



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA IN ITALIA E NELL'UNIONE EUROPEA

Atti del IV Convegno Antitrust
tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università di Trento
il 18 e 19 aprile 2013

a cura di
GIAN ANTONIO BENACCHIO
e
MICHELE CARPAGNANO

2014



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

1

2014

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato sottoposto alla valutazione di un qualificato Referee rappresentante delle discipline corrispondenti o affini a quelle oggetto del lavoro, il quale ne ha approvato la pubblicazione all'esito di una procedura che garantisce trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato del Revisore e dell'Autore o del Curatore.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2014
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-559-0
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea, grazie alla partecipazione finanziaria della Provincia autonoma di Trento, per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-6342-660-1.

Settembre 2014

L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE
DI CONCORRENZA IN ITALIA
E NELL'UNIONE EUROPEA

Atti del IV Convegno Antitrust
tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università di Trento
il 18 e 19 aprile 2013

a cura di
Gian Antonio Benacchio
e
Michele Carpagnano

Università degli Studi di Trento 2014

INDICE

	Pag.
Gian Antonio Benacchio e Michele Carpagnano <i>Presentazione del IV Volume</i>	1
Bruno Lasserre <i>Competition Culture in France: how a Competition Agency may reconcile Consumers and Citizens?</i>	5
Ricardo Alonso Soto <i>Cultura della concorrenza, limiti sociali e istituzionali e promozione della concorrenza in Spagna</i>	13
Vito Cozzoli e Claudio Nardone <i>Promozione e tutela della concorrenza: il rapporto tra Parlamento e Autorità Antitrust</i>	23
Innocenzo Cipolletta <i>La cultura della concorrenza in Italia</i>	47
Luca Sanfilippo <i>Intervento</i>	55
Aldo Frignani <i>La Cassazione prosegue l'erosione del diritto di difesa nelle cause risarcitorie antitrust follow-on</i>	61
Roberto Chieppa <i>Il ruolo del public enforcement tra sanzioni e impegni</i>	89

	Pag.
Massimo Scuffi <i>Gli sviluppi della giurisprudenza nazionale in materia di aiuti di Stato</i>	119
Enrico Adriano Raffaelli e Marta Bricchetto <i>Public e private antitrust enforcement: auspicabili ma difficili sinergie</i>	153
Carmen Herrero Suárez <i>L'eccezione di trasferimento di costi in azioni follow-on</i>	195
Luigi Prosperetti <i>Oneri probatori, controfattuale e passing-on: alcune osservazioni sulla recente giurisprudenza europea</i>	209
Maurizio Raffaini e Dario Ruggiero <i>La liberalizzazione del mercato postale comunitario. L'esperienza italiana</i>	231
Leonor Rossi and Miguel Sousa Ferro <i>Private enforcement of competition law in Portugal. Virtues and shortcomings of the actio popularis</i>	263
Muriel Chagny <i>Le azioni di classe in Francia: molto lavoro per nulla? Class actions in France: much ado about nothing?</i>	319
Marina Tavassi <i>L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione. Le azioni di classe in Italia</i>	331
Beatrice Zuffi <i>L'azione di classe dal punto di vista dell'attore. Parte I - Le azioni di classe nella prospettiva dei proponenti in generale</i>	363

INDICE

	Pag.
Marcella Negri	
<i>L'azione di classe dal punto di vista dell'attore. Parte II - L'azione di classe e l'illecito antitrust</i>	397
Paolo Buccirossi	
<i>Analisi economica nel vaglio di ammissibilità di un'azione di classe</i>	427
Notizie sugli Autori	447

PRESENTAZIONE DEL IV VOLUME

Siamo molto orgogliosi di dare alle stampe il presente Volume che raccoglie gli atti del IV Convegno Antitrust di Trento dedicato alla *Applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea* tenutosi a Trento il 18 e 19 aprile 2013.

La quarta edizione del Convegno, come le tre precedenti del 2007, del 2009 e del 2011, si inserisce nella più ampia attività di divulgazione e di alta formazione ideata e realizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento per il tramite dell'*Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza* e dedicata non più soltanto ai Giudici italiani ed europei ma a tutta la comunità *antitrust* nazionale ed internazionale.

L'edizione del 2013 si pregia del patrocinio della Camera dei Deputati ed ha potuto contare sul fondamentale supporto dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol, della Provincia autonoma di Trento, del Centro di Documentazione Europea di Trento e del Consiglio Superiore della Magistratura. Il Convegno ha potuto altresì contare sul prezioso contributo di TNT Post e di Casse Rurali Trentine e sulla eccellente collaborazione di Ounet, Outsourcing Network, per le attività di interpretariato e traduzione, di Cantine Ferrari per l'accoglienza dei relatori e degli ospiti e di MLex per quanto riguarda la parte stampa e comunicazione. È stata la prima volta che il nostro Convegno ha coinvolto nell'organizzazione *partner* privati e siamo davvero entusiasti di aver trovato *partner* che non solo hanno pienamente condiviso lo spirito ed i valori del nostro Convegno ma che hanno consentito di incrementarne il livello di qualità.

Il presente Volume, oltre a rendere fruibili in forma cartacea i risultati emersi dalle giornate del Convegno (la cui registrazione è integralmente visibile *on line* sul sito dell'Osservatorio Antitrust www.osservatorioantitrust.eu, nella sezione Formazione - Convegno Biennale di Trento - 2013), è stato pensato per essere un utile strumento

di approfondimento per gli studiosi e gli operatori del diritto *antitrust* per una condivisione di nozioni e di esperienze italiane ed europee.

L'edizione del 2013 riflette lo spirito internazionale e multidisciplinare che caratterizza da sempre il diritto della concorrenza nazionale e dell'Unione: nelle pagine che seguono il lettore troverà prestigiosi contributi di accademici, magistrati, funzionari delle istituzioni nazionali e dell'Unione preposte al *public antitrust enforcement* ed alla *public policy*, ma anche di economisti ed esponenti della *business community*.

Tali diversità di esperienze e di percezioni di un unico (complesso) fenomeno sono essenziali, a nostro avviso, al fine di contribuire ad incrementare e consolidare una matura "cultura della concorrenza" e delle sue modalità di *enforcement* nel nostro Paese ed in Europa, possibilmente anche al di là della comunità degli studiosi e degli "addetti ai lavori", fino a ricomprendere ogni livello della società civile e del tessuto imprenditoriale.

I contributi di seguito riportati ripercorrono le tre tematiche principali della IV edizione del nostro Convegno: *a)* la cultura della concorrenza in Italia e nell'Unione europea; *b)* i recenti sviluppi in materia di *public e private antitrust enforcement*; *c)* le azioni di classe in Italia ed in Europa. Tre tematiche che continuano ad essere di grande attualità e su cui, ne siamo convinti, ci sarà ancora da discutere e confrontarci nelle prossime edizioni del Convegno Antitrust di Trento.

In conclusione segnaliamo che nel periodo intercorso tra la IV edizione del Convegno e la pubblicazione del presente Volume, si sono registrati importanti interventi delle Istituzioni UE: la Commissione Europea ha pubblicato la proposta di Direttiva in materia di *private antitrust enforcement* ed una promettente Raccomandazione in materia di *collective redress* destinata a gettare le basi per una più ampia (e benvenuta) diffusione delle azioni di classe nell'Unione. Se la proposta di Direttiva, come auspichiamo nonostante alcuni suoi limiti intrinseci, sarà approvata, come previsto, entro la primavera del 2014, gli Stati Membri avranno due anni di tempo per implementare negli ordinamenti interni il contenuto della Direttiva. Se sarà effettivamente così, le modalità di codificazione negli Stati Membri del *private antitrust enforce-*

ment costituiranno certamente uno dei temi di approfondimento e dibattito della prossima edizione del Convegno Antitrust di Trento.

Concludiamo questa brevissima introduzione ringraziando i Professori Pardolesi, Frignani e Consolo, presidenti delle sessioni del Convegno, che con grande puntualità e professionalità hanno contribuito ad animare il dibattito durante i lavori.

Un doveroso ringraziamento va altresì ai collaboratori dell'*Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza* che quotidianamente fanno sì che il nostro sito internet possa contribuire a divulgare con tempestiva efficacia e semplicità la conoscenza del diritto *antitrust* nazionale (non solo in Italia ma anche in altri ordinamenti) e dell'Unione europea. Tra l'altro non possiamo non ricordare che, a margine della IV edizione del Convegno, si è tenuto il primo *workshop* dei collaboratori dell'Osservatorio Antitrust in cui sono state poste le basi per la nuova versione del sito internet attualmente on line. Il Workshop a margine del Convegno è un evento a cui crediamo molto perché concepito come un momento di confronto ed approfondimento dedicato ai giovani studiosi della materia ed ai talenti emergenti.

Siamo sinceramente grati, inoltre, al Preside della Facoltà di Giurisprudenza, Prof. Giuseppe Nesi, per aver pienamente colto il valore del Convegno di Trento nella comunità *antitrust* nazionale ed internazionale ed averne condiviso lo spirito e supportato la realizzazione.

Ringraziamo infine tutto il personale amministrativo e tecnico della Facoltà di Giurisprudenza che, con grande impegno, ha contribuito ad una ottimale riuscita del Convegno. Un ringraziamento particolare va alla Signora Carla Boninsegna per la dedizione, l'impegno, la professionalità e la disponibilità che ha dimostrato nella cura del Convegno Antitrust di Trento (fin dalla prima edizione) ed alla Dott.ssa Valentina Lucatti per la attenta cura redazionale del presente Volume.

Trento, 14 febbraio 2014

Gian Antonio Benacchio e Michele Carpagnano

COMPETITION CULTURE IN FRANCE: HOW A COMPETITION AGENCY MAY RECONCILE CONSUMERS AND CITIZENS?

Bruno Lasserre

SUMMARY: 1. The progressive dissemination of a competition culture amongst politicians and citizens; 2. The necessity to bridge the gap between how competition is perceived respectively by citizens and by consumers; 3. How may competition authorities reconcile citizens with competition?; 3.1. The Autorité's action in favor of consumers; 3.2. Private enforcement and collective redress: giving back to consumers the benefits of competition regulation.

I am grateful to be invited to speak at this conference hosted by the University of Trento and especially to be granted the privilege of making an intervention on the fascinating topic of the development of competition culture in France.

I would like to thank particularly Professor Benacchio and Professor Carpagnano for inviting me.

I will divide my remarks in three parts. First, I will dwell on the historic roots of market economy and competition in France. I will then try to describe the current state of play in France and to analyze at which stage is France as regards the confidence consumers and citizens have in competition. Finally, I will try to answer to the question of how competition authorities may bridge the gap which exists in many countries between, on the one hand, the positive perception that consumers have of competition and, on the other hand, the rather negative perception of competition by citizens.

1. The progressive dissemination of a competition culture amongst politicians and citizens

Looking at French history, three different phases can be identified which led to a progressive integration of a competition culture amongst French politicians and citizens.

In France, free competition and market openness take their roots in the recognition of the principle of the liberty of commerce during the French Revolution of 1789 and the suppression of corporations in 1791, which were the first cartels. Indeed, the French revolutionaries saw in these reforms a bridge between the political values they were defending and the necessity to ensure that the economy was benefiting from the wealth coming from trade.

At the same time, the Revolution's values are enshrined in the three concepts of freedom, equality and fraternity, and French history displays a perpetual tension between, in particular, the principles of freedom and equality.

Making a huge jump through French history, this tension is then apparent in the post 2nd world war "conservative" alliance against free-market principles: Gaullists and communists were united in pushing for the state planning of the French economy and the control of retail prices, in a context where the reconstruction of a war-torn country was perceived as legitimizing such intervention and favoring economic stability. The French constitution of 1946 illustrates this movement in favor of state intervention and the development of public services.

From then on, French citizens considered that state intervention was legitimate as regards the effective rebuilding of the country after the war and the strong development of the economy during the "trente glorieuses".

We had nevertheless seen in parallel in France the slow, progressive, but decisive building of a trans-partisan consensus for an effective competition regulation system. In 1956-1957, this was a socialist government that supported the insertion of provisions on competition in the Rome Treaty, and discarded the former reservations of Paul Ramadier, while in Germany there was already a nascent consensus

between the Christian Democrats and the SPD, which was actually achieved as early as 1959.

However, if France applied European competition rules from 1957 on, the French vision of competition was at this time legal and technical and not authentic and sincere. On the contrary, this technical approach led France to support the creation of strong European institutions and especially the creation of the European Commission, which is one of the key to the success of the development of competition enforcement in Europe during the second half of the 20th century.

We had to wait until 1986 in France to see the establishment of an effective competition regulation system. A right-wing liberal government this time promoted the freedom of prices and the independent regulation of competition. But this was a socialist government who thereafter strengthened the fining and investigation powers of the Conseil de la concurrence, in 2001. Finally, the last reform in 2008-2009 was backed by all political parties. This strong trans-partisan consensus was also apparent from the last presidential campaign in Spring 2012: the two main candidates, Nicolas Sarkozy and François Hollande, were simultaneously interviewed and their position was overall very consistent and supportive of competition regulation. Both supported private collective redress of competition law and the setting up of structural injunctions.

So the political support to competition regulation is much more recent than in other countries but it is now steady and has followed its own progressive path.

2. The necessity to bridge the gap between how competition is perceived respectively by citizens and by consumers

If a political consensus was found, French skepticism towards competition as a political value was however expressed in 2005 in the negative vote concerning the former Constitutional Treaty.

It is in this context that the *Autorité de la concurrence* (the *Autorité*) commissioned in 2011 from a polling institute a survey on the perception of competition in France. This survey brought hope howev-

er, in the sense that competition has a positive connotation for 81% of those surveyed against 69% in 2010. I take it as a sign that consumers are aware of the benefits that our action, about which I will dwell on later, has brought in terms of choice, quality and prices.

However, the results of this survey shows a difference between the perception that French people is when they are asked about competition as an organization of the economy, on the one hand, or as a lever which can be used by consumers in their power struggle with companies. The positive outcomes of the survey in the latter situation is clear since it shows that the interviewed persons were aware of the benefits brought by competition as regards the competitiveness of companies (87%), innovation (72%), the choices of goods and services (82%), the decrease of prices (76%) and the increase of quality (71%).

Furthermore, it emerges from the survey that French people supports the fact that there is a need for an institution which enforces competition and imposes deterrent fines. More surprisingly, one of the first answers which came out when asking why an effective enforcement of competition rules was necessary, is that competition leads to the protection of Small and Medium Enterprises (“SMEs”). This answer highlights the fact that competition is supported in France mainly because it provides equality between operators on the market.

There is a kind of schizophrenia which exists amongst the French population which at the same time is in favor of competition when it comes to the protection of consumers and SMEs’ interests and has a less positive perception of competition where it is expressed in more abstract and general terms.

3. How may competition authorities reconcile citizens with competition?

It is necessary that competition authorities manage to bridge the gap between the perceptions that consumers, on the one hand, and citizens, on the other hand, have of competition. In this context and in order to disseminate competition culture in France, the *Autorité’s* action

in favor of consumers is crucial but has to go along with the development of private enforcement.

3.1. The Autorité's action in favor of consumers

It is our responsibility as competition authorities to show the merits of competition not only by focusing our actions on behaviors which might have adverse effects on consumers but also by using market studies and public recommendations that raise consumers and competitors' awareness of the benefits of competition.

First, by focusing our action on cartels which increase costs for intermediary and retail goods and on abuses which foreclose innovating firms, especially SMEs, we increase the consumers and citizens' trust in competition.

The *Autorité* has pursued this objective decisively in the last few years by uncovering and fining several restrictive agreements and cartels on consumer goods' markets. It is notably possible to mention a decision adopted in 2005 concerning an anticompetitive agreement between the three major French mobile phone operators leading to the sharing of strategic information and the stabilization of their market shares, the sanction imposed in 2011 to four major laundry detergent manufacturers which had coordinated their commercial strategies or a decision in 2012 concerning a cartel of German and French millers which aimed at limiting imports of flour between France and Germany and fixing prices. Looking at the same objectives, the *Autorité* had also a strong action since 2010 in the field of interbank fees where it obtained from banks that they reduce such fees on payment cards by 36% and remove them entirely for direct debit transactions.

These decisions had a strong impact since they targeted practices that are directly harmful to consumers and made the action of the *Autorité* well-known by the general public.

Second, market studies and public recommendations are also powerful tools so as to shape the public debate. Indeed, they allow the *Autorité* to highlight markets where undertakings draw rents at the cost of consumers. While defining its priorities, the *Autorité* thus analyzes

whether a market study might rise or not a potential benefit for consumers. In this regard, two recent telling examples can be mentioned.

In 2012, the *Autorité*'s powers have been significantly strengthened in the overseas territories as a response to social unrest triggered by a higher cost of living in these remote islands. Competition has thus been seen as part of the solution rather than part of the problem. The *Autorité* obtained in particular a power of structural injunctions inspired from that of the Competition Commission in the UK in the food retail sector, where the high level of concentration is harmful to consumers and results in high prices.

Then concerning the sector of car repair maintenance, the *Autorité* recommended in October 2012 a gradual opening up of the secondary market of visible spare parts (wings, bonnets, bumpers, wind-screens, lights, mirrors, etc.) in a controlled manner, which should eventually lead, for consumers, to an average price drop from 6 to 15%. Although the Government has not decided yet on a legislative follow-on, it has launched a negotiation with the repairers and car makers to obtain a repair clause.

In the current context of economic downturn, conducive to a trade-off between enforcement and advocacy, sector inquiries are also a good way to reconcile advocacy and enforcement. Actually, two important market studies are on-going in France, on interregional coach transport, which is a means of transport used especially by less affluent people (such as students and young people), and on the pharmaceutical sector, in order to issue recommendations to the industry notably as regards the development of generics as a competition factor.

Third, the *Autorité* as the national expert in charge of competition has a mission to advocate competition to civil servants and the French administration as a whole. This role is crucial as a survey led by two economists commissioned by a think tank, the Institut Montaigne, at the end of the year 2012 showed that civil servants, including judges, had globally a negative perception of business and competition (77% of the civil servants think that competition is not positive and 80% think that it is not necessary to give more freedom to companies). In this context, the *Autorité* can act as a training body. Going a step further, the *Autorité* published in July 2012 a guide setting out a systematic method

of evaluation of the competitive impact of draft laws and regulations. This guide aims at contributing to the elaboration of norms by inviting lawmakers, the government and more generally civil servants at a fairly early stage to reflect on the effect the proposed text would have on competition.

