. La tendenza del legislatore e della giurisprudenza europea è volta sempre più verso un potenziamento della tutela dell'"acquirente indiretto"/consumatore⁶³ (divergendo dalla posizione della giurisprudenza statunitense ove la legittimazione ad agire degli acquirenti "indiretti" è esclusa a priori ed è riconosciuta solo la legittimazione dei danneggiati "diretti"⁶⁴).

Tra gli ultimi sviluppi della legislazione inglese in tema di azioni a tutela del consumatore leso dalla violazione *antitrust* vi è la pubblicazione il 12 giugno 2013 del *Draft Consumer Rights Bill*⁶⁵ con il quale si propone di introdurre la procedura *opt-out* per le azioni collettive (in contrasto con il regime di *opt-in* raccomandato dalla Commissione) e si ampliano i poteri del *CAT*, rendendolo così la sede principale per le azioni private in tema di concorrenza, ma soprattutto vi è il dibattito della giurisprudenza in tema di accesso alle prove ed in particolare nella *disclosure* avente ad oggetto la richiesta di esibizione di documenti utilizzati nelle procedure di *leniency*.

⁶² Sulla definizione de "*la pratique commerciale habituelle et normale*" si veda la decisione della *Cour de Cassation* del 15 maggio 2012, N°11-18.495

⁶³ Sin dal caso "*Manfredi*" la Corte di Giustizia ha costantemente affermato che il diritto comunitario non è di ostacolo ad una norma nazionale che impedisca un arricchimento ingiustificato della parte che agisce in giudizio per la violazione di un diritto comunitario.

⁶⁴ In "*Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp*", 392 U.S. 481 (1968) la Corte Suprema degli Stati Uniti ha escluso che il convenuto in una azione *antitrust* possa cercare di escludere o ridurre l'obbligo di risarcire il danno eccedendo che controparte ha traslato il danno a valle della catena produttiva o distributiva. In "*Illinois Brick Co. v. Illinois*", 431 U.S. 720 (1977) la stessa Corte ha escluso la legittimazione attiva degli acquirenti indiretti su cui il danno sia stato trasferito mediante un aumento del prezzo da parte dell'acquirente diretto del bene o servizio illecitamente monopolizzato. In questo modo, a livello federale, la legittimazione ad agire è concentrata presso gli acquirenti diretti. La Corte Suprema ritiene, da una parte, che sia eccessivamente difficile accertare di volta in volta in che misura il sovrapprezzo anticompetitivo sia stato traslato a valle della catena, e dall'altra parte, che l'acquirente diretto si trovi nella posizione migliore per agire in giudizio, avendo subito un danno maggiore. In ogni caso, la stessa Corte ritiene che sia necessario risolvere simmetricamente la questione del *passing on* offensivo e difensivo, nel senso che se si ammette il primo bisogna ammettere anche il secondo, e viceversa. Diversamente, il convenuto sarebbe esposto al rischio di dovere risarcire più volte lo stesso danno, una prima volta all'acquirente diretto ed una seconda volta all'acquirente indiretto.

⁶⁵ Il testo e lo stato di avanzamento dei lavori sono consultabili in: <https://www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill>.



Il momento processuale della “*disclosure*” o dell’esibizione dei documenti in possesso della difesa, rende le Corti inglesi molto attraenti per coloro che vogliono intentare una causa per risarcimento del danno *antitrust* poiché offrono, in modo più ampio rispetto alle altre Corti europee, la prospettiva accedere a documenti che possono risultare molto importanti dal punto di vista probatorio soprattutto al fine della quantificazione del danno in tutti i casi *follow on* di richiesta di risarcimento.⁶⁶

Davanti all’ *High Court* sono possibili tre tipi di *disclosure*: *standard disclosure*, *specific disclosure* e *pre-action disclosure*. La *standard disclosure* si ha normalmente dopo la fase dei *pleadings* e le parti mostrano i rispettivi documenti probatori, mentre la *specific disclosure* si ha nel caso in cui si ritenga necessario su richiesta di ulteriori documenti che non siano stati precedentemente esibiti; nel terzo caso invece, la Corte su richiesta dell’attore (o di un eventuale attore a seconda del caso) può ordinare una *pre-action disclosure* nei confronti del convenuto o di un terzo estraneo al procedimento, al fine di decidere se disporre o meno il caso, e comunque di valutarne i costi.

