

“L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *IL DANNO ANTITRUST. UNA PROSPETTIVA ECONOMICA*”

Recensione di Giovanni Taddei Elmi

“Il danno antitrust. Una prospettiva economica” - Recensione (Giovanni Taddei Elmi)

SOMMARIO: 1. Il dibattito sul private antitrust enforcement - 2. Il danno antitrust in un’ottica “garantista”: danno sociale e danni privati - 3. Pratiche di sfruttamento e pratiche escludenti - 4. I danni da pratiche di sfruttamento - 4.1. (...) in assenza di “traslazione” - 4.2. (...) e nel caso di passing-on - 5. I danni da pratiche escludenti - 6. Le regole e i criteri per la quantificazione - 6.1. La questione dei danni punitivi - 6.2. I metodi di quantificazione dei

1. Il dibattito sul private antitrust enforcement.

Il libro di Luigi Prosperetti, Eleonora Pani e Ines Tomasi¹ ha il merito di porre l’attenzione sul problema dell’individuazione dei danni antitrust (ossia dei danni derivanti da una pratica anticoncorrenziale), sui criteri per la loro quantificazione e sulla ripartizione dell’onere della prova in materia².

¹ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, il Mulino, Bologna, 2009.

² Il volume è stato anticipato sulle pagine della rivista Mercato Concorrenza Regole da un articolo dello stesso L. PROSPERETTI (*Prova e valutazione del danno antitrust. Una prospettiva economica*, in Mercato concorrenza regole, 2008, 3, p. 527) e dal dibattito da esso suscitato: S. FROVA, *Prova e valutazione*

Finora, infatti, il dibattito in tema di *private antitrust enforcement*³ si è soprattutto concentrato,

del danno antitrust. La piramide rovesciata, in Mercato concorrenza regole 2008, 3, p. 571; A. NICITA, *Effetti collaterali o malattie croniche?*, in Mercato concorrenza regole, 2008, 3, p. 577; L. PROSPERETTI, *Replica ai commenti di Sandro Frova e Antonio Nicita*, in Mercato Concorrenza Regole, 2009, 1, p. 171.

³ Il *Working paper* annesso al Libro Verde della Commissione CE definisce il *private antitrust enforcement* quale «enforcement by means of legal action brought by the victim of an anti-competitive behaviour before a court» (Commissione delle Comunità europee, *Commission Staff Working Paper, Anex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, 19.12.2005, par. 2).

Sul *private antitrust enforcement* comunitario v. A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised*



almeno in Italia, sulla ricerca del rimedio più adatto (nullità o risarcimento del danno), sul carattere ingiusto dei danni antitrust e sul problema della legittimazione ad agire dei consumatori e di tutti quei soggetti del mercato che non sono i concorrenti diretti degli autori dell'illecito⁴.

Il che ha avuto sicuramente il merito di avviare la riflessione in materia e di condurre a risultati di notevole importanza, quali, in estrema sintesi: *i*) l'affermazione che chiunque, consumatori compresi, può chiedere il risarcimento del danno causato da una pratica anticoncorrenziale (il che significa, utilizzando lo strumentario giuridico del nostro ordinamento, che anche il danno antitrust patito dai consumatori è ingiusto)⁵; *ii*) la

Application of EC Competition Law by National Courts, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008.

⁴ La letteratura in materia è molto vasta, basti qui ricordare il dibattito tra C. CASTRONOVO (*Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno resp.*, 2004, 12, p. 1168; *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.* 2004,5, p.473; *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 2, pp. 444), secondo il quale non sarebbero ingiusti i danni patiti dai consumatori vittime di pratiche anticoncorrenziali (che comunque potrebbero invocare la nullità parziale dei contratti a valle) e M. LIBERTINI (*Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 10, p. 937; *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno resp.*, 2005, 3), che sostiene invece l'ingiustizia e la risarcibilità anche dei danni patiti dai consumatori a valle di una pratica anticoncorrenziale.

Più recentemente: E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2008; N. DELLA BIANCA, *Illecito antitrust e tutela collettiva dei consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2, p. 274 e ss.

⁵ In tal senso a livello comunitario Corte giust. CE, 20.9.2001, C-453/99, *Courage Ltd v. Crehan*, in *Foro it.*, 2002, 2, IV, 75 e poi Corte giust. CE, 13.7.2006, C-295/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*.

In Italia afferma l'ingiustizia dei danni antitrust patiti dai consumatori Cass. civ., sez. un., 4.2.2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, 4, I, 1014 e poi Cass. civ., sez. III, 2.2.2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, 4, I, 1097.

Alla luce di tali sentenze rimane comunque aperto il problema della selezione dei soggetti titolari del diritto al risarcimento (ossia dei danni ingiusti), perché se si guarda solo al nesso di causalità, come traspare dalle parole della Corte di Giustizia (ma nel caso *Manfredi* si accenna alla necessità di selezionare ulteriormente i legittimati), si rischierebbe di attribuire il diritto al risarcimento anche a soggetti che in realtà non sono titolari di posizioni meritevoli di tutela ai sensi della disciplina antitrust: in proposito secondo N. REICH, *The "Courage"-doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust injuries?*, in *C.M.L.R.*, 2005, 42, p. 61, per selezionare i soggetti legittimati all'azione è opportuno fare ricorso alla teoria dello scopo della norma violata (*Normzwecktheorie*) in quanto ha diritto al risarcimento non qualsiasi danneggiato ma solo chi è protetto contro il tipo di danno antitrust verificatosi; al contrario, A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, cit., p. 191 ss. affronta il problema della selezione dei soggetti legittimati all'azione risarcitoria sostenendo che nel diritto comunitario non dovrebbe applicarsi il criterio dello scopo di protezione della norma vietata, ma dovrebbe solamente farsi uso dei criteri causali.

pubblicazione da parte della Commissione CE di un Libro Verde e poi di un Libro Bianco in materia di diritto al risarcimento dei danni per le violazioni delle norme antitrust⁶; *iii*) l'espressa previsione, nel corpo dell'art. 140 bis del Codice del Consumo, del diritto dei consumatori a proporre azioni collettive per il risarcimento dei danni provocati da pratiche anticoncorrenziali.

Tutto ciò, però, di per sé non è stato ancora sufficiente a garantire quella tutela effettiva delle vittime delle pratiche anticoncorrenziali più volte auspicata dagli organi comunitari, Commissione e Corte di Giustizia in testa⁷, giacché le elevate difficoltà probatorie e gli alti costi processuali (soprattutto se comparati all'entità spesso esigua dei danni patiti singolarmente dai consumatori) rischiano in concreto di vanificare il diritto al risarcimento⁸.

Basti pensare, per restare in Italia, che nell'ambito dello stesso caso "RC Auto" – che pure ha fornito alla Corte di Cassazione l'occasione per affermare l'ingiustizia dei danni patiti dai consumatori⁹ – non sono mancate sentenze dei

Sulle prospettive aperte dal caso *Courage v. W. VAN GERVEN, Private enforcement of EC competition rules in the ECJ – Courage v. Crehan and the way ahead*, in *Private Enforcement of EC Competition Law*, edited by J. Basedow, Kluwer Law Int., The Netherlands, 2007, p. 19 e ss.

⁶ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, del 2.4.2008, e *Libro Verde. Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, del 19.12.2005.

Per i primi commenti a tali testi v. S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro Verde della Commissione*, in *Mercato conc. regole*, 2006, 2, p. 322; T. EILMANSBERGER, *The Green paper on damages actions for breach of the EC Antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action*, in *Common Market Law Review*, 2007, 44, p. 458; E.L. CAMILLI, P. CAPRILE, R. PARDOLESI, A. RENDA, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, 2, p. 273.

Recentemente sulle ricadute del Libro Bianco nel nostro ordinamento: F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2009.

Sull'evoluzione del diritto comunitario in materia v. M. COLANGELO, *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al Libro Bianco*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 3, p. 655 e ss.

⁷ V. Corte di Giustizia CE 20.9.2001, C-453/99, *Courage Ltd v. Crehan*, cit., e Corte giust. CE, 13.7.2006, C-295/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*; COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, cit.

⁸ A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli. Public and private enforcement*, in *Dir. comm. int.*, 2008, 1, p. 118 e ss.

⁹ Cass. civ., sez. un., 4.2.2005, n. 2207, cit.



giudici di merito che hanno comunque di fatto vanificato tale diritto, respingendo le domande per mancanza della prova del nesso di causalità e del danno concretamente patito¹⁰.

Ecco perché la riflessione su tali aspetti, e in particolare sull'individuazione e sulla quantificazione dei danni anticoncorrenziali, assume un'importanza essenziale; e ciò a maggior ragione ora che l'introduzione nel nostro ordinamento delle azioni collettive può ridurre, sotto certi profili, le asimmetrie che caratterizzano il rapporto tra imprese e consumatori, favorendo la proposizione delle azioni risarcitorie private¹¹.

Del resto non è un caso se nel sistema statunitense, che si fonda sulle azioni risarcitorie private anziché sul *public antitrust enforcement*, rivestono un'importanza centrale proprio la regola dei *treble damages* e la *rule 23* delle Federal Rules of Civil Procedure, che prevede le *class actions*. Il che, peraltro, induce a ritenere che in quel sistema le azioni risarcitorie private svolgono una funzione deterrente più che compensativa, ove gli attori privati fungono da veri e propri *private attorney general*¹².

Il tema affrontato nel volume di L. Prosperetti, E. Pani e I. Tomasi è dunque assolutamente centrale e di grande attualità nel panorama del dibattito sul *private antitrust enforcement*, perché la concreta conformazione delle regole, anche probatorie, in punto di individuazione e quantificazione dei danni è idonea non solo ad incidere sull'esito delle azioni risarcitorie, ma vale anche a caratterizzare il sistema in senso compensativo o deterrente¹³ e, in definitiva, a produrre ricadute concrete in punto di *over* o *under deterrence*.