Finally, the *Autorité* has worked so as to reinforce its relationship with the Parliament. Not only is the accountability of the *Autorité* towards the Parliament a way to strengthen the confidence of citizens in its action but it also necessary to have a regular dialogue with the legislative body. In this context, the *Autorité* has been auditioned by the Parliament or received members of Parliament between 2 to 5 times a month in 2012.

3.2. Private enforcement and collective redress: giving back to consumers the benefits of competition regulation

The action of national competition authorities has to be combined with the development of private enforcement, especially in the context of follow-on actions, in order to increase consumer awareness of the benefits of competition regulation.

Indeed, alongside public enforcement, it is crucial that victims of anticompetitive behaviors seek redress before the courts. In a crisis time, this is the best means (i) to give some power back to consumers (including intermediary consumers: SMEs) which have to be the beneficiaries of the competition policy led by NCAs and (ii) thus to increase their trust in competition.

One of the cornerstones of the effectiveness of private enforcement is the introduction, in national laws and at the European Union's level, of collective redress. As regard the French example, in a case regarding a cartel between the three major French mobile operators, it was assumed that the practices at stake cost around 150 euros to each consumer concerned. At this time, a consumers' association, UFC-que-Choisir, tried to bring the case before a court gathering more than 20.000 consumers in this action. However, judges denied the association's request for payment of the damage, since the French system did not provide for the possibility of collective actions.

This topic is now particularly of interest in France since a bill is currently discussed by the Parliament regarding the introduction of such a system. The project allows follow-on class actions brought by consumer associations and it is based on the opt-in system. It also contains an ambitious mediation scheme under the control of the judge.

This cautious approach is in line with the concerns that the European Parliament has also expressed and seems to me as a good start after 20 years of public debate in France.

I also confess that it is particularly difficult to keep competition law in the scope of the bill. Our main task currently is to advocate an effective system whereby actions can be brought earlier than presently provided by the text, i.e. before all avenues for appeal have been exhausted, as the judicial process may be very protracted in France; it took for instance seven years to obtain the final confirmation of our 2005 decision regarding a cartel between the three mobile operators at that time.

I believe that the development of private enforcement in France, notably through the introduction of collective redress, will be a decisive tool in order to overcome French skepticism towards free markets and to disseminate amongst consumers and citizens a competition culture.

CULTURA DELLA CONCORRENZA, LIMITI SOCIALI E ISTITUZIONALI E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA IN SPAGNA

Ricardo Alonso Soto

SOMMARIO: *1. Introduzione; 2. Necessità di creare una cultura della concorrenza; 3. Come si può realizzare una cultura della concorrenza?; 3.1. Credibilità ed accreditamento delle autorità garanti della concorrenza; 3.2. Promozione della concorrenza.*

1. Introduzione

1.1. Molti paesi hanno scoperto o riscoperto il diritto della concorrenza in periodi piuttosto recenti. Infatti, fino all'ultimo decennio del secolo scorso, solo pochi paesi avevano una legislazione antitrust.

In Spagna, invece, esiste un sistema di difesa della concorrenza sin dall'anno 1963 (proprio nel mese di luglio si celebra il cinquantesimo anniversario della Legge sulle pratiche restrittive della concorrenza). L'attuazione di questo sistema si deve, da un lato, all'apertura dell'economia spagnola grazie al Piano di sviluppo economico e sociale e, dall'altro, alla pressione esercitata dagli Stati Uniti d'America per indurre la Spagna ad adottare un quadro normativo che consentisse l'entrata delle loro imprese multinazionali nel nostro mercato.

Tuttavia, fino al 1986 il sistema non è stato efficace a causa dell'esistenza di ciò che possiamo denominare un sistema istituzionale anti-mercato. In Spagna esistevano: (i) un grande intervento dello Stato nell'economia (dirigismo economico); (ii) un corporativismo istituzionale (esistenza di sindacati verticali formati da lavoratori, imprenditori e Pubblica Amministrazione); (iii) politiche protezionistiche dell'industria e del commercio nazionale; (iv) abbondanza di monopoli e di concessioni amministrative in regime di esclusiva; e (v) mancanza di una cultura della concorrenza.

1.2. La situazione cambia negli anni '80, dopo l'approvazione della Costituzione spagnola (1978), che stabilisce un sistema economico basato sulla libertà d'impresa nel quadro di un'economia di mercato, e dopo l'entrata della Spagna nella Comunità Economica Europea (1986).

Diverse circostanze – quali la deregolamentazione economica, la privatizzazione di importanti imprese pubbliche, l'eliminazione delle sovvenzioni statali alle imprese, l'arrivo di importanti investimenti stranieri, la liberalizzazione del commercio estero e la grande scommessa del Governo socialista sulle politiche della concorrenza – hanno motivato la promulgazione di una nuova Legge sulla difesa della concorrenza nel 1989 destinata a rivitalizzare il sistema.

A questo cambiamento hanno contribuito il rafforzamento dell'indipendenza e dei poteri dell'Autorità Nazionale per la Concorrenza (Tribunale per la Difesa della Concorrenza) e la creazione delle Autorità Regionali per la Concorrenza.

A partire da questo momento, l'attuazione del diritto della concorrenza si è sviluppata in due tappe:

(i) una prima tappa didattica in cui si producono:

- la divulgazione dei benefici del sistema di libera concorrenza
- il riconoscimento sociale delle autorità garanti della concorrenza
- l'adozione da parte delle autorità garanti della concorrenza di decisioni pedagogiche
- la moderazione nell'imposizione delle sanzioni (sanzioni simboliche)

(ii) una seconda tappa di consolidamento in cui si producono:

- interventi d'ufficio
- selezione dei casi
- elaborazione della dottrina delle decisioni
- sanzioni dissuasorie.

1.3. La storia della difesa della concorrenza si conclude, per il momento, con la promulgazione della Legge sulla difesa della concorrenza dell'anno 2007, che aggiorna la normativa adeguandola al pacchetto di riforma delle norme comunitarie sulla concorrenza, migliora la struttura istituzionale, svincolandola completamente dal Governo, e fornisce alla Commissione Nazionale per la Concorrenza nuovi stru-

menti, necessari per lo svolgimento delle sue funzioni (come i meccanismi di leniency, la facoltà d'impugnare in sede giudiziaria le decisioni, gli atti e le norme della pubblica amministrazione che limitino la concorrenza sul mercato, la possibilità di adottare misure strutturali come sanzione per l'attuazione di pratiche anticompetitive).

Attualmente si trova in fase di discussione in Parlamento un progetto di legge per la creazione di una Commissione Nazionale dei Mercati e della Concorrenza rivolta a creare un macro-organismo che comprenda l'attuale Commissione Nazionale per la Concorrenza e le principali agenzie di regolazione indipendenti esistenti in settori quali quello delle telecomunicazioni, dell'energia, postale, audiovisivo, ferroviario e aeroportuale, che ha ricevuto il rifiuto del mondo accademico, degli esperti (avvocati ed economisti), di tutti i partiti politici dell'opposizione e dure critiche da parte della Commissione Europea.

2. Necessità di creare una cultura della concorrenza

Da quanto detto prima si può dedurre che non solo è necessario creare un sistema di difesa della concorrenza, ma bisogna anche sviluppare una politica di concorrenza e creare una cultura della concorrenza.

Una politica della concorrenza basata sui seguenti punti:

a) obiettivi chiari:

- difesa del mercato e dei consumatori come interessi generali (non perseguire la difesa dei concorrenti; non proteggere interessi particolaristici di gruppi o di settori)
- soppressione delle barriere d'entrata al mercato (non impedire l'accesso alle imprese straniere)
- controllo del potere di mercato (attraverso il controllo dei comportamenti imprenditoriali e dei cambiamenti nella struttura del mercato)

b) norme tecnicamente corrette ed adeguate in base alla situazione del paese;

c) autorità garanti della concorrenza indipendenti, efficaci e rispettate;

d) interventi significativi dal punto di vista economico e sociale.

Una cultura della concorrenza il cui scopo deve essere quello di fare in modo che la società creda nella concorrenza, comprenda la sua utilità per raggiungere l'efficienza economica e il benessere dei cittadini, sostenga le politiche e le autorità garanti della concorrenza.

Si tratta di un percorso difficile e pieno di ostacoli.

(i) Limiti sociali.

Derivano dalla presenza di valori sociali e comportamenti commerciali.

Il diritto antitrust nasce negli Stati Uniti d'America, una nazione con un sistema di valori sociali basato sui principi dell'etica della religione protestante che favoriscono la sua attuazione (la concorrenza è il mezzo naturale attraverso il quale si raggiunge il successo richiesto dal principio della predeterminazione). Nei paesi latini, invece, si sono sviluppati altri valori fondamentali come la famiglia, l'amicizia o la solidarietà (in modo tale che il successo individuale non viene percepito dalla società come un elemento positivo, ma come qualcosa che genera sfiducia nel mezzo usato per raggiungere tale successo). Ne sono un esempio le diverse prospettive che entrambi i mondi sviluppano delle politiche di clemenza (leniency).

(ii) Limiti politici:

- sfiducia nel mercato (la tradizione anti-mercato porta a subordinare il funzionamento del mercato al controllo governativo). Nascono così politiche della concorrenza che modificano i concetti fondamentali del diritto antitrust e considerano il diritto della concorrenza come uno strumento per intervenire sul mercato (questo si può osservare, in particolare, in materia di controllo delle concentrazioni);
- uso dell'idea della convenienza sociale per risolvere i conflitti in maniera particolare in base alla congiuntura del momento;
- esistenza di altre priorità politiche, come i settori d'interesse strategico, la perdita del livello di occupazione, la pluralità informativa nei mass media, ecc.

(iii) Limiti istituzionali:

- mancanza d'indipendenza delle Autorità Garanti della Concorrenza e, di conseguenza, la loro soggezione alle direttive governative;
- mancanza di mezzi;

- mancanza di qualificazione (formazione tecnica specializzata) dei membri delle autorità garanti della concorrenza;
 - mancanza di formazione in diritto della concorrenza degli organi giudiziari che si occupano della revisione delle decisioni delle autorità garanti della concorrenza.
- (iv) Mentalità della Pubblica Amministrazione:
- la Pubblica Amministrazione predilige i costi a breve termine a scapito dei benefici a lungo termine delle politiche della concorrenza (esempio: eliminazione delle autorità regionali garanti della concorrenza per ridurre il deficit pubblico);
 - inoltre, è il caso di osservare che la Pubblica Amministrazione (sia il Governo, sia gli enti regionali e locali) è stata e continua ad essere un importante autore o istigatore di pratiche restrittive della concorrenza.

3. Come si può realizzare una cultura della concorrenza?

Facendo in modo che l'autorità garante della concorrenza sia credibile, apprezzata e rispettata dalla società (che i cittadini abbiano fiducia nell'autorità garante).

Sviluppando un'attività di promozione della concorrenza.

3.1. Credibilità ed accreditamento delle autorità garanti della concorrenza

Per raggiungere questo obiettivo è necessario:

- dotare l'Autorità Garante di indipendenza, qualifica tecnica e poteri sufficienti per un'azione efficace;
- stabilire procedure flessibili e veloci;
- promuovere la trasparenza e la pubblicità delle decisioni;
- generare interventi per identificare le pratiche anticoncorrenziali di rilevanza economico-sociale, che rappresentino un beneficio esplicito per i consumatori e gli utenti e per l'economia in generale (in Spagna il Tribunale per la Difesa della Concorrenza ha ottenuto un

gran sostegno sociale in alcuni casi, come la rottura del monopolio della trasmissione delle partite di calcio da parte della televisione pubblica, dei prezzi del pollo, del pane e delle chiamate telefoniche, del comportamento dell'industria lattiero-casearia nei confronti degli allevatori, le pratiche monopolistiche delle imprese del gas e dell'elettricità, ecc.);

- imporre sanzioni dissuasorie (confisca degli utili illeciti ottenuti);
- assicurare l'effettività delle decisioni;
- divulgare i benefici economici e sociali della concorrenza per le imprese e per i consumatori;
- stabilire la responsabilità sociale istituzionale (rendere conto alla società del lavoro svolto dall'Autorità Garante della Concorrenza; in Spagna, attraverso un'udienza parlamentare annuale del Presidente della Commissione Nazionale per la Concorrenza innanzi al Parlamento).

3.2. Promozione della concorrenza

L'attività di promozione della concorrenza deve cercare di favorire lo sviluppo di un quadro competitivo per il funzionamento dell'economia in generale e dei settori economici in particolare.

Questa attività si sviluppa mediante interventi di divulgazione, di formazione e di analisi o studi settoriali e comportamenti imprenditoriali.

La promozione della concorrenza non si rivolge solo agli imprenditori e ai consumatori, ma anche alla pubblica amministrazione.

Fra gli strumenti utilizzati ricordiamo, da un lato le azioni formative (organizzazione di corsi, congressi e conferenze, nonché la presenza della pubblica amministrazione in quelli organizzati da altre istituzioni) e, dall'altro, l'elaborazione e la pubblicazione di: (i) relazioni e raccomandazioni rivolte alla Pubblica Amministrazione su progetti normativi, interventi o politiche economiche e (ii) guide didattiche e studi settoriali d'interesse sia per gli operatori economici, sia per la Pubblica Amministrazione.

- (i) Un esempio delle prime è la relazione sui "Criteri per elaborare politiche di liberalizzazione" che indica i seguenti punti:

- 1) mostrare i vantaggi della concorrenza e stimolare il dibattito;
 - 2) non trascurare gli obiettivi sociali, in particolare il servizio universale;
 - 3) prima liberalizzare e poi privatizzare (normalmente il monopolio privato è più perverso di quello pubblico);
 - 4) cambiare solo l'imprescindibile;
 - 5) non essere gli ultimi, ma nemmeno i primi (sfruttare le esperienze esistenti);
 - 6) prestare molta attenzione alla transizione e
 - 7) creare un quadro normativo e istituzionale che favorisca la concorrenza.
- (ii) Fra i secondi citiamo:
- a) Le guide pratiche.
 - I. Guida pratica per le imprese. Il suo contenuto è: cosa è proibito? Come deve comportarsi un'impresa sul mercato? Cosa fare se si partecipa ad un cartello? Cosa fare se si conosce o si è vittima di una pratica restrittiva della concorrenza? Quando e come si notifica un'operazione di concentrazione? Quali patti sono proibiti nei contratti di fornitura e di distribuzione?
 - II. Guida per le associazioni d'impresa. Il suo contenuto è: Raccomandazioni sui prezzi e sulle condizioni commerciali. Boicottaggio. Scambi d'informazione fra gli associati. Pubblicità, standardizzazione e contratti tipo;
 - III. Guida per la realizzazione di un controllo della concorrenza (compliance);
 - IV. Guida sugli appalti pubblici e sulla concorrenza. Il suo contenuto è: Accesso alla licitazione. Criteri di aggiudicazione. Durata dei contratti, Modifiche sopravvenute. Collusione fra appaltatori;
 - V. Guida sugli accordi quadro per gli appalti pubblici. Il suo contenuto è: Vantaggi (razionalizzazione e centralizzazione) e inconvenienti (chiusura del mercato, aggiudicazioni discriminatorie, collusione negli appalti derivati);
 - VI. Raccomandazioni alla pubblica amministrazione per una regolazione dei mercati più efficiente e che favorisca la concorrenza.

b) Gli studi settoriali.

- Mercati centrali all'ingrosso di prodotti alimentari deperibili (2013);
- Distribuzione al dettaglio di carburanti per veicoli (2012);
- Ordini professionali dopo la liberalizzazione dei servizi (2012);
- Rapporto fra produttori e distributori nel settore alimentare (2011);
- Manutenzione di ascensori (2011);
- Quadro regolatore del settore postale (2011);
- Mercato della certificazione della qualità e degli standard di sicurezza (2010);
- Concorrenza nel settore agroalimentare (2010);
- Concessioni per il trasporto interurbano di passeggeri in autobus (2010);
- Gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale (2010);
- Concorrenza nel settore dei carburanti per veicoli (2009);
- Servizi professionali e associazioni professionali (2008);
- Concorrenza nel trasporto interurbano di passeggeri in autobus (2008);
- Determinazione delle tariffe minime per il trasporto di merci su strada (2008);
- Concorrenza nei mercati di acquisto e sfruttamento dei diritti di trasmissione televisiva delle partite di calcio (2008);
- Barriere d'entrata del settore del cemento (2006);
- Canali di commercializzazione della frutta e della verdura (2004);
- Concorrenza nel settore della verifica tecnica dei veicoli a motore (2004);
- Concorrenza nel settore della distribuzione al dettaglio (2003);
- Determinazione del prezzo dei libri (1997);
- La concorrenza in Spagna. Bilancio e nuove proposte sui settori dei servizi bancari al dettaglio, porti, distribuzione di combustibili e carburanti, cinema e farmacie (1995);

- Interventi politici che possono favorire la libera concorrenza nei servizi e affrontare il danno causato dai monopoli: Criteri per l'elaborazione di politiche di liberalizzazione. Proposte per i settori delle telecomunicazioni, energia elettrica, trasporti, monopoli di servizi locali, suolo urbano e servizi d'installazione e manutenzione (1993);

- Libero esercizio delle professioni (1992).

Per concludere farò riferimento all'ultimo intervento della Commissione Nazionale per la Concorrenza: la convocazione di un concorso per premiare le Pubbliche Amministrazioni che favoriscono maggiormente la concorrenza.

PROMOZIONE E TUTELA DELLA CONCORRENZA: IL RAPPORTO TRA PARLAMENTO E AUTORITÀ *ANTITRUST*

Vito Cozzoli e Claudio Nardone

SOMMARIO: 1. Azione antitrust e politica economica; 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come Autorità indipendente; 3. Il ruolo del Parlamento in materia di antitrust; 4. La dinamica dei rapporti tra Parlamento e Autorità garante della concorrenza e del mercato; 5. Conclusioni.

1. Azione antitrust e politica economica

Nel lungo ed articolato dibattito che ha preceduto l'istituzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e ne ha successivamente accompagnato il primo ventennio di attività, un aspetto sul quale – pur con diversità di accenti – si registra un consenso largamente prevalente riguarda “la posizione di *indipendenza* dell'Autorità, quale organismo di natura essenzialmente *tecnica*”¹.

È opinione diffusa che tale posizione costituisca, allo stesso tempo, condizione indispensabile e conseguenza necessaria del corretto esercizio della funzione *antitrust*².

¹ La citazione è tratta dall'intervento del Presidente G. Tesauro in occasione della presentazione della relazione annuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per il 1999. Il testo integrale può leggersi in AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Dieci anni di antitrust 1990-2000. Testi letti per la presentazione delle relazioni annuali*, Roma, 2000, 131 e ss. (il passo citato è a pagina 145).