La *disclosure* nei procedimenti davanti il CAT è leggermente differente perché questo Tribunale ha una più ampia discrezionalità nell’ammissione dei documenti, e qualora lo ritenga “*necessary, relevant and proportionate for the fair disposal of the issues of substance*”⁶⁷ può anche richiedere direttamente e autonomamente l’esibizione del materiale, indipendentemente dalla richiesta delle parti.

L’ *High Court* ed il CAT consentono dunque, la *disclosure* tra le parti dei documenti probatori in loro possesso, ma tale potere incontra un limite nei confronti di alcuni documenti che sono oggetto di un’ altro procedimento o che sono considerati particolarmente delicati come nel caso di quei documenti probatori utilizzati parallelamente dalle imprese condannate per violazione *antitrust* programmi di clemenza (*leniency*).

La posizione europea nei confronti dei programmi di *leniency*, considerati d’importanza d’ordine pubblico, è sempre stata quella di cercare il più possibile di promuoverne l’effettività e di proteggerne l’esecuzione, negando pertanto l’accesso nei casi di azioni per risarcimento del danno *antitrust* al materiale probatorio utilizzato in questi procedimenti⁶⁸.

Tuttavia la Corte di Giustizia nel caso “*Pfleiderer*”⁶⁹, ha riconsiderato il divieto di *disclosure* del materiale oggetto di programma di *leniency* affermando che spetta al giudice nazionale individuare di volta in volta quali documenti relativi ad un

⁶⁶ ISRAEL-DIMOPOULOS-WALTON, *United Kingdom: Private Antitrust litigation*, in *The European Antitrust Rev.*, 2014, 308.

⁶⁷ *Tesco stores ltd v OFT*, 2012 CAT 6, para 13.

⁶⁸ Si vedano in proposito i casi: *Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation*, M.D.L. No. 1775 (E.D.N.Y.); *TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation*, No. M: 07-1827 (N.D. Cal. 2011); *Vitamins Antitrust Litigation*, Misc. No. 99-197, Docket No. 3079 (D.D.C. May 20, 2002); *Methionine Antitrust Litigation*, No. C-99-3491, MDL no. 1311 (N.D. Cal. June 17, 2002).

⁶⁹ *Pfleiderer AG v. Commission*, C-360/09.



programma di clemenza possano essere resi accessibili utilizzando come criterio il contemperamento dell'interesse del funzionamento dei programmi di clemenza con la protezione del diritto al risarcimento del danno della vittima dell' illecito *antitrust*.

La conseguenza di tale decisione è che un giudice nazionale potrebbe ordinare l'esibizione di quei *leniency corporate statements* qualora siano ritenuti indispensabili all'attore.

Sulla scia di questa decisione si pone la decisione dell'High Court nel caso *National Grid*⁷⁰.

In questo caso si trattava di un'azione di risarcimento danni da parte dell'attore NGNET nei confronti del cartello sanzionato dalla Corte di Giustizia e oggetto poi di procedura di programma di clemenza.

L'attore, mirava ad ottenere dai convenuti diversi documenti contenenti il materiale utilizzato per la richiesta del programma di clemenza tra cui la versione riservata della decisione della Corte di Giustizia, le risposte alla comunicazione degli addebiti e le informazioni date alla Corte sul funzionamento e gli effetti del cartello.

La Corte di Giustizia, nel presentare all' *High Court* le sue opinioni su tale domanda di *disclosure*, (come previsto dal reg.1/2003) ha confermato i principi enunciati in *Pfleiderer*, suggerendo tuttavia al giudice nazionale di tenere conto del potenziale impatto che avrebbe sul programma di clemenza l'ordine di esibizione di tale materiale e concludendo che, tenuto conto che nel caso di specie vi è ulteriore fonte di materiale probatorio altrettanto efficace, appare sproporzionato ordinare la *disclosure* del materiale di *leniency*.