¹⁰ C. App. Napoli, sez. I, 9.2.2006, n. 374, in *Danno e resp.*, 2006, 11, p. 1133. Successivamente però la Corte di Cassazione ha corretto tale indirizzo, facendo uso delle presunzioni: Cass. civ., sez. III, 2.2.2007, n. 2305, cit., su cui v. *infra*.

¹¹ A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1, p. 245.

¹² Sul sistema rimediabile antitrust americano e per una sua comparazione con il sistema europeo v. H.L. BUXBAUM, *Private enforcement of competition law in the United States – Of optimal deterrence and social costs*, in *Private Enforcement of EC Competition Law*, edited by J. Basedow, Kluwer Law Int., The Netherlands, 2007; D.J. GERBER, *Private enforcement of competition law: a comparative perspective*, in *The Enforcement of Competition Law in Europe*, edited by T.M.J. Mollers, A. Heinemann, Cambridge University Press, 2007; E. ELHAUGE, D. GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 11; C.A. JONES, *Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA*, Oxford University Press, 1999, p. 80.

¹³ Sulla funzione compensativa o deterrente del risarcimento dei danni antitrust v. adesso M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, il Mulino, Bologna, 2009.

È poi solo il caso di sottolineare, a riprova di ciò, che anche a livello comunitario il dibattito si è recentemente concentrato proprio su questi aspetti: basti pensare che è appena stato pubblicato uno Studio commissionato dalla Commissione CE sulla quantificazione dei danni antitrust¹⁴, destinato a dettare le linee guida in materia, in vista della definitiva costruzione di un sistema risarcitorio per i danni antitrust di stampo prettamente europeo.

2. Il danno antitrust in un'ottica “garantista”: danno sociale e danni privati.

Punto di partenza del ragionamento degli Autori, nonché filo conduttore di tutta l'opera, è la distinzione tra danni “sociali” e danni “privati”, ossia tra danni generati da una pratica antitrust a carico di tutta la società e del benessere economico complessivo – cui fanno fronte, sul piano pubblicistico, i provvedimenti sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato – e danni patiti dai singoli soggetti del mercato, gli unici meritevoli di risarcimento sul piano civilistico.

L'assunto degli Autori è che non tutte le pratiche anticoncorrenziali generano danni privati: «*se tutti i comportamenti illeciti sotto il profilo antitrust determinano un danno sociale, altrettanto non si può dire del danno privato*»¹⁵.

Di talché i provvedimenti con cui l'AGCM o la Commissione CE accertano l'esistenza di una pratica antitrust, poiché si curerebbero esclusivamente del danno sociale e non dei danni privati, non allevierebbero in alcun modo l'onere probatorio ricadente su chi deve avviare un'azione risarcitoria¹⁶.

Si tratta, come è evidente, di una posizione “garantista”¹⁷, volta a evidenziare che l'esistenza di danni “privati” risarcibili non discende automaticamente dall'accertamento di una pratica

¹⁴ *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission*, December 2009, Luxembourg, Publications Office of the European Union 2009, disponibile sul sito <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actiondamages/>.

¹⁵ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 19.

¹⁶ Si parla in tal caso di azioni *follow-on*, per distinguerle da quelle *stand alone*, nelle quali la domanda risarcitoria è proposta davanti al giudice ordinario in assenza di un precedente provvedimento di un'autorità antitrust.

¹⁷ Così S. FROVA, *Prova e valutazione del danno antitrust. La piramide rovesciata*, cit., p. 571, seppure in riferimento alle tesi esposte da L. PROSPERETTI nell'articolo pubblicato su *Mercato concorrenza regole, Prova e valutazione del danno antitrust. Una prospettiva economica*, cit.



anticoncorrenziale, ma deve costituire oggetto di attenta e rigorosa dimostrazione davanti al giudice ordinario, nel rispetto dei criteri e dei principi generali dettati dall'ordinamento, anche in punto di onere della prova, senza immotivate agevolazioni a favore delle vittime delle pratiche anticoncorrenziali¹⁸.

Tant'è che nell'ultima parte, dedicata alle prospettive future, gli Autori si pongono in termini estremamente critici nei confronti del Libro Bianco della Commissione CE, che è finalizzato a individuare regole volte a favorire le azioni risarcitorie private, e sostengono che le misure in esso previste non sarebbero necessarie, giacché il livello di deterrenza delle sanzioni antitrust sarebbe già sufficiente e perché comunque non vi sarebbe ragione di prevedere norme derogatorie rispetto al sistema generale di responsabilità civile¹⁹.

Le stesse azioni collettive risarcitorie, del resto, nell'ottica degli Autori, non sarebbero di aiuto per i consumatori, in quanto esse dovrebbero comunque superare il vaglio di ammissibilità preliminare, ossia la verifica dell'omogeneità delle situazioni fatte valere dai membri della classe; il che sarebbe tutt'altro che agevole o scontato²⁰.

3. Pratiche di sfruttamento e pratiche escludenti.

A sostegno della propria tesi gli Autori svolgono un'analisi dettagliata, fondata anzitutto sulla

¹⁸ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 37: « non vi è reale motivo che possa suggerire qualche forma di alleggerimento dell'onere della prova con riferimento al danno antitrust ».

¹⁹ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., pp. 184, 204, 209 e ss.

Nella letteratura comunitaria esprime una posizione contraria al rafforzamento del *private antitrust enforcement*, per certi versi analoga a quella espressa dagli Autori, W.P.J. WILS, *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 2003, 26, 3, pp. 473-488, secondo il quale il *public enforcement* sarebbe superiore al *private enforcement* sotto il profilo deterrente, perché disporrebbe di maggiori poteri investigativi e sanzionatori, perché il sistema privatistico sarebbe guidato da interessi privati divergenti da quelli pubblici sottesi all'antitrust e perché le azioni private costerebbero troppo. Inoltre il *private antitrust enforcement* non sarebbe in grado neppure di raggiungere l'obiettivo di compensazione dei danni, perché sarebbe troppo difficile e costoso individuare le vittime delle pratiche anticoncorrenziali e l'entità dei danni.

Una critica specifica della tesi di Wils è svolta da C.A. JONES, *Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check*, in *World Competition*, 2004, 27, 1, pp. 13-24.

Per un panorama delle tesi contrarie allo sviluppo del *private antitrust enforcement* in Europa v. A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, cit., p. 8, nota 34.

²⁰ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 216-217.

distinzione tra pratiche di sfruttamento e pratiche escludenti, ossia su una classificazione che, pur non avendo ancora trovato adeguata valorizzazione nel dibattito scientifico italiano, è sicuramente essenziale nell'ambito del *private antitrust enforcement*²¹.

Ciò che rileva infatti ai fini della individuazione dei danni risarcibili non è tanto se la condotta illecita sia posta in essere da un solo autore (abuso di posizione dominante) o da un gruppo di imprese che si coordinano per comportarsi all'unisono (intese), quanto piuttosto se si tratta di condotta volta a escludere dal mercato i concorrenti (es. boicottaggio, prezzi predatori, pratiche discriminatorie) ovvero di condotta volta ad imporre condizioni abusive alle controparti di mercato²² (fissazione di prezzi eccessivamente gravosi, *tie-in*, riduzione della produzione, etc.).

Pratiche escludenti e pratiche di sfruttamento producono danni di natura diversa, a carico di soggetti diversi.

Perciò non vi è dubbio che la miglior prospettiva da cui guardare al tema in questione sia quella scelta dagli Autori, ossia quella che dà rilievo a tale distinzione anziché a quella classica tra intese restrittive e abuso di posizione dominante, che rimane centrale solo nell'applicazione delle norme antitrust da parte delle autorità amministrative.

4. I danni da pratiche di sfruttamento

4.1.(...) in assenza di "traslazione"

Le pratiche di sfruttamento consistono in «comportamenti che riducono artificialmente la quantità prodotta, al fine di innalzare i prezzi al di sopra del loro livello competitivo»²³ e possono

²¹ Richiamano tale distinzione: VAN BAEL, BELLIS, *Competition law of the European Community*, Kluwer Law Int., 2005, p. 904; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007, p. 481; M. MOTTA e M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 249 e ss.

²² Utilizza opportunamente il termine "controparti di mercato", anziché "consumatori", N. DELLA BIANCA, *Illecito antitrust e tutela collettiva dei consumatori*, cit., p. 274 e ss., che riprende la terminologia usata dal legislatore tedesco in materia (cfr. art. 33 GWB): vittime delle pratiche di sfruttamento sono infatti non soltanto i consumatori in senso stretto, ma tutti coloro che subiscono gli effetti della pratica anticoncorrenziale.

Tale espressione è utilizzata da tempo nella letteratura tedesca: v. L. NIVARRA, *Il 2° comma dell'art. 33. La tutela civile: profili sostanziali*, FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di) in *Diritto antitrust italiano, Commento alla legge 10 ottobre 1990 n. 287*, Zanichelli, Bologna, 1993, vol. II, p. 1454 nt. 9.

²³ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 21



manifestarsi o tramite «*intese restrittive della concorrenza (il caso più frequente)*» o tramite l’«*imposizione di prezzi ingiustificatamente gravosi da parte dell’impresa dominante*»²⁴.

Esse producono sempre un danno sociale, dato che riducono il benessere dei consumatori e determinano una perdita secca di benessere sociale, oltre a provocare una riduzione della qualità dei beni, un minore sviluppo tecnologico e altri danni sociali complementari²⁵: sicché «*l’analisi economica e giuridica lascia pochi dubbi circa le conseguenze dannose sul benessere dei consumatori: i cartelli orizzontali hanno effetti negativi, non compensati in genere da alcun tipo di effetti di efficienza*»²⁶.