² Si veda quanto osservato, nel corso dell'audizione del 2 marzo 2010 dinanzi alla I Commissione (*Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni*) della Camera dei deputati, dal Presidente A. Catricalà, il quale rileva: “l'esigenza dell'indipendenza deriva dalle caratteristiche profonde del sistema di mercato, incentrato sulle autonome decisioni degli operatori, che non devono essere artificialmente influenzati, nel funzionamento fisiologico degli scambi, dagli interventi esterni e parziali della politica.

Senza adeguate garanzie di *indipendenza*, l’Autorità si troverebbe, infatti, esposta ad indebiti condizionamenti – da parte non solo del potere politico, ma anche di quello economico – e non potrebbe, quindi, svolgere i delicati compiti che le sono affidati con quel rigore scientifico e con quella imparzialità che la materia richiede.

D’altra parte, sarebbe la stessa natura *tecnica* delle decisioni dell’Autorità a qualificare quest’ultima come un organismo *indipendente*, chiamato a controllare e garantire il fisiologico funzionamento del mercato sulla base di criteri economici e senza valutazioni di opportunità politica.

Coerentemente con una simile impostazione, l’articolo 10, comma 2, della legge n. 287 del 1990 afferma che “l’Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione”, creando così quel distacco dal potere politico necessario per sottrarre all’influenza del Governo la regolazione della concorrenza ed evitare che essa diventi – per effetto di un suo utilizzo indiretto ed improprio – uno strumento di politica economica³.

Il dato normativo sembra, quindi, confermare la correttezza della tesi secondo cui la funzione *antitrust* sarebbe essenzialmente *neutrale* nei confronti del sistema economico, in quanto si limiterebbe a garantire la funzionalità dell’*ordine naturale* dei mercati, senza pretese *interventiste* o *dirigiste*.

Sebbene condivisibile nelle sue linee generali, una simile ricostruzione richiede tuttavia alcune precisazioni.

In primo luogo, giova ricordare che la dottrina economica è tutt’altro che convinta dell’esistenza di un *ordine naturale* dei mercati: al contrario, già dalla metà del secolo scorso, autorevoli economisti hanno

Solo un soggetto indipendente è in grado di garantire la non discriminatorietà delle decisioni di controllo. Questa ragione, immanente al regime dei mercati aperti, inteso come sistema di scambi non incondizionatamente libero, ma congruamente regolato, spiega perché gli ordinamenti di natura internazionale sorti nel secondo dopoguerra per disciplinare le relazioni economiche a livello internazionale, dall’OMC alla UE, contemplino l’indipendenza dai governi e dai soggetti controllati come requisito essenziale delle istituzioni di controllo: le regole del mercato, uguali per tutti gli operatori a prescindere dalla loro nazionalità, devono anche essere uniformemente applicate”.

³ Così M. CLARICH, I. MARRONE, voce *Concorrenza - VI) Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. giur. it.*, 1995, 5.

sottolineato che la concorrenza pura, quale assetto normale dei mercati, costituisce un paradigma tecnicamente “impossibile”, che non può in alcun modo essere elevato a “modello di efficienza ideale”⁴.

Se così è, l’Autorità *antitrust* non si limita ad essere il *custode neutrale* dell’ordine naturale – sulla cui effettiva esistenza, per altro, la recente crisi economico-finanziaria ha sollevato non pochi dubbi⁵ – ma *interviene attivamente* per definire un nuovo assetto del mercato, ritenuto più efficiente e funzionale alla tutela degli interessi della collettività affidati alle sue cure⁶.

⁴ È la tesi sostenuta da J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, socialism and democracy*, 1948 (trad. it. *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1955, 98 e ss.) e confermata da J.F. GALBRAITH in alcuni studi successivi: *American capitalism*, 1952 (trad. it. *Il capitalismo Americano: il concetto di potere di equilibrio*, Milano, 1955); *The affluent society*, 1958 (trad. it. *La società opulenta*, Milano, 1963); *The new industrial State*, 1967 (trad. it. *Il nuovo Stato industriale*, Milano, 1968); *Economic and public purpose* (trad. it. *L’economia e l’interesse pubblico*, Milano, 1974).

⁵ Osserva, in proposito, il Presidente G. Pitruzzella nella sua audizione del 4 giugno 2013 presso la X Commissione della Camera dei deputati: “negli ultimi anni, come noto, eccezion fatta per le economie emergenti e per i cc.dd. BRIC in particolare, tutti i sistemi produttivi industrializzati hanno affrontato una grave crisi che ha fatto sorgere, da più parti, forte scetticismo in merito al loro stesso funzionamento e alla loro capacità di produrre crescita economica, progresso e, infine, benessere per i cittadini. In tale contesto, in molti hanno affermato il fallimento delle politiche liberali, invocando, da un lato, il ritorno ad un maggior intervento diretto dello Stato nell’economia e, dall’altro, un allentamento del rigore nell’applicazione delle regole della concorrenza”.

⁶ Cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, 4 e ss.; A. PREDIERI, *L’erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 8; F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l’utilizzazione dell’«approccio economico» nell’interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2006, 253 e ss. e 572 e ss. Si veda anche G. AMATO, *Il potere e l’antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, spec. pagina 8. A testimonianza della sensibilità dell’Autorità per le ricadute sociali delle politiche *antitrust*, il Presidente G. Pitruzzella, nella sua citata audizione del 4 giugno 2013, sottolinea che “l’Autorità è ben consapevole dell’estrema delicatezza del momento di crisi attuale e dei sacrifici che possono derivare dall’implementazione delle politiche per la concorrenza: per tale ragione, l’Autorità ha, in più occasioni, richiamato l’attenzione del decisore politico sulla necessità che le misure di liberalizzazione siano accompagnate da altri interventi diretti a mantenere la coesione sociale, a contenere le disuguaglianze, a sostenere i soggetti più deboli

È certamente vero che questo intervento si basa pur sempre sui canoni della scienza economica e non gode, quindi, di quella libertà di azione propria della sfera politica; e tuttavia è innegabile che, nello svolgimento delle sue funzioni, l'Autorità dispone di margini di discrezionalità alquanto ampi⁷.

Una conferma di ciò può rinvenirsi in alcune disposizioni della legge istitutiva dell'Autorità, che espressamente richiamano categorie meta-economiche, quali quelle delle "esigenze di interesse generale" e delle "ragioni essenziali di economia nazionale", difficilmente conciliabili con un approccio *neutrale* nell'esercizio delle funzioni *antitrust*.

Si fa riferimento, in particolare, agli articoli 21 e 25 della legge.

La prima di tali disposizioni – sulla quale si avrà modo di tornare più diffusamente in seguito – prevede che, allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato, l'Autorità possa segnalare al Parlamento ed al Governo "i casi di *particolare rilevanza* nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato *che non siano giustificate da esigenze di interesse generale*".

Dall'analisi del dettato normativo, si evince l'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto all'Autorità, concernente sia l'*an* sia il *quid* della segnalazione.

È, infatti, l'Autorità a decidere: *a)* se il *vulnus* concorrenziale determinato da un provvedimento normativo o amministrativo sia o meno "di particolare rilevanza"; *b)* se tale *vulnus* possa essere giustificato "da esigenze di interesse generale".

ed a favorire nuove opportunità che facilitino il reinserimento nel mercato del lavoro di coloro che ne sono stati estromessi".

⁷ Nota il Presidente G. Tesoro, nel corso della sua audizione del 21 ottobre 1999 dinanzi alla I Commissione (*Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni*) della Camera dei deputati, che "l'effettiva applicazione della normativa è caratterizzata da una significativa componente di discrezionalità tecnica nel concreto apprezzamento dei comportamenti di impresa" (pagina 3 del resoconto stenografico della seduta), pur sottolineando che "l'Autorità non svolge [...] un contemperamento o una ponderazione tra diversi interessi politici".

È evidente che entrambe queste valutazioni implicano un giudizio di valore che – pur non prescindendone del tutto – esula da categorie di tipo squisitamente giuridico-economico: in concreto, l’Autorità segnalerà il carattere anticoncorrenziale di misure normative o amministrative solo qualora, sulla base di un giudizio comparativo, valuti che le ragioni addotte a loro fondamento (verosimilmente attinenti a scelte di politica economica) non siano prevalenti rispetto all’esigenza di tutelare il regolare funzionamento del mercato.

L’obiettivo difficoltà di tracciare un confine netto tra il dominio proprio della funzione *antitrust* e la sfera delle decisioni *politiche* riservata all’Esecutivo ed al Legislativo trova ulteriore conferma nella seconda delle disposizioni sopra richiamate.

Il comma 1 dell’articolo 25 della legge consente all’Autorità di autorizzare, “per rilevanti interessi generali dell’economia nazionale nell’ambito dell’integrazione europea” e nei limiti in cui tali interessi lo richiedano, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell’articolo 6.

L’autorizzazione presenta carattere eccezionale, viene concessa secondo criteri definiti, in linea generale e preventiva, dal Consiglio dei Ministri⁸ e ha natura necessariamente temporanea, in quanto deve essa stessa recare la prescrizione delle misure occorrenti al ristabilimento di condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato.

Pur nell’eccezionalità della fattispecie, anche in questo caso il ruolo dell’Autorità non sembra esaurirsi nell’asettica applicazione di criteri puramente tecnico-economici, ma parrebbe implicare l’esercizio di un potere discrezionale di notevole ampiezza, con evidenti aree di contiguità e sovrapposizione nei confronti degli indirizzi di politica economica spettanti a Governo e Parlamento.

Del resto – ad ulteriore conferma che una qualche *contiguità* e *sovrapposizione* effettivamente esiste⁹ – lo stesso articolo 25 contem-

⁸ Non consta, peraltro, che il Governo si sia mai avvalso, quanto meno in modo espresso e diretto, dei poteri conferitigli dal comma 1 dell’articolo 25.

⁹ Anche M. CLARICH, I. MARRONE, *op. cit.*, 6, rilevano che “esiste (...) un’ampia «zona grigia», proprio perché individuare i casi di effettiva lesione della concorrenza è un’operazione complessa (a maggior ragione quando sono previsti requisiti quali la «consistenza» o la «sostanzialità»)”. Gli stessi Autori ritengono, tuttavia, che “tale atti-

pla, al comma 2, l'ipotesi inversa a quella appena descritta: il caso, da ritenersi anch'esso eccezionale, in cui è l'esercizio del potere politico ad "invadere" il dominio riservato all'Autorità, vietando eccezionalmente, "per ragioni essenziali di economia nazionale", concentrazioni altrimenti legittime.

Inoltre, sulla base di un'attenta analisi del più generale assetto di competenze delineato dal Legislatore del 1990, alcuni Autori si spingono oltre, arrivando a ritenere che gravino sull'Autorità non solo i compiti di *vigilanza*, ma anche quelli di *promozione* della concorrenza, cosicché gli altri soggetti interessati, in particolare il Governo, sarebbero relegati "in una posizione di ingiustificata impotenza"¹⁰, che non verrebbe sostanzialmente intaccata neppure dalle previsioni di cui all'articolo 25.

Ne discenderebbe la natura essenzialmente "politica" delle scelte *antitrust*¹¹, che troverebbe conferma anche nella disciplina vigente in ambito comunitario.

In più di un'occasione la Commissione Europea – forte del suo triplice ruolo di Organo esecutivo dell'Unione, di guardiano dell'applicazione delle norme e di titolare del potere di proposta legislativa –

vità non comporta alcuno sconfinamento nel campo della valutazione e ponderazione di pubblici interessi in senso proprio".

¹⁰ Così A. POLICE, *op. cit.*, 64, al quale si rinvia per ulteriori riferimenti di dottrina. Cfr. anche G. ROSSI, *Governo, magistratura, e Autorità garante della concorrenza e del mercato: tre diverse filosofie dell'antitrust*, in AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Autorità antitrust - Un bilancio a dieci anni dalla legge*, Roma, 2000, 165 e ss.

¹¹ Secondo A. POLICE, *op. cit.*, 6 e s., "il funzionamento naturale del mercato non sempre risulta soddisfacente e quindi l'ordine giuridico (e per esso l'Istituzione) interviene sovente per alterare e non per conservare l'ordine naturale; interventi questi che non sono affatto di tipo neutrale, ma che presuppongono e comportano delle scelte politiche sull'assetto del mercato che si ritenga preferibile in relazione alla ponderazione politica (o se si vuole mista, in parte discrezionale e in parte tecnica) degli interessi pubblici della collettività. [...] la funzione della disciplina *antitrust* [...] presuppone appunto l'assunzione di scelte «politiche» per il bilanciamento di esigenze fortemente contrapposte".

avrebbe, infatti, “applicato le norme di concorrenza per fare, indirettamente, una vera e propria politica industriale”¹².

Alla luce di questa sintetica rassegna, anche chi non ritenga di poter qualificare come *tout court* “politiche” le competenze attribuite all’Autorità non può non riconoscere che il principio della “neutralità” dell’azione *antitrust* deve oggi essere inteso in senso più problematico rispetto al passato: gli interventi a tutela della concorrenza e del mercato presentano profili irriducibili alla sola dimensione tecnica e producono spesso conseguenze suscettibili di influenzare in maniera significativa lo sviluppo economico del Paese.

Se così è, il rapporto tra potere politico ed Autorità non può che essere dialettico: Governo e Parlamento, da un lato, e Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall’altro, nell’esercizio delle loro funzioni sono chiamati a tenere conto degli aspetti di reciproca interferenza.

In questa prospettiva, occorre ripensare la stessa nozione di *indipendenza* dell’Autorità e valorizzare al meglio gli strumenti attraverso i quali tale rapporto dialettico può trovare compiuta realizzazione.

2. *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato come Autorità indipendente*

La “piena autonomia” e la “indipendenza di giudizio e valutazione” con cui l’Autorità opera ai sensi dell’articolo 10, comma 2, della legge istitutiva sono generalmente intese quale “posizione di totale affrancamento da qualsiasi possibile forma di ingerenza nel perseguimento delle finalità istituzionali”¹³.

¹² Lo ricorda G. ROSSI, *Governo, Magistratura e Autorità garante della concorrenza e del mercato, tre diverse filosofie dell’antitrust*, in AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Autorità antitrust - Un bilancio a dieci anni dalla legge*, Roma, 2000, 170.

¹³ L’espressione è tratta dall’audizione del Presidente G. Tesoro dinanzi alla I Commissione della Camera del 21 ottobre 1999, cit. (si veda, in particolare, pagina 5 del resoconto stenografico della seduta).

In linea teorica, le ingerenze vietate potrebbero provenire da due principali fonti: dagli stessi operatori economici sottoposti a vigilanza ovvero da altri soggetti istituzionali, espressioni del potere esecutivo, legislativo e giudiziario.

Esse potrebbero incidere su aspetti funzionali (tramite, ad esempio, l'emanazione di atti di indirizzo volti ad orientare l'azione dell'Autorità) o su profili organizzativi (come nel caso in cui le risorse finanziarie o di personale dell'Autorità dipendano da terzi).

A garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza, la legge adotta un'articolata serie di cautele: prevedendo che le modalità di nomina del presidente e dei commissari non coinvolgano in alcun modo il potere esecutivo (articolo 10, comma 2); stabilendo stringenti requisiti morali e professionali per l'eleggibilità dei singoli componenti (articolo 10, comma 2); limitando la durata del mandato ed escludendo la possibilità di conferma nella carica (articolo 10, comma 3); disciplinando in modo dettagliato i casi di incompatibilità (articolo 10, comma 3).

Nell'impianto della legge istitutiva, autonomia e indipendenza sono dunque considerati valori fondamentali dell'assetto dell'Autorità¹⁴.

Occorre, tuttavia, chiedersi – anche alla luce delle considerazioni formulate nel paragrafo precedente – se tali valori si traducano necessariamente nell'esenzione da qualunque forma di controllo o di responsabilità nei confronti del potere politico.

In altri termini, considerata la rilevanza strategica che la materia *antitrust* presenta ai fini della politica economica del Paese, è immaginabile che agli Organi costituzionalmente preposti alla definizione di quest'ultima – e cioè al Parlamento e al Governo – sia inibita qualunque forma di verifica o di intervento?

L'interrogativo diviene ancor più pressante se si considera la tesi di quanti qualificano l'attività consultiva e di segnalazione dell'Au-

¹⁴ Si veda quanto osservato in proposito dal Presidente A. CATRICALÀ, nel passo già citato *supra*, alla nota 2.

torità “un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare”¹⁵.

Secondo questa tesi, dal punto di vista politico-istituzionale, l’Autorità migliorerebbe e renderebbe più trasparente il processo democratico, finendo per fungere addirittura da “correttivo” al sistema parlamentare, che – eccessivamente influenzato da spinte di “gruppi organizzati elettoralmente significativi” – tenderebbe a produrre sovente “una legislazione che crea situazioni di privilegio e di tutela di particolari categorie di operatori economici in deroga ai principi di concorrenza”¹⁶.

Questo ruolo, per giunta, andrebbe rapidamente ampliandosi, non solo per la progressiva estensione della tipologia degli atti nei cui confronti l’Autorità ha ritenuto di esercitare i propri poteri di segnalazione e consultivi¹⁷, ma anche perché alle competenze in tema di *anti-trust* si sono successivamente aggiunte quelle in materia di pubblicità ingannevole (d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74) e comparativa (d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67), di tutela dei consumatori dalle pratiche commerciali scorrette (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, che, a tal fine, ha modificato il Codice del consumo) e di conflitto di interessi dei titolari delle cariche di governo (legge 20 luglio 2004, n. 215).

Si giungerebbe, quindi, ad una conclusione invero paradossale: l’Autorità non solo non sarebbe soggetta ad alcuna forma di indirizzo da parte di Parlamento e Governo, ma eserciterebbe altresì su di essi una sorta di costante monitoraggio e “tutela”, con la possibilità di influenzarne l’operato e le scelte sia mediante l’espressione di pareri formali, sia facendo valere informalmente la propria autorevolezza, attraverso il canale della *moral suasion*.

¹⁵ Così M. CLARICH, *L’attività di segnalazione e consultiva dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro la degenerazione del processo politico-parlamentare?*, in *Diritto amministrativo*, 1997, 85 ss.

¹⁶ M. CLARICH, *op. cit.*, 92 e 89 e s., il quale richiama in proposito la nota teoria dei cosiddetti “poteri neutrali” e le posizioni espresse al riguardo da Schmitt, Keynes, Schumpeter. In merito alla compatibilità dei poteri neutrali con il nostro ordinamento costituzionale, si veda M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.