Malgrado l' *High Court* abbia considerato quest'ultima osservazione, che comporta anche una riflessione sull'effetto deterrente che una *disclosure* in questo ambito potrebbe avere nei confronti di potenziali richiedenti del programma di clemenza, ha ordinato comunque l'esibizione dei documenti, distinguendo tuttavia il materiale tra quello prodotto specificamente per il programma di *leniency* e quello preesistente, che può rivelarsi importante al fine di provare le ragioni del consumatore/attore danneggiato. L'ordine ha riguardato questo secondo gruppo di documenti.

Il caso *Pfleiderer*⁷¹ seguito dal caso *National Grid* hanno aperto il dibattito sulla posizione europea nei confronti della *disclosure* di materiale oggetto di *leniency*. Tale dibattito sembra ora aver trovato un punto fermo nella recente Direttiva sulle azioni di risarcimento del danno cagionato da comportamenti lesivi della normativa *antitrust*.⁷²

⁷⁰ *National Grid Electricity Transmission v ABB and Others* [2012] EWHC 869.

⁷¹ Succesivamente (12 giugno 2013) sempre in tema di *disclosure* di materiale probatorio oggetto di *leniency* si veda il caso: C536/11- *Bundeswettbewerbshorde v Donau Chemie AG e altri*.

⁷² Sulla direttiva si veda *infra* al paragrafo 8



La direttiva, pur nascendo con l'intento di facilitare (e anche di armonizzare tra gli Stati membri) l'azione privata attraverso anche una semplificazione dell'accesso al regime delle prove, contrariamente a quanto affermato nel caso *Pfleiderer* introduce il divieto assoluto di esibizione delle dichiarazioni rese nell'ambito di un programma di clemenza (i c.d. *leniency corporate statements*).⁷³

Questa limitazione ha l'obiettivo di proteggere il funzionamento dei programmi di clemenza: l'impresa sarebbe infatti restia a rendere dichiarazioni confessorie di fatti non altrimenti riscontrabili nel caso possano successivamente essere utilizzate dai soggetti danneggiati nell'ambito di azioni di risarcimento del danno. Da un punto di vista pratico, potrebbe non essere facile l'applicazione della limitazione di cui alla direttiva allorché, come spesso accade, il contenuto o parte del contenuto dei *leniency corporate statements*, sia trasferito in altri documenti (ad esempio, la comunicazione delle risultanze istruttorie ovvero la decisione finale)".

8. Il Parlamento europeo, il 17 aprile 2014, ha approvato il testo della Proposta di Direttiva relativa alle azioni di risarcimento del danno cagionato da comportamenti lesivi della normativa *antitrust*⁷⁴, dopo la prossima tappa, ossia l'approvazione ufficiale del Consiglio, gli Stati membri avranno tempo due anni per introdurre la direttiva all'interno dei loro ordinamenti.

La direttiva, sin dalle sue intenzioni è volta a "garantire condizioni più uniformi per le imprese operanti nel mercato comune e migliorare le condizioni alle quali i consumatori possono esercitare i diritti loro derivanti dal mercato interno", "tenuto conto che le violazioni su vasta scala del diritto della concorrenza presentano spesso un elemento transfrontaliero".

Viene dunque ritenuto "opportuno aumentare la certezza del diritto e ridurre le differenze fra gli Stati membri per quanto riguarda le norme nazionali che disciplinano le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione europea e, quando applicato parallelamente a queste ultime, del diritto della concorrenza nazionale, con l'auspicio che "un ravvicinamento di queste norme contribuirà inoltre a prevenire il sorgere di più ampie differenze fra le disposizioni degli Stati membri che disciplinano suddette azioni per il risarcimento del danno nei casi relativi alla concorrenza".

⁷³ Tale divieto non comprende le due ulteriori categorie di documenti che normalmente fanno parte di una domanda di clemenza, e cioè i documenti forniti dal *leniency applicant* e preesistenti alla decisione di presentare la domanda di clemenza e i documenti predisposti dal *leniency applicant* nell'ambito del programma di clemenza.

⁷⁴ La direttiva nasce su proposta della Commissione di giugno 2013 (si veda in proposito: IP/13/525 and MEMO/13/531). Il testo completo della direttiva è rinvenibile in: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.