Non sempre, secondo gli Autori, tali pratiche danno luogo ai danni privati, che potrebbero consistere:

a) nel danno sopportato dagli acquirenti del bene il cui prezzo è stato illecitamente aumentato (danno emergente pari all’aumento del prezzo);

b) nel danno patito dai “non acquirenti”, ossia da coloro che a causa dell’aumento decidono di non comprare il bene e di sostituirlo con altri prodotti;

c) nel caso in cui tra gli autori dell’illecito e i consumatori finali si interpongano degli intermediari o si tratti di un bene intermedio (ossia «*acquistato da un’impresa che lo utilizza come input nella produzione di un altro bene*», ad esempio la farina rispetto al pane): nel danno patito dagli acquirenti diretti (sotto forma di danno emergente per l’aumento del prezzo non trasferito ai consumatori finali e sotto forma di lucro cessante consistente nei mancati profitti per la riduzione delle vendite del bene finale a valle) e nel danno patito dagli acquirenti finali e dai non acquirenti finali di cui alle precedenti lett. a) e b);

d) nel danno patito dai fornitori delle imprese colluse, i quali vedono diminuire le vendite dei propri beni a causa della riduzione della produzione del bene oggetto del cartello²⁷.

Secondo gli Autori l’esistenza di tali danni dovrebbe essere provata volta per volta da chi pretende il risarcimento e non deriverebbe necessariamente da ogni pratica di sfruttamento

²⁴ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 21

²⁵ Si pensi all’*umbrella effect*, che consente anche ai concorrenti non collusi di alzare i propri prezzi oltre il livello concorrenziale; alle risorse impiegate per tenere in piedi, segretamente, il cartello; all’alterazione dell’allocazione delle risorse in senso intertemporale: L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 25.

²⁶ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 78.

²⁷ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., pp. 22-24

perché «*la grande maggioranza dei procedimenti per intesa non accertano l’esistenza di un effetto distortivo, bensì solo di un oggetto oppure – con frequenza elevata – l’esistenza di pratiche concordate*»²⁸.

I provvedimenti delle autorità antitrust, in altri termini, nella maggior parte dei casi accerterebbero solamente fattispecie che, pur essendo equivalenti da un punto di vista antitrust alle intese con effetti restrittivi, in quanto generano – o comunque sono idonee a generare – i medesimi danni sociali, «*non lo sono sotto il profilo del diritto civile*»²⁹, giacché non dimostrerebbero il danno privato patito dai singoli acquirenti³⁰.

In sede civile pertanto «*è indispensabile che venga accertato che l’intesa abbia oggettivamente esplicitato un effetto distortivo nei confronti dell’attore concretamente misurabile con riferimento ai prezzi ad esso effettivamente praticati da un partecipante all’intesa*»³¹.

Tanto è vero che, come ricordano gli Autori, numerose pronunce giurisprudenziali, pur a seguito di un provvedimento di accertamento di un’intesa restrittiva, hanno negato il risarcimento del danno per mancanza della prova dell’esistenza del danno patito in concreto dall’attore³².

²⁸ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 47

²⁹ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 47.

³⁰ Le pratiche concordate o le intese con oggetto restrittivo costituiscono cioè degli illeciti di pericolo, che vengono sanzionati dalle norme antitrust alla stessa stregua delle intese con effetti restrittivi, che sono veri e propri illeciti di danno. Per questo motivo spesso le autorità antitrust si limitano ad accertare l’anticorrenzialità dell’oggetto o la sussistenza della pratica senza verificarne gli effetti in concreto.

³¹ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 51.

³² L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 49 e pp. 156-157, ricordano la sentenza del *Tribunal de Commerce de Paris*, 26.1.2007, *Laboratoires Juva c. Hoffmann-La Roche*, che, in riferimento al noto caso del cartello sul mercato delle vitamine (caso *Vitamine*), accertato dalla Commissione CE con decisione del 21.11.2001, in GUCE, 2003, L6/1, ha respinto la richiesta risarcitoria dell’attore perché questo non avrebbe provato il danno, ossia il fatto che il (sovrap)prezzo effettivamente pagato per le forniture di vitamine C e B fosse conseguenza del cartello esistente a monte.

Nello stesso senso si può ricordare la già citata sentenza della C. App. Napoli, 9.2.2006, n. 374, secondo cui «*il comportamento accertato e sanzionato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato non comporta ex se l’affermazione di responsabilità della società assicuratrice in ordine alla pretesa attorea, dovendo accertarsi l’incidenza causale del comportamento medesimo nella produzione del danno assunto: il danno infatti non si pone quale conseguenza automatica di ogni comportamento illegittimo*».

Gli Autori poi ricordano anche quanto affermato da Cass. sez. III, 2.2.2007, n. 2305, cit., ma in tal caso in realtà, come



Del resto, la necessità della prova del danno patito in concreto risulterebbe ancor più evidente qualora ad agire fossero i “*non acquirenti*”, ossia coloro che hanno rinunciato al bene a causa della pratica di sfruttamento, i quali «*dovrebbero dimostrare quanto compravano prima dell’aumento dei prezzi e quanto comprano dopo*»³³; cosa questa assai difficoltosa³⁴.

Si tratta, tuttavia, di conclusioni che sono state criticate perché intendono elevare a principio generale ciò che, in realtà, costituirebbe un’eccezione, o comunque una circostanza da verificare caso per caso, sì da rappresentare una vera e propria piramide rovesciata³⁵.

Si è infatti osservato che anzi assai spesso i provvedimenti delle autorità antitrust contengono riferimenti precisi anche in ordine alla sussistenza dei concreti effetti dannosi generati dalle pratiche anticoncorrenziali, quantomeno al momento di avviare l’istruttoria³⁶ o ai fini della quantificazione della sanzione. Del resto, è difficile pensare che le imprese stringano intese illecite (con tutti i rischi e i costi del caso) per il solo gusto di farlo, senza alcuna ricaduta sul mercato; senza contare peraltro che già la stessa esistenza di una intesa restrittiva della concorrenza è capace di produrre effetti negativi sul mercato, a discapito dei consumatori³⁷.

E si aggiunga che nel procedimento davanti alle autorità antitrust – dove è garantito il contraddittorio – l’accertamento di un’intesa restrittiva si deve fondare su una pluralità di indizi gravi precisi e concordanti, tra i quali assai spesso vi è l’analisi dei dati mercato e degli effetti in concreto della pratica contestata³⁸.

vedremo, la Corte ha affermato che l’esistenza del danno, pur non essendo *in re ipsa*, ben può essere presunta.

³³ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 23.

³⁴ In realtà sono gli stessi L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., pp. 224-225, a ricordare che la prova dei danni patiti dai non acquirenti, per quanto difficile, è comunque possibile, giacché il pregiudizio «*può essere approssimato in modo semplice, ad esempio moltiplicando l’overcharge per il numero di unità che non vengono più acquistate*» nel caso di riduzione del volume degli acquisti, ovvero prendendo quale riferimento «*il prezzo che veniva pagato per il prodotto ora non più acquistato*» da considerarsi quale «*misura del valore economico che il consumatore gli attribuiva*».

³⁵ S. FROVA, *Prova e valutazione del danno antitrust. La piramide rovesciata*, cit., p. 571.

³⁶ A. NICITA, *Effetti collaterali o malattie croniche?*, cit., p. 579.

³⁷ S. FROVA, *Prova e valutazione del danno antitrust. La piramide rovesciata*, cit., pp. 571-572.

³⁸ Si veda, per un esempio, il recente caso del cartello dei produttori di pasta (AGCM, I-694, *Listino prezzi della pasta*, provv. n. 19562 del 25.2.2009, in Boll. 8/2009), in cui l’AGCM, ha sanzionato un’intesa con oggetto e con effetto restrittivo della concorrenza, individuando nel corpo del

Quel che è certo comunque è che non è possibile individuare una soluzione astratta *a priori*, ma occorre verificare caso per caso il contenuto del provvedimento dell’autorità antitrust.

Premesso, infatti, che allo stato dell’arte i provvedimenti amministrativi non sono vincolanti per i giudici ordinari, ma possono valere quale elemento di prova³⁹, è chiaro che si deve distinguere se essi contengano comunque un accertamento degli effetti dannosi sul mercato di una pratica ovvero se si limitino ad accertare un’intesa con il solo oggetto restrittivo, senza alcuna verifica, neppure nel corpo del provvedimento, circa i suoi effetti concreti sul mercato.

Nel primo caso – che si verifica necessariamente quando l’autorità sanziona un’abusiva fissazione di prezzi eccessivamente gravosi ai sensi dell’art. 3 lett. a) l. 287/90, ma che si può verificare anche con riferimento alle intese, perché spesso i provvedimenti delle autorità antitrust contengono analisi dell’andamento del mercato – l’onere probatorio relativo all’esistenza dei danni “privati” può ritenersi assolto dall’attore con l’allegazione del provvedimento dell’autorità e con la prova della stipulazione del contratto a valle della pratica.

Il che rimane sufficiente anche nel caso in cui il provvedimento dell’autorità non accerti l’esistenza del danno in capo al singolo soggetto attore in giudizio, ma si limiti a registrare gli effetti dannosi della pratica sul mercato in generale (ad es. il sovrapprezzo).

Se, infatti, sono provate la presenza di un’intesa che ha prodotto effetti sul mercato e la stipulazione di un contratto a valle di quella intesa, si può senz’altro presumere che il (sovrapp)prezzo pagato dal consumatore sia causato dalla pratica anticoncorrenziale⁴⁰. Salva in ogni caso la possibile

provvedimento il sovrapprezzo applicato dai singoli produttori in attuazione del cartello.

³⁹ Si tratta di principio ormai pacifico nel nostro ordinamento: v. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2006.

Le decisioni della Commissione CE, viceversa, sono vincolanti per i giudici ordinari ai sensi dell’art. 16, Reg. CE 1/2003, che ha recepito il principio espresso da C. Giust. CE, 14.12.2000, C-344/98, *Masterfoods*.