¹⁷ Lo ricorda M. CLARICH, *op. cit.*, 93.

In realtà, i concetti di autonomia ed indipendenza possono e devono interpretarsi in modo da assicurare la loro piena coerenza con i principi del nostro ordinamento costituzionale¹⁸.

In questa prospettiva, se non vi è dubbio che l'Autorità risponda giuridicamente del proprio operato, nel pieno rispetto dell'articolo 28 della Costituzione¹⁹, esistono validi motivi anche per affermare l'esistenza di un "rapporto diretto di legittimazione politica dell'Autorità *antitrust* con il Parlamento"²⁰.

Infatti, da un punto di vista logico e giuridico, l'indipendenza dall'indirizzo politico del Governo non comporta necessariamente anche l'esonero dal controllo parlamentare: vi sono, quindi, margini per affermare che l'Autorità è responsabile della propria attività e della gestione della politica della concorrenza davanti alle Camere, sia pure in forme *sui generis*, non riconducibili al tradizionale modello delle amministrazioni pubbliche, che presuppone necessariamente l'intermediazione della responsabilità ministeriale²¹.

A questo riguardo, la stessa Autorità ha riconosciuto che, già a legislazione vigente, il Parlamento ha pieno titolo a svolgere un'approfondita attività di sindacato informativo sulla sua attività.

Le Camere possono quindi avvalersi di tutti gli strumenti a loro disposizione "per sottoporre ad attento scrutinio l'attività complessiva, i risultati e le eventuali disfunzioni delle Autorità indipendenti", esercitando "una fondamentale forma di controllo democratico che non lede l'autonomia delle Istituzioni, ma piuttosto contribuisce a rafforzarne la legittimazione come organi dello Stato-ordinamento"²².

¹⁸ Sulla difficoltà di individuare formulazioni di rango costituzionale in grado di preconstituire, sia pure in una lettura evolutiva del testo costituzionale, il fondamento delle Autorità indipendenti si veda C. TUCCIARELLI, *Il procedimento di istituzione delle Autorità indipendenti in relazione al sistema delle fonti*, in *Rassegna parlamentare*, 1997, 115 e ss.

¹⁹ Per una dettagliata analisi della questione, si veda A. POLICE, *op. cit.*, 151 e ss.

²⁰ A. POLICE, *op. cit.*, 152.

²¹ Proprio in considerazione di queste peculiarità, A. CATRICALÀ, nella citata audizione del 3 marzo 2010, preferisce utilizzare il termine *accountability* (pagina 6 del resoconto stenografico).

²² Cfr. A. CATRICALÀ, resoconto stenografico dell'audizione del 3 marzo 2010, cit., 6, il quale inequivocabilmente afferma: "Naturalmente la nostra attività è soggetta a una

Naturalmente, l'impiego di tali strumenti dovrà essere opportunamente calibrato in relazione alle peculiarità del ruolo e delle funzioni dell'Autorità, in modo da salvaguardarne l'autonomia di giudizio e da evitare indebite ingerenze del Parlamento in ambiti che si caratterizzano per la loro dimensione squisitamente tecnica.

Nelle pagine che seguono si esamineranno più da vicino i caratteri dell'intervento parlamentare in materia di concorrenza, per poi passare rapidamente in rassegna la concreta dinamica dei rapporti tra Camere e Autorità, sulla base della prassi sviluppatasi nell'arco di venti anni.

3. *Il ruolo del Parlamento in materia di antitrust*

Il potere del Parlamento di intervenire in materia di *antitrust* deve essere valutato alla luce della più generale tendenza alla moltiplicazione dei centri di produzione normativa e di regolazione settoriale: si assiste, cioè, ad una lenta, ma progressiva erosione dei poteri del Parlamento a favore del Governo, delle regioni, degli enti locali, dell'Unione europea, e anche delle c.d. *Authorities*.

Il Parlamento, infatti, non detiene più il monopolio della regolazione ma opera ormai in un "universo" più ampio in cui intervengono una pluralità di centri di produzione normativa – tra cui le *Authorities* appunto – chiamati a regolare i rapporti civili, economici e sociali, la cui fonte normativa non è più necessariamente la legge²³.

verifica da parte del Parlamento ogni volta che lo stesso lo richieda." I passi citati nel testo sono, invece, tratti dalla relazione predisposta per la medesima occasione (pag. 11), consultabile sul sito www.agcm.it. Già G. TESAURO, nella sua audizione del 21 ottobre 1999, cit. (pag. 5 e s. del resoconto stenografico), aveva del resto affermato: "Indipendenza – lo sottolineo con forza – non significa (...) irresponsabilità, tantomeno assenza di controllo. (...) Indipendenza neppure significa che le autorità indipendenti costituiscano un corpo estraneo e separato rispetto alle altre istituzioni dello Stato, in particolare rispetto al Parlamento, con il quale non mancano momenti di dialogo e di confronto".

²³ Cfr. U. ZAMPETTI, *Evoluzione della legislazione e ruolo del Parlamento*, in *Rassegna parlamentare*, 2011, 1, 48 ss.

Il settore della promozione della concorrenza è stato tra i primi ad evidenziare una simile tendenza. Il legislatore infatti, in ragione degli obblighi imposti dalla appartenenza alla CEE²⁴, ha scelto (seppur con qualche ritardo, visto che la prima normativa *antitrust* statunitense risale al 1890²⁵ e che la legge italiana interviene a quasi cinquanta anni dalla disciplina contenuta nel Trattato CEE) di affidare all'Autorità la tutela della libera iniziativa e della difesa dei consumatori, ritenendola un solido presidio di legalità e di libertà e uno strumento trainante per lo sviluppo economico e la crescita sociale e civile del Paese. Per realizzare l'introduzione nel nostro Paese di regole generali per garantire il corretto funzionamento del mercato, il Parlamento ha adottato la scelta, innovativa fino ad allora, di importare anche modelli di stampo anglosassone ai fini della configurazione normativa dell'Autorità.

È chiaro, tuttavia, che con l'approvazione della legge n. 287 del 1990 e con l'istituzione di un'apposita Autorità, il Parlamento non ha voluto spogliarsi di ogni potere di intervento nel settore, conservando tuttora proprie competenze, a cominciare ovviamente dalle modifiche introdotte al quadro ordinamentale delle finalità istituzionali dell'Autorità o alle modalità di finanziamento dell'Autorità medesima.

Sotto il primo profilo il legislatore ha determinato un incremento quantitativo e tipologico delle funzioni dell'Autorità²⁶ attribuendo, a partire dal 2007, le competenze necessarie per la tutela dei consumatori o, con il d.l. n. 201 del 2011, prevedendo una significativa integrazione delle sue attribuzioni: mentre le funzioni di monitoraggio e proposta di cui all'articolo 21 della legge n. 287 del 1990 si esaurivano con la sottoposizione della questione all'organo istituzionale competente (Parlamento, Governo, ente territoriale), oggi l'Autorità può determinare una conseguenza diretta sull'atto censurato nel senso di attivare un procedimento giurisdizionale davanti al giudice amministrativo utilizzando anche tutti i conseguenti strumenti di tutela, incluse eventuali misure

²⁴ Cfr. M. CLARICH, I. MARRONE, *op. cit.*, 1.

²⁵ Si tratta dello *Sherman Act*.

²⁶ Cfr. il Documento conclusivo approvato dalla Commissione Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni della Camera dei deputati in data 16 febbraio 2012 a conclusione dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti, Doc. XVII, 17, 8.

cautelari²⁷. In tale contesto di modifica normativa il Parlamento (convertendo il d.l. n. 201 del 2011, articolo 23, comma 1) ha legiferato anche sulla composizione del collegio stabilendo la riduzione dei componenti dell'Autorità da cinque a tre.

Per quanto concerne il profilo delle modalità di finanziamento dell'Autorità, il legislatore è intervenuto in questi anni sul sistema degli stanziamenti a carico del bilancio generale dello Stato, apportando con la legge n. 191 del 2009 (finanziaria 2010) riduzioni del contributo statale.

Possono poi essere ipotizzati diversi criteri di riparto della materia *antitrust* tra Parlamento e Autorità.

Un primo criterio potrebbe basarsi sulla natura del potere esercitato: legislativo quello del Parlamento, regolatorio (o amministrativo) quello dell'Autorità, ovvero – se si considera la dimensione temporale – istantaneo quello del Parlamento (si esaurisce nel momento di approvazione della legge) continuativo quello dell'Autorità (stante il carattere permanente del suo ruolo di garanzia).

Si deve tuttavia precisare che il Parlamento può esercitare in materia di concorrenza anche funzioni non legislative (ad es., conoscitive o di nomina dei componenti dell'Autorità) e che non tutta l'attività dell'Autorità è puramente amministrativa o regolatoria (si pensi alle competenze consultive).

Un secondo criterio potrebbe considerare, invece, l'aspetto teleologico, distinguendo tra funzione di *promozione* della concorrenza (spettante al Parlamento) e funzione di *tutela* della concorrenza (affidata all'Autorità).

Alcune criticità rendono tuttavia non sempre agevole anche l'applicazione di un simile criterio: innanzitutto, oltre all'*enforcement* (riconducibile, in senso lato, alla sfera della tutela) l'Autorità svolge

²⁷ In particolare viene conferita all'Autorità la legittimazione ad agire in giudizio avverso regolamenti, atti amministrativi generali e provvedimenti emanati dalla pubblica amministrazione che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Preliminarmente, l'Autorità deve indirizzare entro sessanta giorni all'amministrazione che ha adottato l'atto un parere motivato, indicando le violazioni riscontrate. Se l'amministrazione interessata non si conforma nei sessanta giorni successivi, l'Autorità può adire il giudice amministrativo.

anche funzioni di c.d. *advocacy*²⁸ (che presenta, invece, maggiori contatti con la promozione), segnalando al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri le distorsioni della concorrenza derivanti da norme di legge o di regolamento (cfr. l'articolo 21 della legge n. 287/90) ed esprimendo pareri alle amministrazioni e agli enti pubblici interessati sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza e il mercato (articolo 22)²⁹. Senza contare che anche la distinzione tra *tutela* e *promozione* presenta alcuni margini di opinabilità: in fondo, i due concetti tendono ad identificarsi, considerato che promuovere la concorrenza è il modo migliore per tutelarla.

Per questi motivi, tenuto conto della complessità della materia, appare preferibile adottare una combinazione dei suddetti criteri, tenendo conto della lettera del dettato normativo della legge n. 287/90.

4. La dinamica dei rapporti tra Parlamento e Autorità garante della concorrenza e del mercato

La premessa costitutiva dell'Autorità è la sua posizione di autonomia e di indipendenza. La legge n. 287 del 1990 è molto chiara sul punto precisando, all'articolo 10, comma 2, che "l'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione". La finalità di tale disposizione, evidentemente, è quella di prevedere una posizione di distacco dell'Autorità dal potere politico e dall'influenza del Governo³⁰.

L'Autorità esercita dunque nella materia *antitrust* funzioni pubbliche a tutela di interessi generali e in una posizione di indipendenza e terzietà sulla base di processi decisionali fondati sull'esperienza tecnica e sulla neutralità. Il rischio è quello di fuoriuscire dal circuito

²⁸ Una lucida disamina degli interventi di *enforcement* e di *advocacy* dell'Autorità può rivenirsi nella citata audizione del Presidente G. PITRUZZELLA del 4 giugno 2013.

²⁹ Al riguardo, cfr. l'audizione del 17 novembre 2010 del Presidente dell'Autorità A. Catricalà presso la I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati.

³⁰ Cfr. M. CLARICH, I. MARRONE, *op. cit.*, 6.

corpo elettorale-Parlamento³¹. Il legislatore ha previsto pertanto dei “contrappesi” alla naturale assenza della responsabilità politica favorendo un rapporto “biunivoco” tra Parlamento e Autorità, attraverso una serie di strumenti procedurali idonei a garantire uno stabile “circuito” di relazioni reciproche tra i due soggetti istituzionali.

Il Parlamento dispone, infatti, di una molteplicità di strumenti per sottoporre ad attento scrutinio l’attività complessiva, i risultati e le eventuali disfunzioni dell’Autorità, nell’ambito di una fondamentale forma di controllo democratico tale da non pregiudicare l’autonomia dell’Autorità, ma anzi da rafforzarne la legittimazione come organo dello Stato-ordinamento: tutto ciò ferma restando ovviamente l’esigenza di distinguere gli ambiti e i settori in cui sia opportuna una decisione politica a monte del processo di regolazione³².

La posizione di indipendenza e di autonomia, non formale ma sostanziale³³, dell’Autorità non determina il venir meno della corretta interlocuzione con il Parlamento e con il Governo, cui compete il necessario ruolo di indirizzo politico: alla decisione politica spetta infatti la determinazione del punto di equilibrio tra efficienza dei mercati e gli altri interessi generali del sistema nel rispetto dell’indipendenza dell’Autorità³⁴.

Tale autonomia nell’esercizio della funzione di regolazione e protezione degli interessi collettivi in settori rilevanti è garantita non soltanto sotto il profilo organizzativo, finanziario e contabile ma anche e soprattutto attraverso il meccanismo di nomina dei componenti. In tal senso le caratteristiche di assoluta indipendenza, imparzialità e competenza tecnica vengono garantite dal procedimento di costituzione dell’organismo: la legge istitutiva stabilisce infatti all’articolo 10, comma 2, che l’Autorità è composta (a seguito della riduzione del collegio di-

³¹ Così il *Documento conclusivo*, cit., 87.

³² Ciò proprio per le scelte di valore che la regolazione implica, come può essere la tutela degli interessi pubblici rispetto alla tutela della concorrenza nell’ambito delle operazioni di concentrazione a livello nazionale. Così il *Documento conclusivo*, cit., 88.

³³ Così il Presidente dell’Autorità A. Catricalà nell’ambito dell’audizione tenutasi il 2 marzo 2010 presso la I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, 3.

³⁴ Così il *Documento conclusivo*, cit., 89.

sposta con la legge n. 2011 del 2011) dal Presidente e da due membri nominati d'intesa dai Presidenti delle Camere.

L'attribuzione ai Presidenti delle Camere del potere di nomina dei componenti l'Autorità, immaginata in un'epoca precedente all'avvento del sistema elettorale di tipo maggioritario, ma comunque rispondente ad una logica di legittimazione dell'organo di vertice delle Camere eletto grazie ad un *quorum* e ad una investitura più ampia delle contingenti maggioranze politiche, risponde evidentemente all'esigenza di sottrarre la composizione dell'Autorità a logiche di condizionamento politico attraverso il coinvolgimento diretto dei Presidenti di Assemblea parlamentare, per natura organi di garanzia *super partes*, le cui funzioni non si esauriscono – alla luce dell'evoluzione della legislazione – nell'ordinamento parlamentare, ma si svolgono anche nell'ordinamento generale dello Stato³⁵.

In tal modo si può agevolmente comprendere il significato della legislazione che ha riconosciuto nuovi compiti e funzioni ai Presidenti di Assemblea in quanto organi dotati di neutralità ed imparzialità. Si pensi appunto alle disposizioni che attengono alla nomina di membri di autorità amministrative indipendenti (appunto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, alla Commissione di garanzia sull'attuazione della legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, al Consiglio della magistratura militare) o del Consiglio di amministrazione della RAI (poi superate dalla legge n. 112 del 2004) o alle funzioni svolte dai Presidenti delle Camere in materia di rimborsi elettorali o di pubblicità delle contribuzioni da parte dei cittadini e delle imprese nei confronti dei parlamentari³⁶.

³⁵ Sul punto cfr. A. POLICE, *op. cit.*, 54 e 55. Sul meccanismo di nomina dei componenti dell'Autorità cfr. anche C. TUCCIARELLI, *op. cit.*, 128-135; P. AQUILANTI, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Personale dell'Autorità*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano* Bologna, 1993, 857-865.

³⁶ Sulla configurazione giuridica della figura dei Presidenti di Assemblea cfr. V. COZZOLI, *La funzione unificante dei Presidenti nell'organizzazione delle Camere*, in *Quaderni della Scuola Superiore di S. Anna*, Pisa, 2008, 18.

Tale meccanismo di nomina, non affidato all'Esecutivo, rappresenta un adeguato presidio dell'indipendenza dell'Autorità, tanto più che gli atti di nomina dei componenti l'Autorità sono stati ritenuti fino ad oggi non sindacabili in sede giurisdizionale³⁷.

La procedura di nomina prevista per i componenti dell'Autorità assicura anche una funzione di garanzia laddove – coinvolgendo personalmente i Presidenti delle Camere – esclude alla radice l'esistenza di un rapporto di fiducia e di responsabilità nei confronti non soltanto dell'Esecutivo, ma anche delle stesse Assemblee parlamentari.

Per favorire il raccordo tra istituzione parlamentare e Autorità garante, l'ordinamento mette poi a disposizione due tipi di strumenti: gli uni attivabili dall'Autorità, gli altri attivabili dal Parlamento.

I primi sono espressamente previsti dalla legge del 1990: la presentazione della relazione annuale (articolo 23), il potere di segnalazione al Parlamento e al Governo, previsto dal già citato articolo 21, e il potere consultivo di cui al successivo articolo 22.

L'esperienza di questi anni ha evidenziato la crescente importanza che questi strumenti di raccordo hanno assunto sia sul piano quantitativo, sia su quello qualitativo.

Sotto il primo profilo, se la relazione annuale rappresenta quel necessario anello di collegamento e di resoconto del proprio operato da parte dell'Autorità nei confronti delle assemblee legislative, assicurando al contempo un fondamentale momento di confronto con gli organi dello Stato e gli operatori interessati alle tematiche del diritto della concorrenza³⁸, la prassi ha visto un progressivo aumento del numero di segnalazioni e pareri formulati dall'Autorità al Parlamento: si è passati, infatti, dai due casi del 1991 al picco di venticinque casi del 2011.

Prendendo in considerazione le sole "Legislature lunghe" – quelle cioè durate cinque anni – il numero di segnalazioni e pareri dell'Autorità al Parlamento è stato di settanta nella XIII (1996-2001), sessanta nella XIV (2001-2006) e di ben novantadue nella XVI (2008-2013).

³⁷ Si veda, in proposito, la sentenza TAR Lazio, I, 6 dicembre 2005, n. 13060.

³⁸ Così G. Tesauro, nella sua audizione del 21 ottobre 1999, cit., 6.