L'ambito di applicazione della direttiva riguarda il risarcimento del danno a seguito di “una violazione dell'art. 101 o dell'articolo 102 del trattato o del diritto nazionale della concorrenza nazionale”.

La direttiva dedica poi particolare attenzione al regime di “divulgazione delle prove considerato che la “prova è un elemento importante per intentare un'azione per il risarcimento del danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza nazionale o dell'Unione. Il contenzioso in materia di antitrust è però caratterizzato da un'asimmetria delle informazioni. È opportuno garantire agli *attori* il diritto di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti per la loro richiesta, senza che sia necessario, per loro, specificarne i singoli elementi. Onde garantire che le controparti dispongano di strumenti equivalenti, anche i convenuti delle azioni per il risarcimento del danno dovrebbero disporre di tali mezzi, in modo da poter chiedere la divulgazione di prove da parte degli attori. I giudici nazionali possono anche ordinare la divulgazione delle prove da parte di terzi, comprese le pubbliche autorità”.

Inoltre “al fine di migliorare la certezza del diritto, evitare contraddizioni nell'applicazione delle disposizioni del trattato, aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento del danno e promuovere il funzionamento del mercato interno per le imprese e i consumatori la constatazione di una violazione dell'articolo 101 o dell'articolo 102 del trattato in una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso non dovrebbe essere rimessa in discussione in successive azioni per il risarcimento del danno. Pertanto, siffatta constatazione dovrebbe essere ritenuta definitivamente accertata in azioni per il risarcimento del danno riguardanti la violazione in questione intentate nello Stato membro dell'autorità nazionale garante della concorrenza o del giudice del ricorso”⁷⁵: in questo caso la vittima ha un anno di tempo a partire dalla decisione definitiva dell'illecito da parte dell'autorità, per promuovere l'azione di risarcimento danni.

Nella direttiva viene anche trattato il tema del *passing on* e della tutela del consumatore “a valle” stabilendo che in questo caso il danno dovrebbe essere rimborsato dall'autore della violazione. Ma poiché “può essere tuttavia particolarmente difficile comprovarne la portata per i consumatori o le imprese che non hanno acquistato direttamente da tale soggetto” si ritiene che “l'acquirente indiretto abbia fornito le prove di tale trasferimento del sovrapprezzo dall'acquirente diretto al suo livello se è in grado di dimostrare prima facie che tale trasferimento è avvenuto, a meno che l'autore della violazione non sia in grado di dimostrare in modo credibile e adeguato al giudice che il danno emergente non è stato trasferito o non è stato trasferito interamente sull'acquirente indiretto”.

⁷⁵ In proposito si specifica anche che “l'effetto della constatazione dovrebbe, tuttavia, riguardare soltanto la natura della violazione come pure il suo ambito di applicazione materiale, personale, temporale e territoriale quale accertato dall'autorità garante della concorrenza o dal giudice del ricorso nell'esercizio della sua giurisdizione”.



Nella direttiva si considerano comunque sia il risarcimento del danno in forma privata mediante azioni dinanzi ai tribunali sia l'applicazione pubblica delle norme *antitrust* da parte delle Autorità garanti della concorrenza (la Commissione o le Autorità nazionali) quali strumenti complementari tra loro che con la direttiva si rafforzano a vicenda , da un lato per ottenere il risarcimento per le vittime indirette dell'illecito e , dall'altro , per rafforzare il potere delle Autorità garanti della concorrenza nelle indagini e nelle sanzioni delle infrazioni, ottenendo così l'effetto "deterrente" auspicato .

L'impatto che avrà la direttiva all'interno dei singoli Stati membri è ad oggi solamente ipotizzabile, certamente tale direttiva insieme con i recenti sforzi legislativi francesi in tema di *class action* e la giurisprudenza inglese sulla *disclosure*, mostrano la volontà di superare i risultati modesti ottenuti sinora all'interno degli Stati membri nell'utilizzo delle azioni private da parte dei danneggiati indiretti e di superare le varie cause che hanno per lungo tempo scoraggiato i consumatori a proporre tali azioni.