Il Libro Bianco della Commissione CE, cit., propone adesso di estendere tale regola anche alle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza, che dovrebbero essere perciò vincolanti per i giudici ordinari.

⁴⁰ In tal senso si è espressa la Cass. civ. sez. III, 2.2.2007, n. 2305, cit., secondo cui, nell’ambito del caso RC Auto, all’assicurato che agisce per il risarcimento «*sarà sufficiente allegare l’accertamento dell’intesa anticoncorrenziale da parte dell’Autorità Garante (come condotta preparatoria) e la polizza contratta (come condotta finale), individuando il danno nella maggior somma pagata (rispetto a quella che avrebbe pagato se il mercato assicurativo non fosse stato viziato nella sua competitività)*», perché il giudice potrà desumere



prova contraria da parte dell'impresa convenuta, chiamata, ai sensi dell'art. 2697 c.c., a dimostrare le circostanze eccezionali che avrebbero interrotto il nesso causale e determinato altrimenti quel prezzo, ovvero a provare l'inesistenza nel caso di specie del sovrapprezzo accertato dal provvedimento dell'autorità antitrust.

Nel secondo caso, invece, ove il provvedimento dell'autorità antitrust non contenga alcuno, neppure minimo, riferimento agli effetti scaturiti dalla pratica sul mercato e si limiti ad accertarne l'oggetto restrittivo, l'attore sarà chiamato non solo a dimostrare di aver acquistato il bene oggetto della condotta anticoncorrenziale, ma anche a dare la prova che la condotta sanzionata dall'autorità ha prodotto effetti sul mercato. Dovrà cioè dimostrare che l'intesa con oggetto restrittivo non è rimasta al livello di mera potenzialità, di “tentativo” non portato a compimento punibile solo come illecito di pericolo ai sensi delle norme antitrust, ma che essa ha trovato attuazione sul mercato generando effetti distorsivi, a partire dalla limitazione della libertà di scelta⁴¹. Il che potrà avvenire, ad esempio, dimostrando che nel periodo in cui è stata posta in essere la pratica si è registrato un aumento dei prezzi sul mercato rispetto al periodo precedente o successivo o rispetto ad altri mercati, oppure anche dimostrando semplicemente l'andamento parallelo dei prezzi praticati dalle imprese colluse.

Tutto ciò, del resto, non significa affatto affermare che il danno privato sussista *in re ipsa* per effetto di una pratica di sfruttamento, ma, in linea con la strada indicata dalla Corte di Cassazione e dagli organi comunitari, significa utilizzare gli strumenti di prova che il nostro ordinamento già offre, quali le presunzioni e la corretta ripartizione degli oneri probatori, al fine di evitare che le difficoltà istruttorie costituiscano un ostacolo insormontabile per le vittime delle pratiche di sfruttamento, vanificando l'effettività del diritto al risarcimento.

l'esistenza del nesso causale tra l'intesa e il danno anche attraverso criteri di alta probabilità logica e presunzioni, salva la prova contraria dell'assicuratore.

⁴¹ La sussistenza del danno in concreto e del nesso di causalità è stata ad esempio esclusa nel caso *Bluvacanze* dalla Corte di Appello di Milano (11.7.2003, *Bluvacanze c. Viaggi del Ventaglio*, in *Dir. ind.*, 2004, 2, 157) con riferimento alla posizione di un membro del cartello, che è risultato non aver dato attuazione all'intesa illecita, mentre gli altri membri sono stati condannati al risarcimento perché avevano dato corso all'illecito.

4.2.(...) e nel caso di *passing-on*.

La prova dell'esistenza del danno privato risulta ancor più difficile nel caso di *passing-on*, vale a dire quando la pratica di sfruttamento ha ad oggetto un bene che non viene acquistato immediatamente dai consumatori finali, ma che passa lungo la catena distributiva attraverso un intermediario o che viene incorporato in un altro prodotto complesso (come ad esempio la farina rispetto al pane, o il grano rispetto alla pasta).

In tale ipotesi, infatti, gli effetti dannosi della pratica di sfruttamento vengono ripartiti tra gli acquirenti diretti (che patiscono un danno emergente per il sovrapprezzo pagato agli autori del cartello e non trasferito sui consumatori finali e un lucro cessante per la riduzione delle vendite) e gli acquirenti finali (o indiretti), sui quali normalmente viene trasferito (almeno in parte) il sovrapprezzo derivante dal cartello a monte.

Il problema centrale in punto di individuazione dell'esistenza dei danni privati concerne allora l'accertamento dell'entità della traslazione del danno sui consumatori finali.

L'azione risarcitoria dell'acquirente diretto (almeno sotto il profilo del danno emergente) potrebbe infatti essere paralizzata dall'eccezione con cui il convenuto facesse valere il fatto che il sovrapprezzo sia stato trasferito sui consumatori finali.

E reciprocamente l'azione dei consumatori finali potrebbe essere ostacolata dall'eccezione inversa, ossia invocando il fatto che essi non sarebbero stati raggiunti dagli effetti dannosi della pratica di sfruttamento, assorbiti dagli intermediari lungo la catena distributiva.

Si tratta, in effetti, di difese che sono state spesso accolte nella prassi giurisprudenziale europea, come ricordano gli Autori del Volume in commento. Sulla scorta di una giurisprudenza della Corte di Giustizia CE incline a riconoscere la *passing-on defence* e perciò ad escludere il risarcimento tutte le volte in cui risulti possibile la traslazione del danno a valle⁴², i tribunali francesi, tedeschi e italiani hanno infatti negato il risarcimento del danno richiesto dagli acquirenti diretti di un cartello, affermando che requisito essenziale per l'accoglimento delle

⁴² Si tratta della giurisprudenza ricordata da L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 54, relativa al caso *Gritz*, del tutto estraneo rispetto al *private antitrust enforcement* (C. giust. CE, 4.10.1979, *Dumortier freres SA*, C-64 e113/76, 239/78, 45/79), in cui la Corte ha affermato che «per valutare l'esistenza del danno lamentato dall'attore si deve tener conto del fatto che questi ha potuto traslare sui propri prezzi gli effetti pregiudizievoli di cui chiede il risarcimento», tanto da indurre a ritenere che sussista quasi un obbligo di traslare a valle i danni.



loro domande è la prova di non aver traslato a valle il sovrapprezzo derivante dal cartello delle imprese convenute⁴³.

Sulla base di ciò e per alleviare gli oneri probatori a carico degli acquirenti indiretti, il Libro Bianco della Commissione CE propone pertanto di introdurre una vera e propria presunzione semplice di integrale trasferimento del sovrapprezzo a valle, salvo poi, nel caso di azioni avviate dai contraenti diretti, porre a carico dei convenuti la prova del trasferimento.

Tale impostazione, che finisce per privilegiare sempre la posizione di chi agisce, e in particolare quella dei contraenti indiretti, è però criticata da L. Prosperetti, E. Pani e I. Tomasi, che mettono in evidenza come essa non tenga adeguatamente conto del fatto che da un punto di vista economico nella maggior parte dei casi il sovrapprezzo non viene trasferito integralmente sugli acquirenti finali, ma viene ripartito tra acquirenti diretti e indiretti.

La traslazione dell'intero sovrapprezzo è infatti assai rara, perché presuppone una curva di domanda totalmente rigida; così come, all'opposto è assai raro che il sovrapprezzo non venga traslato affatto, giacché ciò presupporrebbe una curva di domanda altamente elastica⁴⁴.

Il danno, insomma, per la scienza economica, viene quasi sempre ripartito, in misura maggiore o minore in funzione della elasticità della curva di domanda, tra acquirente diretto e acquirenti indiretti⁴⁵.

Per cui non vi è dubbio che dal punto di vista economico la soluzione accolta dagli organi comunitari si discosti dall'*id quod plerumque accidit*.

Essa, però, si giustifica da un lato con la necessità di tutelare adeguatamente coloro che, in quanto consumatori finali, subiscono il danno da sovrapprezzo senza avere la possibilità di trasferirlo

su altri soggetti⁴⁶, e, dall'altro lato, con l'esigenza di non riconoscere agli acquirenti diretti un risarcimento maggiore del danno effettivamente patito, coerentemente con il principio compensativo della responsabilità civile⁴⁷.

Si tratta, insomma, di una soluzione che riesce a contemperare la funzione compensativa della responsabilità civile con la tutela effettiva delle vittime delle pratiche anticoncorrenziali, privilegiando sempre chi agisce per il risarcimento e ponendo a carico del convenuto la prova contraria. Il che risulta coerente anche con il principio di cui all'art. 2697 c.c., che pone a carico del convenuto la prova delle eccezioni, quale sicuramente è quella relativa al *passing-on*.

Valga solo aggiungere che la soluzione più convincente, al fine di agevolare le azioni risarcitorie senza trascurare quanto si ricava dalle analisi economiche del fenomeno in questione, sarebbe probabilmente quella di prevedere ed incentivare azioni comuni da parte dei contraenti diretti e indiretti e di rimettere ad una successiva fase la quantificazione e la ripartizione dei danni tra loro⁴⁸.

In tal modo, infatti, da un lato si eviterebbe *tout court* che i convenuti utilizzassero il *passing-on* quale arma di difesa e dall'altro lato si scongiurerebbe il rischio di risarcimenti doppi, dovuti alle presunzioni sempre favorevoli agli attori.

⁴⁶ L. NIVARRA L., *Il 2° comma dell'art. 33. La tutela civile: profili sostanziali*, cit., p. 1463.