Sono dati, questi, che testimoniano quanto intenso e sistematico sia stato in questi anni il raccordo tra Autorità garante e Parlamento: le segnalazioni hanno avuto, infatti, un significativo impatto sull'attività legislativa delle Commissioni facendo parte, a tutti gli effetti, dell'istruttoria dell'organo parlamentare³⁹. I poteri di segnalazione e consultivi in relazione a norme o ad iniziative legislative che determinino distorsioni della concorrenza o che siano di ostacolo al corretto funzionamento del mercato testimoniano l'esercizio di un compito di promozione della concorrenza – una sorta di *moral suasion* nei processi politico-decisionali⁴⁰ nell'ambito di un canale di comunicazione tra l'Autorità e l'opinione pubblica⁴¹ – anche nei confronti del legislatore cui spetta ricomporre anche i valori della concorrenza e del mercato, rappresentati dall'Autorità nel processo di decisione ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287 del 1990, nel contesto di una valutazione più generale e di opportunità delle scelte legislative di competenza dell'organo politico⁴².

Sul piano qualitativo, merita di essere ricordata la lettera con cui, nel maggio del 2005, i Presidenti di Camera e Senato sottoposero all'attenzione dei Presidenti di tutte le Commissioni permanenti l'esigenza di dare adeguato seguito alle relazioni, alle segnalazioni e ai pareri delle Autorità indipendenti, al fine di utilizzarne al meglio l'apporto e di assicurare al contempo una sempre più proficua e sistematica interlocuzione con le suddette Autorità.

In particolare, in quella occasione si auspicò che, con riferimento alle relazioni, vi fosse “uno specifico momento di approfondimento presso le Commissioni permanenti, a tal fine utilizzando tutti gli stru-

³⁹ A titolo di esempio, si ricordano l'esame del disegno di legge di conversione del d.l. n. 159 del 2007 recante interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale (cfr. il resoconto sommario della seduta del 6 novembre 2007 della V Commissione Bilancio, tesoro e programmazione della Camera dei deputati, in *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni*, 22, nonché l'atto Camera 3194-A, in cui i pareri delle Commissioni danno espressamente conto dell'attività consultiva dell'Autorità al riguardo).

⁴⁰ Così A. POLICE, *op. cit.*, 56-57 e M. CLARICH, *op. cit.*, 97-98.

⁴¹ M. DI BENEDETTO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Bologna, 2000, 147.

⁴² Così G. Tesauro, nella sua audizione del 21 ottobre 1999, *cit.*, 5-6.

menti previsti, in via generale dal Regolamento, ivi comprese le audizioni dei Presidenti delle Autorità”⁴³.

Questa missiva, per un verso, attesta il rilievo sostanziale e procedurale che, nell’ambito dei regolamenti vigenti, il Parlamento intende attribuire alle relazioni, alle segnalazioni e ai pareri provenienti dall’Autorità, ritenuti un qualificato contributo di riflessione – pur non essendo configurabile un obbligo giuridico del Parlamento di esaminare le comunicazioni che gli pervengono⁴⁴ – da valorizzare nell’ambito dell’istruttoria legislativa.

Non ci si può nascondere, tuttavia, che la stessa necessità di inviare una simile lettera sembra, per altro verso, implicitamente confermare la sostanziale “distrazione” con cui, per troppo tempo, il Parlamento ha seguito le iniziative e l’attività dell’Autorità *antitrust*.

Una “distrazione” rilevata anche dal documento conclusivo dell’indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti, condotta dalla Commissione Affari costituzionali della Camera nella XVI Legislatura e conclusa nel febbraio 2012⁴⁵.

Proprio per favorire un uso meno “distratto” delle sollecitazioni provenienti dall’Autorità, nel 2009 si è tentata la carta della legge annuale per il mercato e la concorrenza, ponendo a carico del Governo l’onere di predisporre un disegno di legge per il mercato e la concorrenza che recepisce quanto osservato in relazioni, pareri e segnalazioni dell’*antitrust*.

Quando questo nuovo strumento venne introdotto con l’articolo 47 della legge n. 99 del 2009, l’iniziativa suscitò ampi consensi e alimentò notevoli aspettative. La disposizione impegna, infatti, il Governo a presentare annualmente al Parlamento, entro sessanta giorni dalla presentazione della Relazione annuale dell’Autorità un disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza al fine di rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all’apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la

⁴³ Cfr. il resoconto della seduta della Commissione Lavoro, Previdenza sociale del Senato della Repubblica del 21 giugno 2005, 11.

⁴⁴ Così A. POLICE, *op. cit.*, 59.

⁴⁵ Cfr. pag. 48 del resoconto della seduta del 16 febbraio 2012.

tutela dei consumatori, tenendo anche conto delle segnalazioni trasmesse dall'Autorità⁴⁶.

A distanza di quattro anni, occorre riconoscere che l'esperimento non ha finora prodotto i risultati auspicati e che questo prezioso strumento di raccordo tra Autorità, Governo e Parlamento costituisce tuttora una potenzialità inespresa.

Si è certamente persa un'opportunità importante, tanto più se si considera il pregevole contributo di idee fornito dall'Autorità che ha nel frattempo formulato un'imponente mole di proposte di riforma concorrenziale: si pensi alla segnalazione ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2012, volta al rilancio della crescita e della competitività del Paese anche attraverso un più efficace dispiegarsi di politiche che diano respiro e nuovo slancio all'economia reale.

Peraltro, i canali di raccordo non sono attivabili solo su iniziativa dell'Autorità: anche il Parlamento può contare su strumenti di rilevante efficacia ed impatto.

Come detto, in primo luogo, le Camere possono ovviamente adottare misure di carattere legislativo, volte a disciplinare in dettaglio l'esercizio delle competenze dell'Autorità, ad attribuirgliene di nuove, a ridefinirne l'organizzazione o le risorse.

Proprio grazie a simili interventi, l'Autorità ha progressivamente ampliato lo spettro delle proprie funzioni, con riferimento alla pubblicità ingannevole⁴⁷ e comparativa⁴⁸, alla tutela dei consumatori dalle

⁴⁶ L'articolo 47 della legge n. 99 del 2009, al comma 3, prevede che il disegno di legge rechi: norme di immediata applicazione, deleghe al governo, disposizioni recanti i principi fondamentali nel rispetto dei quali le regioni e le province autonome esercitano le proprie competenze normative, norme integrative o correttive di disposizioni. La relazione di accompagnamento evidenzia: *a)* lo stato di conformità dell'ordinamento interno ai principi comunitari in materia di libera circolazione, concorrenza e apertura dei mercati nonché delle politiche europee in materia di concorrenza; *b)* lo stato di attuazione degli interventi previsti nelle precedenti leggi per il mercato e la concorrenza, indicando gli effetti che ne sono derivati per i cittadini, le imprese e la pubblica amministrazione; *c)* l'elenco delle segnalazioni e dei pareri dell'Autorità, espressi ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287 del 1990, indicando gli ambiti in cui non si è ritenuto opportuno darvi seguito.

⁴⁷ D.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74.

pratiche commerciali scorrette⁴⁹ e al conflitto di interessi dei titolari delle cariche di governo⁵⁰.

Vi è poi una seconda modalità di raccordo, consistente nello svolgimento di attività informative: attraverso audizioni periodiche ed indagini conoscitive, le Commissioni parlamentari acquisiscono direttamente dall'Autorità un prezioso patrimonio di informazioni, valutazioni ed esperienze, in grado di orientare l'azione delle Camere nel delicato e complesso settore *antitrust*.

Basti pensare che nella sola XVI Legislatura l'Autorità è stata ascoltata in audizione ben trentadue volte, con riferimento a tutti i principali settori economici del Paese: dal settore energetico a quello delle comunicazioni, dall'assicurativo al bancario, dalle libere professioni ai servizi pubblici locali, dal trasporto ai servizi postali, dall'agroalimentare alla farmaceutica, per non parlare delle audizioni di carattere generale sui temi delle liberalizzazioni e della crisi economica⁵¹.

Non bisogna poi dimenticare che alle Camere è attribuito anche un importante ruolo di garanzia a tutela dell'indipendenza dell'Autorità.

Ci si riferisce alla valutazione di interrogazioni, interpellanze, mozioni e risoluzioni parlamentari, che se dirette a sindacare iniziative dell'Autorità o ad indirizzarne l'attività, sono dichiarate inammissibili dalla Presidenza delle due Camere, sulla base delle norme dei rispettivi regolamenti⁵², laddove i quesiti formulati fanno riferimento ad atti che attengono alla competenza dell'Autorità, in relazione alla quale nessun potere di vigilanza è attribuito all'Esecutivo, esulando dalla sfera di competenza di questo⁵³.

⁴⁸ D.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67.

⁴⁹ D.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, che, a tal fine, ha modificato il Codice del consumo.

⁵⁰ Legge 20 luglio 2004, n. 215.

⁵¹ Le audizioni riguardano anche le attività di controllo e di vigilanza in materia di conflitto di interessi (cfr., ad esempio, l'audizione svolta il 19 settembre 2006 dalla Commissione Affari Costituzionali, delle Presidenza del Consiglio e Interni della Camera dei deputati).

⁵² L'inammissibilità, per quanto riguarda la Camera dei deputati, è pronunciata in ragione dell'articolo 139-*bis*, comma 1, del Regolamento della Camera medesima e del punto 2.3., lettera *f*), della circolare del 21 febbraio 1996.

⁵³ Per completezza si segnalano alcuni atti di sindacato ispettivo presentati alla Camera dei deputati in cui sono comunque richiamati atti dell'Autorità: interrogazione a

Pur non potendosi configurare un potere di controllo e di vigilanza sull'Autorità da parte del Parlamento⁵⁴ tali strumenti di raccordo tra Parlamento e Autorità possono essere ulteriormente aggiornati per rafforzare, da una parte, il ruolo del Parlamento sulle grandi scelte di politica economica e, dall'altra, i poteri di discrezionalità tecnica dell'Autorità: si pensi alla possibilità di promuovere specifiche modifiche regolamentari, ferma restando l'esigenza di evitare una stabile attività di indirizzo da parte degli organi politici sull'Autorità; al rafforzamento del potere ispettivo e di conoscenza; al necessario seguito a livello di procedimento legislativo del potere di segnalazione; alla valorizzazione del contributo delle altre autorità di settore per la predisposizione della legge annuale per il mercato e la concorrenza; al potenziamento del livello di comunicazione attraverso le audizioni periodiche presso le Commissioni parlamentari, da prevedere in via sistematica per approfondire i contenuti delle relazioni annuali presentate dall'Autorità⁵⁵.

In generale, dal quadro istituzionale emerge che, allo stato, l'ordinamento garantisce ampie forme di collaborazione e consultazione con il Parlamento che, però, vanno rafforzate e "sistematizzate". Esempi recenti sono costituiti dalla modifica alla disciplina dei servizi pubblici essenziali contenute nella legge di stabilità per il 2012, che trae origine in gran parte dalla segnalazione dell'Autorità; o dal d.l. n. 2 del 2012 che è stato definito dando attuazione, in diverse parti, alle segnalazioni espresse dalle Autorità indipendenti, a partire da quella *Anti-trust*⁵⁶.

Si tratta dunque di dare piena attuazione a tutti gli strumenti apprestati dall'ordinamento nel rapporto Parlamento-Autorità, valutando la possibilità di introdurre nuove modalità di raccordo istituzionale,

risposta immediata in Commissione n. 5-01302 del 18 luglio 2007, interpellanza n. 2-00181 del 12 ottobre 2006, interrogazione a risposta scritta 4-15388 del 20 marzo 2012.

⁵⁴ Cfr. sul punto A. POLICE, *op. cit.*, 60 che afferma, tra l'altro, che "l'esercizio in piena autonomia di tali potestà non concorre a collocare l'Autorità Garante tra gli organi ausiliari del Parlamento e del Governo, ma contribuisce a delineare la natura di una istituzione che si distacca dagli apparati tradizionalmente deputati all'elaborazione della politica nazionale, sfuggendo a qualsiasi relazione di ausiliarità".

⁵⁵ Così il *Documento conclusivo*, cit., 88-89.

⁵⁶ Così il *Documento conclusivo*, cit., 89.

che valorizzino l'impulso e l'iniziativa dell'Autorità per assicurare la migliore tutela degli interessi pubblici e del consumatore.

5. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni sin qui sintetizzate, si può concludere che l'indipendenza dell'Autorità non è vulnerata, ma anzi è esaltata dal rapporto dialettico con il Parlamento: un rapporto biunivoco, dal quale entrambe le istituzioni possono e devono trarre impulso ed alimento per il più proficuo esercizio delle rispettive funzioni.

Funzioni che devono essere esercitate senza confusione di ruoli tra decisore politico e regolatore tecnico indipendente⁵⁷.

Al primo compete definire il livello di tutela degli interessi generali: un compito che non può essere esercitato in una dimensione puramente tecnica, ma richiede una piena legittimazione democratica.

Al regolatore tecnico spetta, invece, il compito di stabilire le modalità concrete di attuazione del livello di tutela definito in ambito politico.

I due piani di azione hanno, come si è visto, molteplici punti di interferenza e devono, quindi, essere oggetto di un costante raccordo, nel rispetto del principio di leale collaborazione interistituzionale.

È questo il solo modo per garantire che la concorrenza – che Einaudi definiva un arboscello delicato⁵⁸ – possa diventare una pianta robusta, in grado di resistere alla violenta tempesta degli interessi particolari.

⁵⁷ Così A. Catricalà, in Camera dei deputati, Indagini conoscitive e documentazioni legislative n. 16, *Sulle autorità amministrative indipendenti*, Commissione I (Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni), Atti parlamentari, XVI legislatura, 290-291.

⁵⁸ L. EINAUDI, *Economia di concorrenza e capitalismo storico. La terza via fra i secoli XVIII e XIX*, in *Riv. st. econ.*, VII, n. 2, giugno 1942, 65.

LA CULTURA DELLA CONCORRENZA IN ITALIA

Innocenzo Cipolletta

La cultura della concorrenza si è formata in Europa progressivamente, per gradi, sotto la spinta di diversi fattori per lo più provenienti dal mondo anglosassone. Possiamo dire che essa non era innata nell'Europa continentale, ma ha dovuto farsi largo contrastando sia le ideologie di destra che di sinistra. Per onestà occorre riconoscere che la cultura della concorrenza ha faticato ovunque a imporsi, perché essa non appare connaturata, né al mondo degli affari, né presso i consumatori e neppure presso le istituzioni.

Un contributo rilevante alla diffusione di questa cultura in Europa venne dal Piano Marshall del dopoguerra e dalla decisione di costituire la Comunità Economica Europea. Queste due decisioni storiche invertirono la tendenza al protezionismo e all'autarchia che aveva dominato nel periodo prebellico. Ma la concorrenza, in una prima fase, si imponeva soprattutto all'interno di specifici mercati.

È così che per prima venne istituita la CECA (Comunità Economica del Carbone e dell'Acciaio) che aveva come scopo la creazione del primo mercato unico relativo a questi prodotti che tanto avevano a che fare con la ricostruzione e che avevano causato nel passato guerre tra Francia e Germania. Il compito della CECA era proprio quello di tutelare la libera concorrenza fra i paesi aderenti, mentre restavano restrizioni forti per le importazioni da fuori l'Europa. A tal fine, tutte le azioni degli Stati membri suscettibili di pregiudicare la concorrenza dovevano essere comunicate all'Alta Autorità. Inoltre, il trattato descriveva in maniera specifica i tre casi di distorsione della concorrenza: le intese, le concentrazioni e gli abusi di posizione dominante. Gli accordi tra imprese o le associazioni d'impresa potevano essere annullati dall'Alta Autorità se impedivano, limitavano o alteravano, direttamente o indirettamente, il gioco della concorrenza.

Poi si diede luogo alla CEE (Comunità Economica Europea) con il Trattato di Roma (1957) che istituì il mercato comune basato su quattro libertà: libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali. Con esso venne creato uno spazio economico unificato che permetteva la libera concorrenza tra le imprese, e poneva le basi per ravvicinare le condizioni di scambio dei prodotti e dei servizi che non erano già coperti dagli altri trattati (CECA e Euratom). A partire da tale data, vennero progressivamente aboliti i dazi tra i paesi della CEE e venne istituita una tariffa unica esterna.

Di fatto, con la CEE nacque la politica della concorrenza all'interno degli Stati europei, per convenienza più che per convinzione politica dei governi e delle popolazioni. Non bisogna dimenticare che si era ancora nello sforzo della ricostruzione, periodo segnato da assenza di regole e da una forte presenza pubblica nell'economia che si sostituiva al capitale privato spesso limitato come ammontari e come prospettive.

In questa accezione, per concorrenza si intendeva essenzialmente la libera circolazione delle merci e delle persone (meno dei capitali) all'interno della CEE, mentre poco si parlava di libero accesso al mercato, di lotta agli abusi di posizioni dominanti e tanto meno di lotta agli accordi di cartello. Anzi pratiche discorsive del mercato erano tollerate in Italia e in molti altri paesi, in ragione delle necessità di ricostruzione e di difesa sociale, che facevano premio su tutto.

Le imprese italiane, e in particolare la Confindustria a quell'epoca guidata da un liberale come Angelo Costa, non si opposero frontalmente alla liberalizzazione degli scambi, ma fecero parecchie resistenze, perché temevano di non saper reggere alla concorrenza degli altri paesi europei e pertanto chiedevano alcune protezioni. Dopo anni di autarchia e dopo una guerra disastrosa, il timore di soccombere alla concorrenza internazionale era forte e questo giustificava la cautela degli imprenditori. Tuttavia, ben presto gli imprenditori italiani si accorsero di saper tenere la concorrenza degli altri paesi europei, grazie anche ai salari più bassi, alla assenza di regole, al basso prelievo fiscale e contributivo, oltre che alla indubbia capacità imprenditiva e imitativa che caratterizzava la nostra industria negli anni Cinquanta e Sessanta. Ma il concetto di concorrenza mal si applicava alle pratiche interne. La concorrenza era vista più nei confronti delle importazioni e delle esporta-

zioni da e verso altri paesi, che con riferimento al mercato interno, dove prevalevano le pratiche di sempre.