⁴⁷ Negli USA, ove soprattutto per ragioni di efficienza del sistema rimediabile, a livello federale vige la regola per cui hanno diritto al risarcimento solo gli acquirenti diretti, e non quelli indiretti, la responsabilità civile svolge proprio per questo una funzione prevalentemente deterrente e non compensativa. Siffatto orientamento della giurisprudenza americana ha preso avvio con i casi *Associated General Contractors of Cal v. Cal State Council of Carpenters* (459 US 519, 536 n 33, 1983); *Holmes v. SIPC* (503 US 258, 272, n 20, 1992) e *Blue Shield v. McCready* (457 US 465, 1982) in cui la Corte Suprema Usa ha elaborato il criterio della *proximate causation* (o *remoteness rule*) per affermare la legittimazione ad agire solo dei soggetti più vicini all'infrazione e perciò più incentivati.

Sulla base di ciò, nei casi *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.* (392 US 481, 88 S.Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231, 1968) e *Illinois Brick Co. v. Illinois* (431 US 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707, 1977), la Corte Suprema ha affermato espressamente la *indirect purchaser rule* (o *passing-on doctrine*), ossia la regola in base alla quale hanno diritto al risarcimento solo i contraenti diretti dell'autore dell'infrazione e non i contraenti indiretti, a prescindere dall'applicazione del principio compensativo.

⁴⁸ G. MONTI, *Limits on the right to secure damages for antitrust infringements*, paper della lezione tenuta presso l'Università di Firenze il 3.7.2008 nell'ambito del Dottorato di ricerca della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze in "Obbligazioni e contratti nel diritto privato italiano e europeo", p. 8.

⁴³ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 54 e ss. ricordano la sentenza del Tribunal de Commerce de Paris, 26.1.2007, *Laboratoires Juva v. Hoffmann-La Roche*, e quella del Tribunal de Commerce de Nanterre, 11.5.2006, *Arkopharma v. Roche and Hoffmann-La Roche*, relative al caso *Vitamine*; una sentenza dell'Oberlandesgericht di Karlsruhe del 28.1.2004 (ma nel luglio 2005 in Germania è entrata in vigore una riforma legislativa che ha ridotto la possibilità di invocare la *passing-on defence*); e la sentenza della Corte di appello di Torino, 6.7.2000, *Indaba c. Juventus FC*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 46.

⁴⁴ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 52; nello stesso senso cfr. H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*, 3^a ed., Thomson-West, St. Paul, Minnesota, USA, 2005, pp. 624 e ss.

⁴⁵ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 52.





| 82

Ma si tratta di soluzione assai lontana, giacché, anzi, il recentissimo art. 140 bis Cod. Cons. si pone nella direzione esattamente opposta, assegnando la legittimazione ad esercitare le azioni collettive risarcitorie solo ai “consumatori” e non ai “professionisti” (ossia coloro che solitamente sono i contraenti diretti).

5. I danni da pratiche escludenti.

Le pratiche escludenti consistono in quei comportamenti posti in essere dalle imprese aderenti ad un cartello, o dall’impresa dominante, al fine di «*escludere i concorrenti dal mercato o impedirne l’ingresso ad esempio rifiutandosi di contrattare, di concedere accesso ad infrastrutture essenziali, praticando prezzi predatori o adottando clausole contrattuali fidelizzanti*»⁴⁹.

Il danno sociale deriva qui dal fatto che alla collettività viene negata la possibilità di avere una concorrenza tra più soggetti e dunque, di riflesso, prezzi presumibilmente più bassi, qualità più elevata e maggiore innovazione tecnologica. Senza contare che le spese sostenute per tali pratiche costituiscono un inutile dispendio di risorse⁵⁰.

I danni privati riguardano esclusivamente i concorrenti esclusi dal mercato.

Gli acquirenti del bene oggetto della pratica, infatti, non patiscono immediatamente alcun pregiudizio (anzi, talvolta ne hanno un beneficio: si pensi ai prezzi predatori), giacché i riflessi negativi sui prezzi e sulla qualità si verificano solo in un secondo momento, quando all’esito della pratica escludente l’impresa che l’ha posta in essere rimane in una posizione di monopolio di cui può abusare.

I concorrenti esclusi, invece, patiscono immediatamente un pregiudizio sotto forma di danno emergente, consistente nella perdita degli investimenti specifici effettuati (ossia dei costi irre recuperabili sostenuti per entrare e/o rimanere sul mercato), di lucro cessante, consistente nella perdita dei profitti che avrebbero ottenuto rimanendo sul mercato e, talvolta, anche un danno da perdita di *chance*, nel caso in cui l’esclusione dal mercato impedisca di acquisire titoli o competenze utili in futuro per aumentare la produzione (e di

conseguenza i profitti) o per entrare su nuovi mercati⁵¹.

Secondo L. Prosperetti, E. Pani e I. Tomasi, tuttavia, anche le pratiche escludenti non producono sempre e necessariamente un danno privato risarcibile.

Anzitutto, infatti, vi sarebbero dubbi sulla stessa individuazione delle pratiche escludenti illecite e quindi risulterebbe difficile isolare il danno ai concorrenti generato da un comportamento illegittimo rispetto a quello che potrebbe derivare da un comportamento concorrenziale lecito⁵².

Poi si dovrebbe considerare che «*una condotta abusiva può recare danno ad alcuni concorrenti ma non ad altri*»⁵³, sicché «*non è detto che un comportamento illegittimamente escludente abbia causato un danno privato ad uno specifico concorrente, se ad esempio questi non era sufficientemente efficiente per servire il mercato*»⁵⁴.

Ancora, perché sarebbe «*elevata la probabilità che i concorrenti dell’impresa dominante, in seguito al sanzionamento dei suoi comportamenti abusivi, avviino azioni civili lamentando un danno, anche se non lo hanno in effetti subito, al fine di vedersi liquidare danni mai patiti, o di ottenere concessioni di vario genere mediante transazioni stragiudiziali, utilizzando la normativa sulla concorrenza – secondo la felice espressione di Baumol – to subvert competition*»⁵⁵.

Infine, e soprattutto, perché il concorrente escluso avrebbe il dovere di “mitigare” il danno, ossia non solo di evitarne l’aggravamento, ma anche di limitarne l’entità, adottando le opportune e ragionevoli iniziative imprenditoriali volte a non disperdere completamente gli investimenti fatti. Il che potrebbe avvenire ad esempio entrando in un mercato contiguo a quello oggetto della pratica escludente, sì da estrarre da tale mercato i profitti mancati sul mercato oggetto della pratica anticoncorrenziale⁵⁶.

⁴⁹ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 26.

⁵⁰ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 26 e p. 63. In realtà gli effetti negativi per la collettività sono spesso messi in discussione da coloro che, come gli Autori, sottolineano i possibili risvolti positivi di tali pratiche, quali gli aumenti di efficienza legati alle economie di scala (p. 63-64).

⁵¹ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 40.

⁵² L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 29.

⁵³ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 29.

⁵⁴ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 64.

⁵⁵ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 30.

⁵⁶ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 80 e ss. dove gli Autori fanno l’esempio del produttore di trappole per topi che, una volta escluso abusivamente dal mercato del Veneto ove aveva deciso di entrare, avrebbe comunque il dovere di investire le risorse umane e materiali già predisposte per aggredire il contiguo mercato del Trentino. Sicché il danno da lui patito dovrebbe essere calcolato tenendo conto dei profitti che avrebbe potuto trarre su tale diverso

Si tratterebbe, infatti, di un dovere affermato spesso dalla giurisprudenza statunitense e comunitaria e che nel nostro ordinamento troverebbe la propria fonte nell'art. 1227 c.c., che imporrebbe di tener conto dell'assioma della razionalità degli agenti economici⁵⁷.

Anche in questo caso, però, le conclusioni degli Autori sono state criticate perché paiono rovesciare il rapporto tra regola ed eccezioni⁵⁸.

Anzitutto, infatti, i dubbi sull'individuazione delle pratiche escludenti abusive e sui loro effetti sociali negativi, pur potendo assumere rilievo in sede di applicazione dei divieti antitrust e di delimitazione delle fattispecie illecite, non possono certo valere ad escludere il risarcimento una volta che la pratica sia stata sanzionata come illecita.

Poi perché il fatto che alcuni concorrenti sarebbero stati esclusi anche in assenza della pratica escludente non può certo implicare che nessun concorrente escluso abbia diritto al risarcimento, ma semmai può divenire rilevante, caso per caso, in sede di valutazione del nesso di causalità e di quantificazione.

Infine, e soprattutto, perché il dovere di diligenza posto a carico del danneggiato dall'art. 1227 c.c. non può spingersi fino a imporgli di intraprendere nuove iniziative economiche volte a reinvestire le risorse spese nel mercato da cui è stato escluso. Il dovere di evitare l'aggravarsi del danno non può infatti essere inteso quale dovere di porre in essere un comportamento attivo alternativo, volto a compensare i danni con altri profitti.

La tesi degli Autori, del resto, si fonda sulla possibilità per il concorrente escluso di estrarre profitti su un nuovo mercato, ma ciò, se anche talvolta fosse possibile, non costituisce certo ipotesi generale, dato che i diversi mercati non possono considerarsi così facilmente sostituibili e intercambiabili tra loro⁵⁹.

Si deve infatti considerare che l'accertamento di un abuso escludente presuppone necessariamente l'individuazione del mercato rilevante, per cui delle due l'una: o i due mercati (quello oggetto dell'abuso e quello contiguo) sono intercambiabili tra loro e allora è erronea l'individuazione iniziale del mercato di riferimento, che avrebbe dovuto comprendere anche quello contiguo, e la pratica in

questione in realtà non dovrebbe neppure essere considerata illecita; oppure l'individuazione del mercato rilevante è corretta, non vi è sostituibilità e il concorrente escluso non ha la possibilità di entrare facilmente e senza costi nel nuovo e diverso ambito geografico (o di prodotto)⁶⁰.

Sicché l'intraprendere nuove e rischiose attività economiche in mercati diversi da quello oggetto dell'illecito non può rientrare nel dovere di diligenza di cui all'art. 1227 c.c.

Basti pensare, infatti, che tale norma è stata interpretata costantemente nel senso che si intendono comprese nell'ambito dell'ordinaria diligenza «soltanto quelle attività che non siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici»⁶¹.

E in ogni caso, anche ove sussistesse un obbligo di tal genere, il suo mancato assolvimento non interromperebbe il nesso causale, ma, al più, attenuerebbe la responsabilità dell'autore dell'illecito⁶², sul quale, peraltro, ricadrebbe sicuramente l'onere di dimostrare l'entità dei profitti che il concorrente escluso avrebbe potuto ricavare sul nuovo mercato, giacché quella prevista dal comma 2 dell'art. 1227 c.c. è pacificamente un'eccezione in senso proprio, rilevabile solo su istanza di parte⁶³.

6. Le regole e i criteri per la quantificazione.

6.1. La questione dei danni punitivi.

Dopo aver così individuato l'ambito dei danni privati antitrust conseguenti alle diverse pratiche anticoncorrenziali, gli Autori passano ad affrontare il profilo della loro quantificazione e dei criteri di calcolo più adeguati.

A tal fine premettono anzitutto che non vi è motivo di abbandonare la logica compensativa propria del nostro sistema di responsabilità civile⁶⁴ ed escludono quindi sia la configurabilità dei danni multipli (punitivi) analoghi a quelli liquidati negli

mercato e del fatto che non tutti gli investimenti eseguiti erano a fondo perduto.

⁵⁷ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 90.

⁵⁸ S. FROVA, *Prova e valutazione del danno antitrust. La piramide rovesciata*, cit., p. 571; A. NICITA, *Effetti collaterali o malattie croniche?*, cit., p. 577.

⁵⁹ S. FROVA, *Prova e valutazione del danno antitrust. La piramide rovesciata*, cit., p. 573; A. NICITA, *Effetti collaterali o malattie croniche?*, cit., p. 582.

⁶⁰ S. FROVA, *Prova e valutazione del danno antitrust. La piramide rovesciata*, cit., p. 575; A. NICITA, *Effetti collaterali o malattie croniche?*, cit., p. 582.

⁶¹ Così Cass., 20.11.1991, n. 12439, in *Giust. civ.*, 1992, I, 696. Cass. 14.5.1998, n. 4854, in *Giust. civ.*, 1999, I, 200, ha in proposito specificato che ai sensi dell'art. 1227 comma 2 c.c. non può richiedersi al danneggiato di compiere scelte riconducibili alla libertà di iniziativa economica, quali investimenti alternativi idonei a limitare il danno.

⁶² Chiarissima in tal senso già Cass. sez. un., 17.11.1978, . 5328 in *Giust. civ.*, 1979, I, 32.

⁶³ *Ex multis* v. Cass., 23.5.2001, n. 7025.

⁶⁴ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 107 e p. 116.



Usa, sia la possibilità di quantificare il risarcimento in misura pari ai profitti ottenuti con l'illecito, secondo il principio fatto proprio dall'art. 125 comma 3 del Codice della proprietà intellettuale.

Sostengono infatti L. Prosperetti, E. Pani e I. Tomasi che, anzitutto, il sistema di *antitrust enforcement* europeo non sarebbe (più) così inadeguato sotto il profilo della deterrenza come affermato dalla Commissione CE, giacché esso adesso è stato completato da un incisivo programma di *leniency* ed è stato rinforzato dall'applicazione di ammende di importo più elevato e giacché i dati su cui si fonderebbero gli studi della Commissione CE sarebbero non più attuali e non riferiti alle pratiche escludenti ma esclusivamente a quelle di sfruttamento. Il livello di deterrenza in Europa non sarebbe pertanto così debole da richiedere una quantificazione dei danni fondata su principi diversi da quello compensativo⁶⁵.

In particolare, poi, il principio dei danni multipli non potrebbe essere accolto perché sarebbe discutibile che essi contribuiscano a raggiungere la deterrenza ottimale e, soprattutto, perché in Europa la funzione deterrente nei confronti degli illeciti antitrust sarebbe già svolta dalle sanzioni amministrative (quasi del tutto assenti invece negli Usa), sicché i danni multipli costituirebbero una indebita duplicazione, in violazione del principio del *ne bis in idem*⁶⁶. Senza contare poi che nel nostro ordinamento la stessa Corte di Cassazione ha già ritenuto chiaramente inammissibili i danni punitivi, in quanto in contrasto con il principio compensativo della responsabilità civile⁶⁷.

⁶⁵ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., pp. 98-99 e 116.

⁶⁶ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., pp. 95-103. Da notare che proprio in materia di danni antitrust il risarcimento dei danni punitivi è stato escluso anche in Inghilterra, dove pure tali danni non contrastano con l'ordine pubblico: la *High Court* infatti, ritenendo già soddisfatta dal *public enforcement* la funzione deterrente, ha ritenuto che una quantificazione multipla dei danni è impedita dal principio *ne bis in idem* (*High Court*, 19.10.2007, *Devenish v. Sanofi-Avensis*).

⁶⁷ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 104.

La Corte di Cassazione, in relazione alla delibazione in Italia di una sentenza resa negli Stati Uniti e avente ad oggetto la condanna al risarcimento dei danni punitivi ha affermato che «nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale» (Cass. sez. III, 19.1.2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, 5, I, 1460 e ss. con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*; in *Giur.*

Quanto poi al criterio adottato dal Codice di proprietà intellettuale, gli Autori sottolineano che esso non potrebbe essere esportato nell'ambito della responsabilità civile antitrust in quanto si fonderebbe sulla teoria della *restitution*, ossia sull'esigenza di evitare l'ingiustificato arricchimento ottenuto da chi utilizza illecitamente un bene di proprietà altrui facendone propri i frutti. Mentre niente di tutto ciò si verifica negli illeciti concorrenziali, nei quali non vi è alcun utilizzo di bene di proprietà altrui⁶⁸.

Si tratta, senza dubbio, di conclusioni difficilmente contestabili, almeno allo stato dell'arte, in quanto *de iure condito* nel nostro ordinamento, attesa la funzione compensativa della responsabilità civile, non v'è spazio per risarcire danni multipli o punitivi, né per un'applicazione analogica al caso di specie del principio previsto dal Codice della proprietà intellettuale⁶⁹.

Del resto la stessa Commissione CE ha affrontato con estrema cautela il tema in questione, tanto che, pur dopo la sentenza *Manfredi*⁷⁰, in cui la Corte di giustizia CE aveva aperto ai danni punitivi in quegli ordinamenti nei quali essi sono già previsti per gli illeciti di rilevanza nazionale, nel Libro Bianco non vi è alcun riferimento ai danni multipli e si ribadisce anzi il principio compensativo del risarcimento integrale, sottolineandosi altresì che il *private antitrust enforcement* non deve andare a discapito del sistema rimediabile pubblicistico, cui è assegnata prevalentemente la funzione sanzionatoria.

D'altra parte, però, non va trascurato che nel Libro Bianco la funzione deterrente della responsabilità civile viene comunque ricordata quale obiettivo del sistema rimediabile civile, seppure secondario e solo consequenziale rispetto a quello della piena compensazione dei danni; né si deve dimenticare che nel *Working Paper* annesso al

it., 2007, p. 2724 e ss, con nota di V. TOMARCHIO, *Anche la Cassazione esclude il risarcimento dei danni punitivi*).

⁶⁸ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., pp. 106-110.

⁶⁹ Da segnalare però che il Giudice di Pace di Bitonto, nella sentenza relativa al caso *Manfredi* su cui si è espressa la Corte di Giustizia CE, ha fatto applicazione di danni doppi, facendo leva sul potere di fissare equitativamente l'entità del risarcimento e sulla necessità di garantire l'effettività del diritto: G. Pace di Bitonto, 21.5.2007, in *Danno e resp.*, 2007, p. 1278.

Su tale decisione v. P. NEBBIA, *...So what happened to mr. Manfredi? The Italian decision following the ruling of the European Court of Justice*, in *E.C.L.R.*, 2007, 28 (11), pp. 591-596; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 2, I, p. 174.

⁷⁰ Corte giust. CE, 13.7.2006, C-295/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*, cit.



Libro Bianco non si esclude affatto la possibilità di introdurre nell'ordinamento comunitario i danni punitivi per gli illeciti antitrust.

Del resto non v'è dubbio che la responsabilità civile svolga tutt'ora nel nostro ordinamento essenzialmente una funzione compensativa, ma è altrettanto vero che si registrano numerose aperture verso prospettive di deterrenza e di prevenzione, che potrebbero coesistere con la compensazione nell'ottica di una pluralità di funzioni della responsabilità civile⁷¹.

De iure condendo, dunque, niente impedisce che il legislatore possa introdurre ipotesi di responsabilità civile con funzione deterrente, fondate sul risarcimento di danni multipli⁷², soprattutto in quei settori ove si sono introdotte le azioni collettive risarcitorie a tutela delle parti deboli del sistema socio-economico, degli interessi generali del mercato e al fine di prevenire le

⁷¹ F.D. BUSNELLI., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, relazione presentata al Convegno su "La funzione deterrente della responsabilità civile" svoltosi a Siena dal 19 al 21 settembre 2007, consultata nel dattiloscritto e ora pubblicata in *Europa e Dir. Priv.*, 2009, 4, p. 909. Nello stesso senso G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, cit., 1464.

Anche P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 65, afferma che il nostro sistema della responsabilità civile è compatibile con una ricostruzione volta alla deterrenza che al tempo stesso non escluda la giustizia correttiva.

Nello stesso senso P. TRIMARCHI, *Illecito civile*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 108, secondo cui la responsabilità civile ha sia la funzione di reintegrare il patrimonio sia quella di sanzionare e di scoraggiare preventivamente gli atti illeciti.

Contra, proprio in tema di rimedi antitrust, M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. impresa*, 2008, 1, p. 120 e ss., che afferma invece che la funzione compensativa della responsabilità civile è incompatibile con quella deterrente e che nel nostro ordinamento la disciplina della responsabilità è costruita esclusivamente in funzione compensativa.