Nel nostro paese, la stessa contrapposizione ideologica tra liberisti e statalisti guardava alla concorrenza con un occhio tutto particolare. Per i fautori di un forte ruolo dello Stato nell'economia la concorrenza era il simbolo della legge del mercato, ossia della legge della giungla dove il debole sarebbe stato inesorabilmente fagocitato dal più forte e quindi era un argomento da evitare e da condannare: bastava lo Stato a proteggere il consumatore. Per i liberisti la lotta per la concorrenza era confusa con la lotta contro i potentati economici collusi con il potere politico: basti vedere le battaglie di Ernesto Rossi e le sue lotte contro i "Padroni del Vapore". Questo anche il titolo del libro pubblicato nel 1954 da Rossi con il sottotitolo "La collaborazione Fascismo-Confindustria durante il ventennio". Questo testo (assieme ad altri scritti di Ernesto Rossi) rappresentò a lungo una sorta di riferimento obbligato per coloro che erano a favore della concorrenza, ma che denunciavano le collisioni sempre forti, anche dopo il fascismo, tra potere economico e potere politico a danno dei più deboli. Non a caso, il risvolto di copertina di questo libro riportava: "Esaltazione della iniziativa privata, intesa come "libertà di corsa" dei grandi finanziari. Trasferimento del maggior carico delle imposte dai ceti più ricchi a quelli più poveri. Superamento della lotta di classe col sindacalismo schiavista. Socializzazione delle perdite e privatizzazione dei profitti. Sbocco assicurato all'estero, con il denaro dei contribuenti, ai prodotti dell'industria nazionale. Difesa del mercato interno da ogni forma di concorrenza da parte delle industrie straniere".

In questo clima nel 1961 si decise in Italia di dar vita a una Commissione Parlamentare d'inchiesta sulla Concorrenza. Un atto stravagante a quell'epoca. La Commissione, inizialmente presieduta dall'On. Roberto Tremelloni (socialdemocratico) lavorò per ben quattro anni e concluse i suoi lavori nel 1965 con un verdetto quanto meno singolare: la conclusione della Commissione era che "non esistevano" nel paese "preoccupanti alterazioni concorrenziali" e si allontanava l'idea di formare una sorta di Autorità Garante, ossia una Commissione per la Tutela della Concorrenza.

Di fatto la Commissione Parlamentare era preoccupata e avversa all'idea della costituzione di una commissione per la tutela della concorrenza. Si legge negli atti di questa Commissione Parlamentare che: "l'istituenda Commissione (per la concorrenza) dovrebbe essere l'organo capace di definire, volta per volta, il 'pubblico interesse', e cioè le esigenze della società italiana per quanto riguarda il mantenimento del gioco della concorrenza, ovvero la riduzione della stessa di fronte ad interessi rappresentati, tra l'altro, da un intervento dello stato in materia economica, ovvero da precisi limiti di carattere tecnico come il miglioramento della produzione e della distribuzione ovvero la promozione del progresso tecnico ed economico". La Commissione Parlamentare conclude che "bisogna sottrarre i giudizi in materia di concorrenza, monopolio, concentrazione, alla opinione dei soli tecnici. Occorre poter creare un organo tale da costituire l'espressione di una volontà anche politica e cioè di una scelta".

Siamo negli anni dell'avvio del primo Governo di Centro-Sinistra, gli anni della nazionalizzazione dell'energia elettrica e dell'avvio della programmazione economica. Sono anni di esaltazione dell'economia mista di mercato, con un ruolo forte dello Stato. La concorrenza non rappresenta un bene in sé. La tutela della concorrenza viene confusa con l'azione politica. Un simile atteggiamento sopravvivrà in parte anche nei nostri giorni, basti pensare alle tante autorità di settore dove il ruolo della politica industriale e sociale è confuso con quello della tutela della concorrenza e dove la presa della politica resta forte. Per non parlare della paura nei confronti di eventuali acquisti dall'estero di aziende ritenute "strategiche", difese con la *golden rule*, nonché dei veri abusi, come la vicenda Alitalia sotto il Governo Berlusconi, dove venne evitato il fallimento con tutele anticoncorrenziali e con una forte immissione di denaro pubblico, attraverso l'assunzione dei debiti di questa compagnia. Anche in questo caso, l'Italia non è sola in questi comportamenti. La Francia, la Germania e persino il Regno Unito di fronte a eventi particolari non hanno esitato e non esitano a gestire direttamente alcune aziende ritenute strategiche o comunque rilevanti.

Bisognerà aspettare gli anni Settanta, quando tramonterà definitivamente il sogno della programmazione economica e quando i grandi rovesciamenti generati dalla crisi da petrolio, dall'esplosione dei cambi

delle monete e dai primi processi di finanziarizzazione dell'economia, riporteranno all'attenzione pubblica il ruolo della concorrenza. E questa volta sarà proprio un rappresentante della Confindustria (ma non imprenditore) a rilanciare la battaglia e la cultura della concorrenza in Italia. Parlo di Guido Carli che divenne Presidente della Confindustria nel 1976 dopo essere stato per quindici anni Governatore della Banca d'Italia.

Guido Carli era stata la persona che, come Ministro del Commercio con l'Estero (1957-58) prima di diventare Governatore della Banca d'Italia, aveva contribuito a promuovere l'apertura del nostro mercato. Profonda era in lui la convinzione che l'Italia potesse progredire solo grazie all'esistenza di un vincolo esterno, che lui vedeva nella bilancia dei pagamenti e negli accordi internazionali. Per migliorare la nostra economia, si pose l'obiettivo di elaborare uno Statuto dell'Impresa il cui cardine avrebbe dovuto essere, nelle sue intenzioni, la tutela della concorrenza. Avviò i lavori assieme all'Assonime.

Lo Statuto dell'impresa riprese il tema della concorrenza e il ruolo delle imprese pubbliche. La prima condizione riguardava proprio la concorrenza. Lo Statuto dell'impresa, nella sua versione presentata dalla Confindustria, recita: "Tutte le imprese, indipendentemente dalla dimensione, dalla forma giuridica e dal carattere pubblico o privato del capitale, devono avere libero accesso al mercato e devono essere poste in condizioni di parità sotto il profilo della possibilità di utilizzazione dello spazio più operativo e delle risorse esistenti, senza ostacoli artificiali creati dalle stesse imprese o imposti dai pubblici poteri o comunque senza privilegi tali da comportare discriminazioni o distorsioni della loro attività di mercato". Carli riconosceva il ruolo delle imprese pubbliche, ma solo in casi di monopolio naturale. Il documento venne mal tollerato dalla Confindustria. Il Consiglio Direttivo pretese di cambiarlo con un documento più incisivo volto al sostegno della crescita, cosa che Carli fece, ma aggiungendo lo Statuto dell'Impresa a quest'ultimo documento. Di fatto lo statuto era un allegato e come tale venne tralasciato dalla Confindustria quando terminò la presidenza di Guido Carli.

Due osservazioni emergono da questi ricordi. La prima è il malessere da parte degli imprenditori italiani a trattare di concorrenza, ri-

tenendo che questa era risolta una volta per tutte con l'apertura ai mercati internazionali e, che se ci fosse ancora qualche cosa nel mercato interno, questo riguardava essenzialmente le imprese pubbliche.

La seconda considerazione è la totale assenza d'interesse per la figura del consumatore, anche nell'impostazione più illuminata di Carli. La concorrenza è vista al massimo come libertà di accesso al mercato da parte delle imprese e nei giochi rispettivi volti a far funzionare il mercato tra le imprese. La figura del consumatore resta marginale. Nel migliore dei casi si suppone che, se le imprese si comportano bene, allora il consumatore può esercitare al meglio la sua facoltà di scelta.

D'altro canto questa è una considerazione più vasta. Nell'Europa continentale gran parte del corpo legislativo economico ha come principale preoccupazione la difesa del lavoro e la competitività del sistema produttivo, quindi, le imprese. Il cittadino è visto prima come lavoratore e poi eventualmente come consumatore. Si dice spesso che prima c'è il lavoro e poi il consumo. Questo porta a privilegiare il lavoro alla concorrenza. Ciò che riduce di molto la tutela della concorrenza quando questa rischia di mettere in discussione dei posti di lavoro. A riprova di quanto detto, le prime associazioni a tutela dei consumatori sono state organizzate in Italia proprio dai Sindacati dei lavoratori, più per occupare uno spazio sindacale che per sentito bisogno. Queste associazioni sindacali si rivolgono più ai problemi relativi ai servizi pubblici gestiti dalla PA che ai problemi dei consumatori verso le imprese di mercato. Si intuisce come la tutela dei consumatori, affidata a chi ha come principale obiettivo la tutela dei lavoratori (quindi dei produttori) sia una sorta di ipocrita contraddizione.

Per la tutela del consumatore occorrerà aspettare gli anni Novanta e il varo dell'Autorità Garante della Concorrenza e questa è storia recente. Malgrado ciò, la cultura del consumatore resta in Italia sempre in secondo piano rispetto a quella del lavoratore, sicché è duro sostenere che nel nostro paese sia ormai diffusa la cultura della concorrenza.

Restano poi molte questioni particolari nel nostro paese: a) la presenza di imprese pubbliche in molte attività nazionali e locali che ostacolano la concorrenza e impediscono una libera scelta da parte del consumatore; b) la confusione in Italia tra attività di indirizzo politico e regolazione dei mercati, che rende ambiguo il ruolo di molte delle no-

stre (troppe) autorità di controllo, molte delle quali sono assoggettate ai ministeri competenti, con una vera confusione di ruoli; c) le diverse autorità di regolazione che sottraggono di fatto uno spazio all’Autorità garante della Concorrenza, dato che in molti settori finisce per esserci “concorrenza” tra le autorità, più che una tutela della concorrenza per il paese; d) l’esistenza di una diffusa cultura corporativa nel mondo delle professioni che vede nelle barriere all’entrata la vera tutela del consumatore, come dimostrano i diversi tentativi di modificare norme e comportamenti dei comparti professionali; e) interessi locali che finiscono per privilegiare gli operatori del posto (artigiani, costruttori, ecc.), fenomeno europeo, visto il forte rifiuto ad aprire alla concorrenza internazionale il mondo dell’artigianato e delle professioni e la bocciatura della relativa direttiva di liberalizzazione, con il pretesto di non favorire “l’idraulico polacco” che avrebbe distrutto il lavoro artigianale nei paesi europei.

Se però vogliamo cogliere aspetti più generali che ancora ostacolano nel nostro paese una cultura della concorrenza, ricorderei due elementi tra loro collegati. Il primo è l’esistenza nel nostro paese di una forte componente di “capitalismo relazionale”. Il secondo è l’assenza di una reale condanna penale per la corruzione tra privati.

Il capitalismo relazionale, che non è caratteristica solo del nostro paese, implica che nelle relazioni di mercato si privilegiano i rapporti di amicizia e di fedeltà consolidati nel tempo, rispetto al merito e ai reali interessi degli operatori. Patti di sindacato per il controllo delle aziende, partecipazioni incrociate e presenze multiple nei consigli di amministrazione, sistemi di distribuzione legati a interessi dei produttori, reticoli bancari e salotti più o meno buoni, sono presenti e condizionano pesantemente il nostro mercato. Sono tutti fattori che tendono a proteggere specifici interessi e che di fatto non fanno funzionare la concorrenza.

Questo capitalismo relazionale si incrocia con l’assenza di una vera lotta alla corruzione tra privati, malgrado le raccomandazioni internazionali e la delibera dell’Onu che ci imponeva di adottare una legge apposita. La stessa definizione di reato penale per la corruzione tra privati è di fatto assente. Nel 2012 il governo Monti ha introdotto il reato penale di corruzione tra privati, ma tale reato scatta solo su denuncia

di una delle parti: si capisce come non possa funzionare, posto che la corruzione mette d'accordo le parti ed è fatta per nuocere a un terzo (altra azienda e/o consumatore). Il reato dovrebbe essere perseguito d'ufficio e/o su sollecitazione di terzi. La corruzione tra privati è molto diffusa nel nostro paese e spesso non è considerata neppure tale. Scambi di favore tra aziende o tra dirigenti di aziende diverse vengono considerati come fatti normali. Solo le imprese quotate hanno l'obbligo di vigilare per le operazioni tra parti correlate, ciò che riduce (di poco) questo rischio (con scarsa efficacia, viste le vicende di molte delle nostre imprese). Eppure, la corruzione tra privati distorce la concorrenza, oltre a generare un clima di criminalità diffusa che poi si trasferisce, ovviamente, anche nei rapporti tra privato e pubblico. Chi vuole combattere la corruzione nel settore pubblico deve prima combatterla nel settore privato, posto che non potrà mai esserci assenza di corruzione tra privati e pubblico se sono corrotti i rapporti tra i privati.

V'è purtroppo da dire che anche in molti altri paesi ci sono vistosi limiti alla concorrenza. Ne è una riprova la segmentazione dei mercati e l'esistenza di intermediari che di fatto ostacolano la concorrenza (il mercato delle costruzioni, quello della distribuzione dei giornali, l'idraulico polacco, ecc.).

Cultura della concorrenza, cultura del merito, cultura della trasparenza vanno tutte assieme e vanno insegnate da piccoli perché si formi una convinzione profonda.

INTERVENTO

Luca Sanfilippo

Partecipo a questo convegno nella mia qualità di Presidente della Camera di Commercio Internazionale e debbo veramente ringraziare gli organizzatori e in particolare il Prof. Gian Antonio Benacchio e il Prof. Michele Carpagnano per l'invito ricevuto poiché mi sembra che il livello delle discussioni sia molto alto e molto interessante.

Abbiamo avuto oggi l'agio di partire da una prospettiva storica e secondo me questo aiuta a rimettere in fila i problemi e magari anche le soluzioni. Abbiamo parlato di cultura della concorrenza in un modo non usuale nei convegni a cui mi capita di partecipare e sono molto lieto di poter affrontare un tema che è molto caro alla base associativa della Camera di Commercio Internazionale. Infatti abbiamo lavorato molto, soprattutto a livello europeo ma anche a livello italiano, nella nostra Commissione Concorrenza sul tema dei programmi di compliance all'interno delle imprese, compliance sul diritto Antitrust. Ci è infatti sembrato che questa attività sui programmi di compliance fosse un elemento importante proprio per la migliore diffusione di una cultura della concorrenza con condivisione di esperienze e di best practices.

E devo dire che nell'ambito della nostra base associativa, vedo qui alcuni rappresentanti, le imprese di grandi dimensioni, penso alle banche e alle imprese nel settore dell'energia, hanno sviluppato programmi di formazione all'interno delle loro aziende molto seri e molto efficaci sia per la tutela dai problemi di concorrenza ma anche per la diffusione di una cultura Antitrust.

Questa sensibilità abbiamo cominciato a verificarla anche come ICC in un dialogo avviato con le Autorità di concorrenza in Europa e in altre parti del mondo. Perché in effetti è questo un po' il lato dell'advocacy che anche vediamo svilupparsi nell'ambito delle organizzazioni che sono chiamate a fare i "watch dog", come si diceva prima, i guardiani della tutela della concorrenza. Infatti all'elemento della deterren-

za, dato dalle sanzioni e dai procedimenti, si comincia a capire che è bene aggiungere anche un elemento di diffusione della cultura di prevenzione delle situazioni che potenzialmente danno luogo a violazioni antitrust. E in effetti, se uno vuole misurare il grado di successo di un'Autorità di concorrenza in un dato territorio, lo si può fare misurando il livello e il cumulo delle sanzioni comminate ma si può anche misurare in funzione del grado di effettiva apertura dei mercati che si riesce a conseguire in quel territorio.

Ora, questa idea della ICC di spingere molto sull'adozione di programmi di compliance antitrust si è sposata a livello europeo con attività analoghe delle Autorità Antitrust con cui abbiamo avviato un dialogo proficuo che ha portato la Commissione Europea (che pure fa questo di mestiere dal 1957 e diciamo effettivamente dal 1962) a pubblicare finalmente sul proprio sito nel 2011 una prima descrizione disponibile per tutti di quali sono le regole di base della concorrenza da non violare. Anche l'Office of Trading in Inghilterra è andato nella stessa direzione. L'Autorità francese ha poi realizzato uno schema di programma di compliance che, se rispetta le caratteristiche indicate dall'autorità della concorrenza, può essere considerato come un programma di compliance serio e dà diritto per le imprese ad alcuni benefici.

C'è stato anche un caso in cui insieme alle sanzioni, non ricordo ora se ridotte o meno, l'Autorità di concorrenza francese ha ordinato all'impresa destinataria della decisione finale anche l'obbligo di dotarsi di un programma di compliance interno. Nella stessa direzione abbiamo visto movimenti in questi ultimissimi mesi da parte del Bureau de la Concurrence canadese e dal Department of Justice americano.

Abbiamo iniziato a vedere una certa attenzione ai programmi di compliance antitrust anche da parte della nostra Autorità nazionale italiana e c'è stata qualche dichiarazione anche del suo Presidente nell'ambito delle attività di advocacy che, come abbiamo visto, sono moltissime; quindi immaginiamo che ci sarà spazio anche per questo tema. Questo dialogo con le autorità di concorrenza è servito per fare anche un confronto tra il diritto sostanziale dell'Antitrust tra i vari paesi e verificare quali sono le best practices in questo settore. Il lavoro con la Commissione Europea ha visto anche coinvolti non solo la ICC, che rappresento, ma anche l'Associazione dei Direttori Legali delle Imprese

Europee e l'Associazione Business Europe. Alla fine di questo dialogo e di questa attività di sensibilizzazione condotta dalle imprese a livello europeo tra qualche giorno ICC presenterà a Varsavia, nell'ambito dell'International Competition Network, una sorta di manuale, che viene chiamato "tool kit", su come devono essere strutturati i programmi di compliance per essere considerati seri. Un po' lo schema è simile a quello adottato dall'Autorità francese di tutela della concorrenza.

L'obiettivo che ci proponiamo come ICC è la promozione di strumenti fatti dalle imprese e per le imprese, non solo quelle di grandi dimensioni, e che questi strumenti siano stati condivisi con le principali autorità di concorrenza.

Il vantaggio non è tanto quello di proteggere le imprese dall'aumento delle sanzioni o quello di ottenere sconti di pena.

Quello che le imprese hanno immaginato possa arrivare loro da una migliore diffusione della cultura della concorrenza, e quindi anche della tutela della concorrenza, è l'opportunità di individuare al loro interno, ben prima delle autorità della concorrenza, i problemi e quindi evitare delle situazioni complicate. A volte, immaginiamo i casi delle leniencies, possono aversi situazioni in cui se tu sai prima di altri dove sono i problemi puoi anche utilizzare questa informazione in un'ottica di vantaggio competitivo. Ovviamente perché questi strumenti funzionino devono essere ben costruiti e ci vuole un *commitment* serio da parte dei più alti gradi del management interno delle aziende.