Sul tema v. adesso M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit.; F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, cit.

In generale, sulla funzione dei danni punitivi, v. S. PATTI, *Pena privata*, in *Danno e responsabilità civile*, a cura di F. D. Busnelli, S. Patti, Giappichelli, Torino, 2^a ed., 2003, p. 235 ss.; G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2008, 2, II, p. 25 e ss.

V. G. VETTORI, *La responsabilità civile tra funzione compensativa e deterrente*, in www.personaemercato.it, 5.10.2008; e con riferimento specifico all'antitrust P. NEBBIA, *Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?*, in *European Law Review*, 2008, p. 2.

⁷² Magari da interpretarsi quali obbligazioni da fatto illecito derivanti direttamente dall'art. 1173 c.c., e comunque senza equazioni con *i punitive damages* dell'esperienza americana, sebbene recentemente costituzionalizzati": così F.D. BUSNELLI., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit.

condotte scorrette e illecite delle imprese, perché «una responsabilità civile che non accarezzi la deterrenza non è una vera responsabilità civile»⁷³.

Né, peraltro, si dica, come invece ripetono spesso gli Autori del Libro in commento, che non vi sarebbe motivo di introdurre deroghe al sistema risarcitorio europeo nel settore dei danni antitrust, poiché al contrario, proprio l'enorme difficoltà probatoria e di quantificazione dei danni da pratiche anticoncorrenziali, unita alla loro parcellizzazione tra una moltitudine di soggetti rende indispensabile individuare regole peculiari al fine di garantire una tutela effettiva dei diritti dei danneggiati.

6.2.I metodi di quantificazione dei danni antitrust.

Ciò premesso, gli Autori ricordano che la quantificazione dei danni può essere condotta attraverso un approccio differenziale, che confronta la situazione attuale del danneggiato con una situazione ipotetica che differisce da quella reale per gli effetti dell'illecito⁷⁴: si tratta cioè di ricostruire quella che sarebbe stata la situazione del danneggiato in assenza della pratica anticoncorrenziale.

I diversi metodi di quantificazione dei danni differiscono quindi per il procedimento di costruzione della situazione ipotetica, che presenta problemi rilevanti e diversi per le pratiche escludenti e per le pratiche di sfruttamento⁷⁵.

Solitamente la costruzione della situazione ipotetica è più facile per le pratiche di sfruttamento, in quanto il danno in tali ipotesi consiste soprattutto nel sovrapprezzo pagato dagli acquirenti, mentre nelle pratiche escludenti occorre ricostruire quale sarebbe stata la situazione dell'impresa danneggiata, sotto il profilo dei suoi costi e dei suoi profitti, ove essa non fosse stata esclusa dal mercato⁷⁶.

Ma in ogni caso, avvertono gli Autori, occorre fare attenzione a non incorrere nella fallacia del *post hoc ergo propter hoc*, che consiste nel ricondurre alla pratica anticoncorrenziale ogni variazione

⁷³ Si tratta di espressione usata da G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. comm.* 2006, II, p. 297 e fatta propria anche da F.D. BUSNELLI *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit.

⁷⁴ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 111.

⁷⁵ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 111.

⁷⁶ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., pp. 111-112.



negativa osservata tra la situazione reale e quella precedente all'illecito⁷⁷.

Esistono essenzialmente due grandi categorie di metodi di quantificazione dei danni: quelli analitici e quelli sintetici.

I primi sono quelli che «*valutano il danno patito a seguito di una violazione antitrust ponendo a confronto la situazione effettiva del danneggiato con uno scenario ipotetico (but-for) costruito utilizzando analiticamente evidenze di mercato ed informazioni economiche e contabili*»⁷⁸.

I secondi costruiscono lo scenario ipotetico identificandolo con quello precedente o successivo al periodo nel quale ha avuto luogo la pratica anticoncorrenziale (metodo *before and after*)⁷⁹, ovvero identificandolo con la situazione in cui si trova un soggetto equivalente (che può essere un'impresa equivalente per le pratiche escludenti e un acquirente equivalente per le pratiche di sfruttamento) che «*non sia stato affetto dalla violazione*»⁸⁰ (metodo *benchmark* o *yardstick*).

Il metodo analitico, applicato agli abusi di sfruttamento, consiste nel ricostruire il prezzo concorrenziale (che si sarebbe avuto in assenza della pratica illecita) a partire dalla struttura dei costi dell'impresa e, in particolare, dall'individuazione del costo marginale⁸¹.

Tuttavia, come messo in evidenza dagli Autori, si tratta di un metodo che mal si presta alla quantificazione dei danni in questione, giacché dipende dall'applicazione di un numero troppo elevato di variabili in grado di modificarne l'esito⁸². Tanto più che l'individuazione dei costi marginali è già di per sé assai difficoltosa e comunque non sarebbe in grado di fornire certezze, poiché solo nei mercati perfettamente concorrenziali il prezzo eguaglia il costo marginale, mentre nella realtà dei mercati non perfettamente concorrenziali ciò si verifica assai raramente⁸³. Sicché stimare i prezzi ipotetici esclusivamente sulla base dei dati contabili

comporta difficoltà e incertezze quasi insormontabili⁸⁴.

Il metodo in questione, viceversa, risulta più adatto alla quantificazione dei danni da pratiche escludenti, ove si tratta di stabilire quale sarebbe stata la situazione dell'impresa illecitamente esclusa dal mercato a partire dall'analisi – critica – dei piani e delle previsioni di crescita del danneggiato formulati prima dell'abuso, dall'analisi dei dati a consuntivo o dall'utilizzo di un approccio econometrico.

In tal caso, infatti, «*l'esame critico dei piani che l'attore aveva messo a punto prima di subire l'abuso, o dei risultati da esso comunque conseguiti, integrato dall'analisi dei suoi principali dati economici e da eventuali prove testimoniali, può consentire di ricostruire un ragionevole scenario alternativo*»⁸⁵.

Tanto è vero che, come ricordato dagli Autori con grande attenzione, tale metodo è stato utilizzato a tal proposito assai spesso sia dai giudici statunitensi che da quelli europei⁸⁶.

Quanto ai metodi sintetici, essi appaiono agli Autori più adatti alla quantificazione dei danni da pratiche di sfruttamento, ma comunque non sufficienti sotto il profilo probatorio.

Osservano infatti gli Autori che il prezzo ipotetico non può essere determinato esclusivamente identificandolo con quello precedente o successivo all'illecito ovvero con quello praticato su un mercato analogo immune da pratiche anticoncorrenziali.

Vi sarebbero, infatti, talmente tante variabili che incidono sulla fissazione del prezzo che tale metodo cadrebbe nell'errore del *post hoc ergo propter hoc*.

Basti pensare, dicono gli Autori, che raramente vi è certezza sul periodo nel quale l'illecito si è compiuto, che le dinamiche del mercato e gli input delle imprese possono cambiare anche

⁸⁴ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 146.

⁸⁵ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 146.

⁸⁶ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., pp. 131 – 145: da segnalare in Europa, oltre a numerosi casi francesi richiamati dagli Autori, in Spagna il caso *Antena 3* (Juzgado de Primera Instancia Madrid, 7.6.2005, *Antena 3 de Television vs. Liga Nacional de Futbol Profesional*), nel quale il giudice ha ritenuto affidabile la stima dei profitti elaborata dall'attore, respingendo l'eccezione di controparte secondo cui si sarebbe trattato di meri “*suenos de fortuna*”; in Italia il caso *Telsystem* (C. App. Milano, 26.11.1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 520 e C. App. Milano, 24.12.1996, in *Danno e resp.*, 1997, 602) in cui si è fatto ricorso all'analisi critica dei piani di sviluppo dell'attore, e il caso *Valgrana* (C. App. Torino, 7.2.2002, in *giur. dir. ind.*, 2002) nel quale i giudici hanno ritenuto di applicare un criterio equitativo basato però su dati analitici semplificati.

⁷⁷ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 114.

⁷⁸ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 119.

⁷⁹ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 147.

⁸⁰ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 165.

⁸¹ Un metodo analitico alternativo è quello consistente nell'impiego di un modello econometrico, basato sull'analisi di regressione: L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 123.

⁸² L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 128.

⁸³ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., pp. 120-121.



notevolmente nel tempo, che il sovrapprezzo comunque potrebbe non essere stato praticato in misura uguale su tutti gli acquirenti, etc. etc. Tanto è vero che i giudici europei avrebbero già dimostrato di ritenere insufficiente la prova della variazione del prezzo prima e dopo l'illecito nel caso *Vitamine*⁸⁷, così da indurre gli Autori a ritenere che, oltre alla dimostrazione della variazione del prezzo nel tempo, è «*indispensabile disporre di additional market informations che consentano di provare e non solo di ipotizzare che il prezzo di riferimento utilizzato per la valutazione dell'overcharge sia corretto sotto il profilo economico*»⁸⁸.

I metodi sintetici, pertanto, sarebbero certamente di ausilio per l'attore, ma «*ben lungi da essere sufficienti sotto il profilo probatorio*»⁸⁹, giacché a tal fine occorrerebbe anche escludere che le differenze del prezzo siano riconducibili ad altre variabili indipendenti dalla pratica anticoncorrenziale.

Il che vale ancor di più con riferimento alle pratiche escludenti, ove le variabili che possono modificare lo scenario ipotetico sono davvero molteplici, consistendo non solo nell'andamento complessivo del mercato, ma anche nella struttura dell'impresa e nei suoi processi produttivi, costi, prodotti e strategie commerciali⁹⁰. Tant'è che negli Stati Uniti, il metodo *yardstick*, ossia quello consistente nel comparare la situazione del danneggiato con quella di un'altra impresa analoga estranea all'illecito, viene adottato e accolto solo ove sia dimostrata la ragionevole somiglianza tra le imprese prese in considerazione: sicché, in particolare, per poter utilizzare tale tecnica, occorrerebbe dimostrare la sussistenza del requisito di «*product firm and market comparability*»⁹¹.