La Camera di Commercio Internazionale ha realizzato questo tool kit, lo ha condiviso con la Commissione Europea ed indubbiamente siamo ora interessati a condividerlo con l'Autorità Italiana e poi presentarlo anche qui in Italia in un'occasione futura che sia propizia e istituzionale.

Come dicevo il dibattito di oggi ha fornito molti spunti interessanti e non posso impedirmi di aggiungere qualche mia riflessione.

Il Presidente Lassere ci ricordava che in Francia venivano da una cultura corporativa; anche noi abbiamo avuto vent'anni di cultura corporativa, vent'anni non particolarmente felici, e poi abbiamo avuto un'economia di Stato quanto meno mista anche in Italia e quindi il motivo per cui la concorrenza è un corpo estraneo nel nostro Paese deriva

da questo ed è stata sempre accoppiata all'apertura dei mercati perché fino alla legge del 1990 non c'era un diritto della concorrenza italiano.

La concorrenza e la sua tutela esistevano in Italia solo nella misura in cui si poteva applicare il trattato della Comunità Europea e quindi doveva esservi il pregiudizio al commercio intercomunitario altrimenti non ci poteva essere nemmeno la tutela della concorrenza. C'è stato un collegamento automatico dunque tra tutela della concorrenza e commercio intracomunitario e questo fino a quando non abbiamo avuto una nostra legge di tutela della concorrenza.

Si è detto che in Italia invece, come probabilmente in Spagna, veniamo da una cultura cattolica e quindi, diciamo, il principio della concorrenza come meccanismo della premiazione del successo non ci sarebbe naturale. Qui ci spostiamo dal tema della struttura socio-economica, che giustamente veniva bene spiegato dal Dott. Cipolletta, Presidente dell'Università di Trento, a quello delle sovrastrutture culturali. In realtà, anche il diritto della concorrenza comunitario, all'inizio aveva un'impostazione "cattolica" (ricordo colleghi americani che lo dicevano spesso): "voi in Europa avete un'impostazione cattolica perché il meccanismo della notifica preventiva di tutti gli accordi, accordi notificati preventivamente a Bruxelles, è proprio cattolico; vieni, confessami tutto, anche ciò che è irrilevante, poi io ti dò l'assoluzione e tu puoi tornare a fare il tuo business".

Direi che più che un approccio cattolico, a me sembra un approccio borbonico: mi serve l'autorizzazione del potere pubblico, a prescindere, per qualsiasi intrapresa economica. Invece l'etica protestante, ci diceva oggi il Presidente Lassere, è in linea con quello che poi abbiamo avuto in Europa dal 2003 in poi: il cosiddetto processo di modernizzazione, cioè ciascuno si fa il proprio self-assessment, ciascuna impresa si fa la propria autovalutazione sugli accordi che sottoscrive, se sono o meno in violazione delle regole di concorrenza, e quindi ognuno si prende le proprie responsabilità.

Certamente oggi in Italia la cultura della concorrenza, e soprattutto l'applicazione della concorrenza, qualche problema ce l'ha; indubbiamente vedo anche dei nuovi ostacoli, dei nuovi inciampi. Certamente l'attribuzione all'AGCM di tante competenze diverse dalla concorrenza non è qualcosa che aiuti l'applicazione della concorrenza in

Italia. Forse anche quello che abbiamo sentito oggi, ovvero la proliferazione, quasi un'inflazione, dell'attività di segnalazione al Parlamento alla fine è anche un momento in cui l'Autorità invece di svolgere la sua funzione di applicazione della concorrenza, si limita a segnalare al Parlamento delle linee di azione. In sostanza l'Autorità, anziché agire in prima persona, chiede a qualcun altro di intervenire, che è forse di nuovo un indizio anche di una sua debolezza. Stesso discorso potrebbe farsi anche con riferimento al ricorso alle indagini conoscitive.

Certamente siamo tentati (in un momento economicamente difficile) di stare più nel quadro della cultura solidaristica che in quello della cultura del successo. Si diceva prima che questa cultura solidaristica, quando è intelligente, addirittura produce un sindacato che promuove anche la tutela dei consumatori, ma forse quello era un modo anche per occuparsi di (e promuovere) la responsabilità sociale dell'impresa. In realtà, in un momento in cui più che i posti di lavoro persi, quello che soprattutto sperimentiamo oggi e che ci preoccupa, sono i posti di lavoro che non si creano. Ecco, in una società bloccata, io credo che la concorrenza potrebbe rivestire e recuperare il valore dell'applicazione del merito tra le imprese. Secondo me se rifacciamo oggi quell'inchiesta, quella survey del 2006 di cui ci parlava Cipolletta, le idee nella testa delle persone sono cambiate e la cultura del merito e del suo valore applicati al mercato non possono che portare alla promozione della concorrenza e alla sua migliore tutela.

LA CASSAZIONE PROSEGUE L'EROSIONE DEL DIRITTO DI DIFESA NELLE CAUSE RISARCITORIE ANTITRUST *FOLLOW-ON**

Aldo Frignani

SOMMARIO: 1. La sentenza 2305 del 2 febbraio 2007; 2. La seconda tappa; 3. La terza tappa; 4. L'estensione delle prove a difesa; 5. I rapporti fra AGCM e AGO e le tre opinioni correnti; 6. Diversa natura e finalità del provvedimento dell'AGCM (public enforcement) e dell'azione risarcitoria ex art. 33 legge 287 (private enforcement); 7. Qual è il contenuto della decisione dell'AGCM (vincolante per il giudice ordinario)?; 8. Della "prova economica", della c.d. "media europea" e di altre criticità; 9. La nozione e la funzione di "prova privilegiata"; 10. L'esaurimento della prova e le prove "fresche"; 11. Il ricorso alla responsabilità solidale dell'art. 2055 c.c.; 12. Conclusioni sull'ultimo approdo della Cassazione. C'è ancora spazio per il diritto di difesa?

Concludendo una mia relazione sul tema al III Convegno biennale sull'applicazione delle regole di concorrenza di questa Università del 15 aprile 2011, in cui esaminavo i percorsi della Cassazione fino a quel momento (che già restringevano in modo notevole la possibilità per le imprese convenute di addurre prove a propria difesa), scrivevo: "È troppo chiedere un ripensamento?"¹. Con rammarico constatato che in questi due anni un ripensamento c'è stato, ma in peggio, come si può vedere da ultimo dall'ordinanza n. 5327 del 16 gennaio/4 marzo 2013².

* Si avverte il lettore che il sottoscritto, insieme ai proff. Irti, Guarino, Morbidelli, Villata, M. Prosperetti ed altri, e agli avv. Sanino, Medugno, Grande Stevens, Lirosi ed altri, ha patrocinato alcune delle cause qui citate. Si precisa inoltre che i testi completi delle sentenze del Tribunale e della Corte di giustizia di seguito citate sono reperibili all'indirizzo web www.curia.eu.

¹ *L'onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito antitrust*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law*, Padova, 2012, 67.

² In *Foro it.*, 2013, I, 1519.

Ritengo allora utile ripercorrere le tre “tappe” che hanno progressivamente eroso il diritto di difesa del convenuto, a tal punto da decretare la morte del nesso di causalità³.

1. La sentenza 2305 del 2 febbraio 2007

Si ritiene comunemente che il precedente da cui partire sia il caso *Fonsai c. Nigriello* del 2.2.2007, n. 2305 (Pres. Vittoria, relatore Spirito)⁴ in questo passo fondamentale:

“Quanto, poi, al nesso causale, il giudice potrà accertarne l’esistenza (...) in termini probabilistici o presuntivi, ma – questo è il punto nodale [...] – dovrà consentire all’assicuratore di provare contro le presunzioni o contro la sequenza probabilistica posta a base del ragionamento che fa derivare il danno dall’intesa illecita.

Si intende con questo dire che il giudice non può omettere di valutare tutti gli elementi di prova offerti dall’assicuratore per contrastare le presunzioni, o per dimostrare che la sequenza causale percorsa risulta spezzata da uno o più fatti diversi che da soli sono stati idonei a procurare il danno, oppure, ancora, per accertare che quei fatti, insieme con l’intesa illecita, abbiano assunto il carattere di equivalenti (e, dunque, concorrenti) causali nella produzione del danno.

³ Non senza aver espresso un motivo di disappunto. Le sentenze citate fanno parte di un centinaio (o più) aventi lo stesso *petitum* e la stessa *causa petendi*; infatti erano tutte azioni risarcitorie che traevano origine da un’unica delibera dell’AGCM del 28.7.2000 la quale aveva accertato una pratica concertata fra alcune imprese di assicurazione (e perciò *follow-on*). C’erano tutti i presupposti per (se non una riunione dei ricorsi, almeno) una trattazione congiunta e contestuale degli stessi, ciò che avrebbe eliminato alla radice il pericolo di pronunce difformi oltre che consentire risparmio di tempo e di costi per la Cassazione e per le parti in causa e garantire la funzione di nomofilia. Che cosa l’abbia impedito rimane oscuro! Altroché *spending review*!

⁴ In *Foro it.*, 2007, I, 1097, nota di A. PALMIERI, *Cartello tra compagnie assicuratrici, aumento dei premi e prova del pregiudizio: il disagevole cammino dell’azione risarcitoria per danno da illecito antitrust*, nonché di R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità)* e S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni “lungolatenti”*, in *Danno e resp.*, 2007, 764.

Accertamenti e valutazioni che il giudice può svolgere attraverso tutti gli strumenti offertigli dal rito, non escluso l'espletamento della consulenza tecnica [ma che nella specie non risultano affatto svolti].

L'assicuratore aveva, invero, allegato una serie di documentate circostanze (cfr. *supra* nella parte espositiva dei motivi di ricorso) tendenti proprio alla suddetta prova. Circostanze che la sentenza impugnata non ha tenuto in alcun conto, essendosi essa esclusivamente ed acriticamente adagiata sul mero contenuto del provvedimento amministrativo, quasi ad avallare l'aberrante tesi che il danno sia *in re ipsa*.

Tesi tanto più insostenibile se si tiene conto del fatto che il provvedimento antitrust in questione (e le pronunzie dei giudici amministrativi che lo hanno confermato) si limita all'accertamento dell'illeceità dello scambio di informazioni, ponendo in termini di mera potenzialità l'alterazione del gioco concorrenziale e, dunque, l'aumento dei prezzi praticati al consumatore finale”.

2. La seconda tappa

La seconda tappa si è avuta a partire dai primi mesi del 2011. Con una “serie” di sentenze successive si è introdotta una forte preclusione probatoria nel senso che non venivano prese in considerazione (il che equivaleva a renderle inammissibili) prove già esaminate e non ritenute idonee dall'AGCM (fra le molte, Cass. 10.5.2011, n. 10211; *Allianz c. De Cusatis*; Cass. 10.5.2011, n. 10212, *Allianz c. Cetrangelo*; Cass. 26 giugno 2011, n. 13486, *Allianz c. Palladino*).

A titolo d'esempio riportiamo un punto della sentenza n. 11.610 del 26 maggio 2011, *Allianz c. Tagliaferro* (Pres. Petti, Rel. Lanzillo):

“...l'assicurato ha il diritto di avvalersi della presunzione che il premio corrisposto sia stato superiore al dovuto per effetto del comportamento collusivo della compagnia assicuratrice convenuta, in misura corrispondente all'incremento dei premi rispetto alla media europea, con la conseguenza che la medesima compagnia può fornire prova contraria concernente sia la sussistenza (o la interruzione) del nesso causale tra l'illecito concorrenziale e il danno sia l'entità di quest'ultimo. Qualora, tuttavia, essa abbia partecipato al giudizio svoltosi davanti all'Au-

torità, riportando condanna, non può limitarsi a considerazioni generali attinenti ai dati influenti sulla formazione dei premi nel mercato delle polizze assicurative, già tenute presenti dall’Autorità, ma deve fornire precise indicazioni di situazioni e comportamenti specifici dell’impresa interessata e del singolo assicurato, idonei a dimostrare che il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all’intesa illecita ma da altri fattori”.

3. La terza tappa

Nelle pronunce più recenti (a noi note) la Corte si è “spinta oltre” nel circoscrivere ulteriormente la “prova contraria” che le compagnie dovrebbero dare per negare l’esistenza del nesso causale tra l’intesa ed il preteso danno. La Corte fa passare per diritto consolidato una affermazione che si trovava già nelle sentenze del 2011⁵ e cioè che deve trattarsi di prove specifiche relative alla singola compagnia e relative alla singola polizza stipulata. Nell’ordinanza n. 5327 del 4 marzo 2013 (Pres. Finocchiaro, Rel. De Stefano), *AXA Assic. c. GT* essa ha fornito un elenco di tali prove che dovranno riguardare “...il singolo assicurato o la singola polizza”.

Riportiamo il relativo passo:

“...la prova dell’insussistenza del nesso causale non può essere tratta da considerazioni di carattere generale attinenti ai dati che influiscono sulla formazione dei premi nel mercato generale delle polizze assicurative, ma deve riguardare situazioni o comportamenti che siano specifici dell’impresa interessata: che attengano, cioè, alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato o alla singola polizza, e che valgano a dimostrare che – nel caso in esame:

(i) il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all’intesa illecita”.

Occorrerebbe cioè dimostrare (in ipotesi) [continua la Cassazione]

⁵ V. quelle citate retro al § 2.

“(ii) che la compagnia assicuratrice convenuta in giudizio ebbe a discostarsi dal trend degli aumenti accertato dall'AGCM e comune alle altre;

(iii) o che la compagnia versava in peculiari difficoltà economiche, che le hanno imposto determinate scelte di prezzo;

(iv) o che il contratto copriva particolari rischi, normalmente non inclusi nella polizza;

(v) o che si riferiva ad assicurati il cui comportamento era caratterizzato da abnorme sinistrosità; e così via”.

Circostanze tutte che non basta siano genericamente affermate, ma che debbono essere documentate, indicando se del caso:

“(vi) i criteri seguiti per la determinazione dei premi,

(vii) gli elementi di costo gravanti sulla compagnia nel periodo dell'illecito, rispetto a quello precedente o successivo,

(viii) i bilanci e così via”⁶.

Le tre tappe dell'evoluzione sopra tracciate meritano approfonditi commenti su alcuni punti fondamentali.

4. L'estensione delle prove a difesa

Nel caso *Nigriello* la Cassazione dice che il giudice non potrà omettere di valutare “tutti gli elementi di prova” ed altresì che l'AGO “potrà svolgere gli accertamenti e le valutazioni *attraverso tutti gli strumenti offertigli dal rito*”. Ne consegue che essa non ha ristretto in alcun modo il tipo e la natura delle prove a contrario che la parte possa addurre.

Questo principio è stato poi seguito da App. Milano 25 agosto 2008, *Quistelli c. Zurigo Ass.*, e dalla Cass. stessa nella successiva sentenza *A.N.C.L. c. INAZ Paghe* del 13.2.2009.

Da questa impostazione corretta, la Cassazione si è poi allontanata con un improvviso *revirement*, ma senza offrire motivazione alcuna, nelle sentenze citate a proposito della seconda e terza tappa.

⁶ Alcune di queste voci erano già nella sentenza 13486 del 20 giugno 2011, *Allianz c. Palladino*, ma qui sono specificate ancor meglio.

5. I rapporti fra AGCM e AGO e le tre opinioni correnti

Sul tema in Italia si sono prospettati tre orientamenti: quello più radicale, che, partendo dalla inesistenza di qualsiasi pregiudizialità amministrativa, concludeva per la totale indifferenza per l'AGO della decisione dell'AGCM, stante la diversa funzione delle istituzioni: amministrativa l'una, caratterizzata dalla discrezionalità e dalla finalità preventiva e di deterrenza; giudiziaria l'altra, caratterizzata dalla funzione di dirimere controversie relative a diritti soggettivi e dall'obbligo del rispetto di diritto di difesa⁷. Opinione che va rigettata se non altro perché renderebbe impraticabile il sistema delle *private actions follow-on*. Il secondo, più realistico, secondo il quale il giudice ordinario non può pretermettere i "fatti e gli accertamenti" raggiunti dall'AGCM, in relazione al "ruolo assolto ed alle valutazioni espresse in quella sede, riconoscendo le insostituibili competenze dell'Autorità e l'ampiezza dei poteri di indagine che alla medesima sono riservati"⁸.

Questo secondo orientamento è stato espresso in modo nitido nella sentenza della Cassazione 13 febbraio 2009, n. 3640 (Pres. Morelli, relatore Tavassi), *A.N.C.L. c. INAZ Paghe* che, confermando la sentenza della Corte d'Appello di Milano, così afferma: "È infatti corretto che il giudice faccia riferimento alle conclusioni delle indagini svolte dall'A.G.C.M. ed agli ulteriori elementi di valutazione, che dalle conclusioni assunte dall'Autorità è lecito trarre, ma tali elementi ben possono andare ad aggiungersi alle deduzioni ed alle prove offerte dalle parti nel giudizio. È indubbio che la decisione dell'Autorità Garante o dei Giudici amministrativi, che definitivamente confermano o riformano tale decisione, riveste un ruolo significativo nell'accertamento dell'intesa, della pratica concordata o dell'abuso di posizione dominante, costituendo prova privilegiata della sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso. Tuttavia, nel giudizio in sede civile è possibile offrire sia prove a soste-

⁷ Per qualche esempio, App. Napoli, 9.2.2006, *Nigriello/Unipol*; App. Catania 15.3.2007 *Fondiarria c. N.O.*

⁸ Così M. TAVASSI, *Il ruolo dei giudici nazionali nel private enforcement, competenze concorrenti e coordinamento con l'azione dell'Autorità garante*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, *20 anni di antitrust*, Torino, 2010, 1011.

gno di tale accertamento, che riguardino più direttamente la posizione del singolo danneggiato, sia prove contrarie. Queste possono essere offerte sia dal soggetto che assuma la sussistenza della violazione, ove per ipotesi vi sia stato un provvedimento di diniego o di archiviazione da parte dell'A.G.C.M., come pure dall'impresa accusata, che potrebbe portare elementi di prova contrari agli accertamenti ivi eseguiti ed alle conclusioni che ne fossero state tratte. Le soluzioni adottate al riguardo dalla Corte milanese circa la possibilità di esperire la doppia tutela e circa l'indipendenza delle decisioni dell'una e dell'altra autorità regolatrice sono pienamente condivisibili e non sono comunque qui in discussione" (punto 1.3)⁹.

C'è infine un terzo orientamento, caratterizzato da radicalità opposta, e cioè la sottoposizione dell'AGO agli accertamenti dell'AGCM, nel senso che al giudice civile è precluso rimettere in discussione il "giudicato" dell'AGCM, specie se passato in giudicato secondo la giustizia amministrativa.