Il che conduce gli Autori a sostenere che per poter ricorrere al metodo sintetico *yardstick*, sarebbe necessario dimostrare che il prodotto sia esattamente lo stesso e che si tratti o della stessa

impresa (che opera su mercati geografici distinti) o del medesimo mercato geografico sul quale operano le due imprese a confronto⁹².

In sostanza, pertanto, si può dire che gli Autori si pongono in termini critici nei confronti dei metodi di calcolo più comuni, non confidando nella loro capacità di fornire la prova esatta della quantificazione dei danni. In particolare, il danno da pratiche escludenti potrebbe essere provato soprattutto con metodi analitici (ma con tutte le difficoltà del caso), o con metodi sintetici solo se supportati da adeguati riscontri analitici, e il danno da pratiche di sfruttamento potrebbe essere provato solo con metodi sintetici accompagnati da rigorosi riscontri analitici, giacché altrimenti non si potrebbe ritenere superato l'onere probatorio incombente sull'attore.

Siffatte considerazioni contribuiscono efficacemente a mettere in luce le difficoltà di quantificazione dei danni antitrust, nonché i rischi di *over* o *under deterrence* connessi all'utilizzo di metodi di calcolo non corretti e perciò sono benvenute nel panorama del dibattito scientifico.

Quel che però merita di essere chiarito è che la oggettiva difficoltà di provare il *quantum* dei danni antitrust non può e non deve andare a discapito

⁹² L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., pp. 178-179.

Per le pratiche di sfruttamento, invece, il metodo *yardstick* potrebbe essere impiegato più facilmente, anche per gli Autori (p. 179), in quanto è sufficiente l'identità del prodotto e la comparabilità dei mercati presi in considerazione.

Un buon esempio di applicazione del metodo in questione al caso del sovrapprezzo monopolistico patito dai contraenti a valle è dato, nella giurisprudenza americana, dal caso *Greenhaw v. Lubbock County Beverage Ass'n* (721 F.2d 1019, 1026, 5th Cir. 1983), riguardante un cartello di prezzo dei rivenditori di liquore nella Contea di Lubbock, in Texas: in tale occasione il prezzo del liquore praticato nella Contea di Lubbock durante il periodo del cartello fu comparato con quello praticato prevalentemente nella città di Dallas, non influenzato da pratiche anticoncorrenziali. Una volta scontata la differenza di costi tra i due mercati, si poté così stabilire che il cartello aveva cagionato un aumento dei prezzi pari al 7.74% e che, pertanto, il danno totale causato dalla pratica anticoncorrenziale era pari al 7.74% del totale dei ricavi delle vendite effettuate dai membri del cartello durante il periodo della sua esecuzione: cfr. H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy*, cit., p. 673.

Una tecnica riconducibile allo *yardstick method* è stata impiegata, in Italia, da C. App. Milano, 16.9.2006, *Avir Spa c. ENI Spa*, in *Dir ind.*, 2007, 2, p. 155 e ss., ove la Corte ha accertato l'abuso di posizione dominante di Eni Spa nella determinazione del prezzo delle forniture del gas alle unità produttive di AVIR Spa e ha calcolato il sovrapprezzo pagato da AVIR spa prendendo quale parametro di riferimento il prezzo del gas sulla piazza di Londra, in quanto considerata internazionalmente quale mercato indipendente di riferimento, dove operano una molteplicità di attori in pieno regime di trasparenza e di concorrenza (ben diversamente dal mercato italiano, inquinato dalla presenza dominante di ENI spa).

⁸⁷ V. le citate sentenze del Tribunal de Commerce de Paris, 26.1.2007, *Laboratoires Juva v. Hoffmann-La Roche*, e del Tribunal de Commerce de Nanterre, 11.5.2006, *Arkopharma v. Roche and Hoffmann-La Roche*.

⁸⁸ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 157.

In Italia il criterio *before and after* è stato applicato nei casi *Bluvacanze*, cit., e *Inaz Paghe* (C. App. Milano, 10.12.2004, in *Giur. it.*, 2006, 317), ma, secondo gli Autori, mai in modo meccanicistico, bensì con l'ausilio di riscontri analitici (pp. 159-162).

⁸⁹ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 162.

⁹⁰ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 163.

⁹¹ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 166 ss.



dell'effettività della tutela risarcitoria, soprattutto ove risulti provato l'an del diritto al risarcimento.

Del resto, ove si raggiunga la prova dell'esistenza di una pratica anticoncorrenziale e sia altresì dimostrato che essa ha prodotto i suoi effetti dannosi sul mercato (secondo quanto detto in precedenza), sarebbe davvero contraddittorio escludere il risarcimento solo per le difficoltà di quantificazione, atteso anche che in materia di responsabilità civile vi è la possibilità in tal caso di ricorrere al criterio equitativo (art. 1226 c.c.).

Il che, peraltro, trova pieno riscontro anche nella giurisprudenza americana, ove vige un doppio standard di prova: quello relativo alla dimostrazione della sussistenza dell'illecito e quello, meno rigoroso, relativo alla quantificazione, che può essere oggetto di una ragionevole approssimazione⁹³.

Inoltre, si deve tenere conto che in base al nostro ordinamento non sempre le difficoltà probatorie

⁹³ L.A. SULLIVAN, W.S. GRIMES, *The law of antitrust, The law of antitrust: an integrated handbook*, 2^a ed., 2006, Thomson-West, St. Paul, Minnesota, USA, 2006, p. 1001, i quali ricordano che nella giurisprudenza americana è consolidato il principio per il quale la prova richiesta per l'accertamento della sussistenza di un'infrazione antitrust è diversa da quella richiesta per la dimostrazione dell'entità del danno patito dalla vittima: la sua prima affermazione risale al caso *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.* (282 U.S., 555, 562, 51 S. Ct. 248, 75, L. Ed. 544, 1931), quando la Corte Suprema affermò che vanno tenute distinte «*the measure of proof necessary to establish the fact that the petitioner has sustained some damage and the measure of proof necessary to enable the jury to fix the amount*»; ma si tratta di principio ribadito in numerose occasioni (v. caso *Bigelow v. RKO Radio Pictures Inc.*, 327 U.S. 251, 264 6, S. Ct. 574, 90, L.Ed. 652, 1946). Cfr. anche H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy*, cit., pp. 668-669.

Tanto più che la giurisprudenza americana, al fine di favorire le azioni risarcitorie, ha precisato che l'attore deve limitarsi a dimostrare che la violazione antitrust ha contribuito in maniera significativa a provocare il danno lamentato, anche se vi siano altri fattori che hanno influito sulla sua entità. L'attore può cioè limitarsi a provare che senza l'infrazione antitrust le probabilità o l'estensione dei suoi danni sarebbero stati significativamente minori, mentre non occorre che escluda tutte le altre possibili cause del danno (*Zenith Radio Corp v. Hazeltine Research Inc.* (*Zenith I*), 395 US 100, 114, 1969; *Continental Ore v. Union Carbide*, 370 US 690, 702, 1961; *Catlin v. Washington Energy Co.*, 791 F 2d 1343, 1347, 9th Cir 1986; *Virginia Vermiculite Ltd. v. WR Grace & Co-Conn*, 156 F 3d 535, 539, 4th Cir 1998).

L'onere di dimostrare che i danni lamentati dalla vittima dipendono da altre cause ricade così sull'impresa convenuta, cosa che si giustifica in virtù del fatto che è stata l'impresa convenuta a porre in essere la condotta anticoncorrenziale in questione: v. E. ELHAUGE, D. GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, cit., p. 9, P.E. AREEDA, R.D. BLAIR, H. HOVENKAMP, C.P. DURRANCE, *Antitrust Law. An analysis of Antitrust principles and their application*, 3^a ed., Wolters Kluwer, 2006, p. 317.

ricordate dagli Autori devono essere poste a carico di coloro che agiscono per il risarcimento.

Ai sensi dell'art. 2697 c.c., infatti, l'attore ha l'onere di provare i fatti su cui si fonda la propria domanda, mentre ricade sul convenuto l'onere di dimostrare i fatti fondanti le proprie eccezioni.

In virtù di tale principio, allora, la prova delle variabili che, nel caso di pratiche di sfruttamento, avrebbero influenzato il prezzo indipendentemente dagli effetti dell'illecito (o la prova delle variabili che avrebbero causato l'uscita dal mercato di un'impresa indipendentemente dalla pratica escludente) può, e anzi deve, esser fatta ricadere sul convenuto che invoca tale difesa.

Si dovrebbe cioè ritenere assolto dall'attore il proprio onere probatorio allorché egli abbia dimostrato l'esistenza di una pratica anticoncorrenziale (se del caso con l'ausilio di un provvedimento dell'AGCM) e l'esistenza di un danno (che può risultare dallo stesso provvedimento dell'AGCM, ove questo accerti anche gli effetti dannosi della pratica anticoncorrenziale, ovvero, in mancanza, tramite l'utilizzo di un metodo "sintetico", come il *before and after* o lo *yardstick*), mentre dovrebbe rimanere a carico del convenuto la prova che l'entità del danno così individuato è stata eventualmente determinata da altri fattori, diversi dalla pratica anticoncorrenziale e idonei a spezzare il nesso causale e ad escludere il diritto al risarcimento (o ad attenuarne l'entità).

Il che, del resto, è quanto già si ricava dalle indicazioni sia della Corte di Cassazione sia degli organi comunitari, atteso che anche il recentissimo Studio elaborato su incarico della Commissione Europea⁹⁴, e volto a dettare le linee guida in materia, rammenta proprio tali metodi di calcolo come quelli più adatti alla quantificazione dei danni antitrust.

⁹⁴ *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission*, December 2009, cit.