A supporto di quest'ultima tesi è stato talvolta invocato¹⁰ il rapporto tra giudici nazionali e Commissione quale dettato dall'art. 16 Reg. n. 1/2003 secondo il quale "Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione".

La norma sopra citata non può applicarsi alla ipotesi in esame per una serie di ragioni. In primo luogo la norma è dettata solo al fine di uniformità nell'ambito dell'Unione; in secondo luogo può riferirsi solo al caso in cui l'AGO nazionale debba essa stessa stabilire se c'è o non un'intesa che sia già stata decisa dalla Commissione nel suo "oggetto"

⁹ In questa sentenza sia la Corte di Appello che la Cassazione si erano ritenute competenti per il riesame nel merito della fattispecie anticoncorrenziale accertata dall'AGCM. Sui rapporti tra valutazioni del giudice ordinario e provvedimento dell'AGCM App. Milano 4 novembre 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3497 con nota di R. PARDOLESI, A. GIANNACCARI.

¹⁰ C. TESAURO, *Recenti sviluppi del "private antitrust enforcement"*, in *Mercato concorrenza regole*, 2011, 427.

(per es. restrizione all'importazione) e non tra le stesse parti perché si tratterebbe di un inammissibile *bis in idem*.

Infine il valore dell'accertamento svolto dalla Commissione non è né dello stesso livello, né paragonabile a quello delle decisioni dell'AGCM. A tacer d'altro le decisioni della Commissione sono sottoposte ad un controllo di merito svolto davanti al Tribunale.

Nel diritto comunitario della concorrenza è pacifico che al Tribunale è affidato un controllo di “piena giurisdizione”¹¹ e perciò anche di merito in tutti i casi in cui la decisione della Commissione contenga sanzioni pecuniarie (artt. 261 TFUE, 31 Reg. 1/2003, 16 Reg. 139/2004). In tale ipotesi la giurisprudenza UE ha fatto uso del potere di revisione anche nel merito nei casi in cui la Commissione non provi sufficientemente un dato fatto (ad es. una certa durata del comportamento anti-concorrenziale)¹² o la sussistenza di una circostanza aggravante¹³ oppure non sia valutato adeguatamente un certo fattore rilevante¹⁴ oppure non si è valutata correttamente l'estensione dei mercati interessati dalla violazione¹⁵.

Tuttavia al di là di queste ipotesi (che in un certo senso possono trovare analogia nell'ordinamento italiano)¹⁶ il controllo di legittimità del Tribunale di fronte ad una decisione della Commissione non è solo ristretto ai classici vizi del diritto amministrativo (incompetenza, viola-

¹¹ Sia permesso il rinvio ad A. FRIGNANI, S. BARIATTI, *Disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2012, 618 ss.

¹² Trib. 30.11.2011, T-208/06, *Quinn Barlo*, §§ 175-178.

¹³ Trib. 13.7.2011, T-59/07, *Polimeri/Europa*, § 320.

¹⁴ Trib. 29.4.2004, T-236/01 ed altri, *Tokai Carbon*, § 455.

¹⁵ Trib. 11.3.1998, T-156/96, *Siderurgica Aristrain Madrid*, § 107.

¹⁶ Cfr. art. 134.1, lett. c) Codice del processo amministrativo. Per un'ampia disamina dei vari precedenti dei giudici amministrativi, si rinvia a F.G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità ed il controllo giurisdizionale*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *op. cit.*, 268 ss. Come regola operativa osservo però che nonostante le affermazioni che il sindacato del giudice amministrativo sia “forte, pieno ed effettivo” (così Cons. Stato 29.9.2009, n. 5864), i giudici amministrativi tuttavia non sono riusciti a distaccarsi dal concetto di origine ottocentesca della “discrezionalità tecnica” dei poteri dell'amministrazione; né sono riusciti a scrollarsi di dosso la corazza del “controllo debole” del loro operato, cui si aggiunge la qualificazione delle norme antitrust come “concetti giuridici indeterminati”.

zione delle forme essenziali, violazione dell'obbligo di motivazione, eccesso di potere e così via), ma il controllo è stato esteso anche alla definizione del mercato rilevante¹⁷, all'accertamento di elementi dell'infrazione alle regole antitrust, al metodo utilizzato per calcolare un effetto anticoncorrenziale¹⁸, alla valutazione degli effetti di una concentrazione sulla struttura concorrenziale del mercato¹⁹ ed altro ancora.

Soprattutto per quanto concerne l'esame prospettico il Tribunale non ha ritenuto sufficientemente convincente la probabilità di effetti anticoncorrenziali²⁰ richiedendo che a proposito dello "standard probatorio" la Commissione si serva di una serie di elementi "sufficientemente precisi e concordanti"²¹.

Infine, per quanto riguarda le prove, in relazione a provvedimenti di accertamento di un illecito già avvenuto, la giurisprudenza ha stabilito che per impugnarle con successo è necessario "provare delle circostanze che pongono in una luce diversa i fatti accertati dalla Commissione e che consentano quindi di sostituire una diversa spiegazione dei fatti a quella indicata nel provvedimento impugnato"²².

Si può dunque negare che la base giuridica della totale sottoposizione dell'AGO alle decisioni dell'AGCM sia l'art. 16.1 del Reg. 1/2003²³.

¹⁷ Trib. 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, § 482.

¹⁸ Trib. 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telecom*, § 185.

¹⁹ Corte 10.7.2008, C-413/06 P, *Bertelmann e Sony*, § 144.

²⁰ Trib. 25.10.2002, T-5/02, *Tetra Laval*, § 162; Trib. 22.10.2002, T-310/01, *Schneider Electric*; Trib. 3.4.2003, T-114/02, *Babyliss*.

²¹ V. le osservazioni di E. GIPPINI-FOURNIER, *The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases*, in *World Competition*, 2010, 188 ss.

²² Così Corte 28.3.1984, *Compagnie Royale*, § 30; Trib. 15.12.2010, T-141/08, *EON Energhie*, § 53-55.

²³ La Cassazione, nella sentenza *Cetel e altri c. Enel*, Sez. I, 13 febbraio 2009, 3638 (in *Foro it.*, 2010, I, 1902), afferma che: "Quanto alla nota dell'A.G.C.M., correttamente la Corte territoriale afferma che un simile parere non è vincolante per l'A.G.O.; né a diverse conclusioni si perviene a seguito del Reg. 1/2003 il cui art. 16, preoccupandosi di dettare regole per l'applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza, stabilisce che, allorché le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi degli artt. 81 e 82 del Trattato su fattispecie che siano già oggetto di una decisione adottata dalla Commissione, non possano prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Tale vincolo, fra

Il *revirement* della Suprema Corte nel caso *Allianz c. Tagliaferro* rispetto al precedente *INAZ Paghe* e, prima ancora, al precedente *Nigriello*, della totale intangibilità della decisione dell'AGCM, non è in alcun modo specificato o argomentato sicché viene dato come un assioma, ma rimane indimostrato.

Talvolta si fa riferimento al Libro Bianco della Commissione sulle *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme anti-trust comunitarie* del 2.4.2008 come fonte della vincolatività per i giudici ordinari delle decisioni definitive delle Autorità Nazionali della Concorrenza (ANC), ma si dimentica che il Libro Bianco non è fonte di legge (neppure *soft*), contenendo solo delle proposte della Commissione. Né a conclusione diversa si giunge nel progetto di direttiva fatto circolare agli inizi del 2009 dove si dice che finalità della stessa è di assicurare ai consumatori il loro diritto “To full compensation of harm caused to them”, il che significa che il rapporto di causalità è rimasto nella piena disponibilità degli ordinamenti nazionali.

Il principio della indipendenza e separatezza dei due giudici è abbastanza comune nell'ambito europeo, tanto è vero che in Germania, per ottenere l'effetto opposto, si è dovuta fare una modifica legislativa riformando la *GWB*, ove è stato previsto che il Giudice nazionale sia vincolato ad una decisione amministrativa (definitiva) di accertamento di una condotta anti-competitiva emessa dall'Autorità nazionale di concorrenza (*Bundeskartellamt*)²⁴.

l'altro, riguarda le decisioni della Commissione e non delle Autorità garanti nazionali, mentre la giurisprudenza e le proposte normative di cui si sta discutendo indicano nell'eventuale decisione già intervenuta dall'A.G. uno strumento di prova privilegiato, a fronte del quale si potrebbe configurare un'inversione dell'onere della prova”.

²⁴ § 33.4 *GWB*.

6. Diversa natura e finalità del provvedimento dell'AGCM (public enforcement) e dell'azione risarcitoria ex art. 33 legge 287 (private enforcement)

Lungi da me propugnare la totale indipendenza degli accertamenti del giudice civile rispetto alle deliberazioni dell'AGCM, che non è un normale ufficio di una pubblica amministrazione, ma il cui compito è la tutela della struttura concorrenziale del mercato e gli strumenti investigativi e valutativi di cui gode sono tali da svolgere il compito meglio di chiunque altro (inclusi i giudici civili). Tuttavia c'è un ulteriore argomento che milita a favore del rigetto dell'opinione della totale sottoposizione dei giudici civili all'accertamento dell'AGCM.

L'art. 33.2 della legge 287 non contiene alcuna regola specifica che riguardi il presupposto dello svolgimento dell'azione risarcitoria davanti all'AGO; non ponendo alcun limite, il rinvio è d'obbligo ai principi generali propri di ogni azione risarcitoria civile, proprio per la presenza stessa dell'art. 33 che la riserva in via funzionale all'AGO²⁵.

La Cassazione a SS.UU. con la sentenza n. 2207 del 4.2.2005 *Unipol/Ricciardelli*²⁶, aveva già riconosciuto che l'azione ex art. 33 può essere esercitata con tutti i presupposti richiesti da una normale azione risarcitoria.

“È ben vero (...) che la legge vieta anche le intese che abbiano anche solo per “oggetto” la distorsione di cui si tratta, oltre che per “effetto”, ma ciò si spiega in considerazione del doppio livello di intervento che essa prevede, quello amministrativo della AGCM e quello riparatorio di cui alla azione di nullità e risarcimento. L'Autorità Garante è organo di Amministrazione, ancorché caratterizzato da ampiezza di poteri sui generis. Essa opera anche in vista di un pericolo, e dunque in considerazione della esigenza economica di prevenire l'effetto distorsivo del fenomeno di mercato. Il giudice, che dirime controversie e non si

²⁵ Prima con una esclusiva funzionale alle Corti di Appello, ora poi estesa a tutti i Tribunali delle imprese (art. 2.2 d.l. n. 1/2012 convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27).

²⁶ In *Foro it.*, 2005, I, 1014 con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e risarcimento del danno) dei consumatori*; E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*.

occupa di fenomeni, può essere officiato solo in presenza o in vista almeno di un pregiudizio. Dunque innanzi alla Corte d'appello deve essere allegata un'intesa di cui si chiede la dichiarazione di nullità, ed altresì il suo effetto pregiudizievole, il quale rappresenta l'interesse ad agire dell'attore secondo i principi del processo, da togliere attraverso il risarcimento"²⁷.

7. Qual è il contenuto della decisione dell'AGCM (vincolante per il giudice ordinario)?

Anche per chi condivide la seconda opinione e cioè di una qualche forma di pregiudizialità amministrativa nel giudizio civile *follow-on*, il suo presupposto rimarrebbe la identità dell'oggetto dell'accertamento amministrativo con la domanda (e pertanto l'accertamento) del giudizio civile (e cioè l'esatto perimetro della decisione dell'AGCM destinata a "far stato" davanti ai giudici ordinari). In tutti i casi sopra citati si trattava di una domanda risarcitoria del danno patito dall'assicurato per effetto dell'intesa costituita dallo scambio di informazioni. Per rispondere al quesito son da tener presenti questi elementi.

i) Se guardiamo la parte dispositiva del provvedimento, vi si accerta che le imprese indagate "hanno posto in essere una complessa ed articolata intesa orizzontale, nella forma della pratica concordata, consistente nello scambio sistematico di informazioni commerciali sensibili tra imprese concorrenti".

Nella decisione dell'AGCM si rinvencono poi tre "conclusioni" nella parte "Diritto" che non consentono l'interpretazione successiva che ne fu data dalla Cassazione nelle sentenze del 2011. Vi si legge infatti:

ii) § 251 "In generale, un'intesa tra le imprese che ha ad oggetto lo scambio di informazioni altamente sensibili, come il prezzo corrente, è in grado di alterare significativamente il gioco concorrenziale.

²⁷ In proposito rinvio a R. PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Mercato concorrenza regole*, 2011, 463.

Tale scambio di informazioni è potenzialmente idoneo a consentire alle imprese di coordinarsi rapidamente, con costi informativi condivisi e, pertanto, notevolmente ridotti su un equilibrio di mercato collusivo, anche in assenza di accordi espliciti sui prezzi”.

iii) § 259 “sulla base di tutte le argomentazioni che precedono, lo scambio di informazioni (...) configura una violazione dell’art. 2 della legge n. 287 in quanto (...) costituisce fattore in grado di facilitare l’uniformazione delle condotte commerciali”.

iv) § 262 “la natura anti-competitiva delle fattispecie esaminate e soprattutto la potenzialità delle stesse ad incidere in modo sostanziale sulle politiche strategiche delle imprese (...) rende superflua ogni ulteriore analisi che puntualmente qualifichi determinati esiti del mercato come precisi effetti ad esse direttamente riconducibili”.

v) Quale fosse l’oggetto dell’accertamento nel caso che ci occupa lo aveva già dichiarato in modo chiaro in sede di controllo giurisdizionale il Consiglio di Stato con la sentenza del 23.4.2002 al cui punto 7.4.3 si afferma: “Al riguardo, deve ribadirsi che l’autorità non ha in alcun modo esteso la sua indagine agli effetti concreti della pratica contestata, ma si è limitata a ritenere la sussistenza di effetti potenzialmente dannosi per la concorrenza”.

vi) Ciò che è stato ribadito anche dalla Cassazione stessa nel caso *Nigriello* con le parole “Tesi [*quella del danno in re ipsa*] tanto più insostenibile se si tiene conto del fatto che il provvedimento anti-trust in questione (e le pronunzie dei giudici amministrativi che lo hanno confermato) si limita all’accertamento dell’illiceità dello scambio di informazioni, ponendo in termini di mera potenzialità l’alterazione del gioco concorrenziale e, dunque, l’aumento dei prezzi praticati al consumatore finale”.

8. Della “prova economica”, della c.d. “media europea” e di altre criticità

La Cassazione, a partire dalla sentenza n. 10211 del 10.5.2011 in poi, per giungere alle sue conclusioni, si espone ad una serie di critiche, che qui brevemente accenno.

A) Va in contraddizione con quanto esplicitamente affermato dall'AGCM (argomento letterale-logico): dopo le affermazioni riportate sopra, tutte le deduzioni sull'abnormità dei rincari sono un *obiter dictum*.

B) Non spiega perché fa una giravolta a 360 gradi rispetto al Consiglio di Stato ed allo stesso precedente *Nigriello* e cioè perché queste due supreme magistrature avrebbero sbagliato (*revirement* senza motivazione).

C) Fa un errato uso dei criteri della scienza economica e statistica per la correttezza delle prove economiche.

C1) Il criterio della cosiddetta “media europea”. La Cassazione nella sentenza Tagliaferro (n. 11610/2011) afferma che “l'assicurato ha diritto di avvalersi della presunzione che il premio corrisposto sia stato superiore al dovuto per effetto del comportamento collusivo della compagnia... in misura corrispondente all'incremento dei premi rispetto alla media europea”. La media (come criterio proprio delle scienze attuariali) non è un criterio in base al quale il giudice possa condannare o assolvere o decidere una azione di responsabilità civile. La prima regola (disattesa) è che i calcoli siano esatti. Ebbene in tutte le azioni risarcitorie davanti ai giudici di merito tutti gli attori lamentavano di aver subito un danno pari al 20% del premio pagato. E molte delle sentenze della Cassazione avallano quel dato (*ex multis* 9.5.2012, n. 7039 punto 6; 20.12.2011, n. 27574 punto 4.4; 10.5.2011, n. 10211, punto 5.2). Ebbene donde proviene questo dato? Dai §§ 70, 75, 76 della decisione AGCM ampiamente ed in vario modo citati nelle sentenze. Ma se i numeri non sono una opinione in nessuno di essi si trova il livello medio del famigerato 20%! Dunque, non si può usare quel calcolo (sbagliato) neppure a fini presuntivi. Le statistiche serie non usano mai l'avverbio “circa” che invece abbonda in tutta la decisione AGCM.

In secondo luogo, nelle scienze attuariali, perché una “media” abbia un senso è preliminarmente necessario di rendere comparabili od omogenei i dati che si mettono a confronto; altrimenti la media statistica fa la fine del pollo di Trilussa... L'AGCM si basa su un *benchmark* di “media europea”: ma si prendono in esame (punto 75) alcuni Paesi soltanto (Germania, Spagna, Francia, Gran Bretagna: e gli altri 20?), (...) inoltre non si omologano i dati perché sono influenzati da fattori

con diversa rilevanza da Stato a Stato (inflazione, costi, comportamenti truffaldini, livello di risarcimento dei danni, soprattutto quelli non materiali da micro-permanenti, il livello delle riserve, costi processuali ed altri ancora).

C2) La prova economica. Le cosiddette “prove economiche” nei processi antitrust sono tanto più rilevanti ed importanti quanto meno usate con accuratezza e destrezza dai giudici²⁸. Nessuno pretende che il giudice civile si trasformi in economista e si sostituisca a lui, ma si può comunque pretendere che quando lo stesso deve usare prove “economiche e tecniche” (cfr. TAR Lazio 7.3.2006, n. 6629), le sue valutazioni siano “corrette, ragionevoli, proporzionate e attendibili”²⁹. Ed invece nessuno di essi, neppure di fronte alle contestazioni delle parti, si è servito di “consulenze” o ha sottoposto i dati allegati ai criteri sopra indicati³⁰.

D) L'argomento controfattuale. La Cassazione dà enorme importanza all'affermazione dell'AGCM (punto 76) secondo la quale se non ci fosse stata l'intesa, il mondo degli assicurati RC auto in Italia avrebbe speso circa 7.000 miliardi di lire in meno nel solo 1999.

Si tratta qui del criterio che gli economisti identificano come “controfattuale” con queste parole “la valutazione del danno concorrenziale è quasi sempre basata sul confronto tra la situazione effettiva dell'attore e quella in cui questi si sarebbe trovato in assenza dell'illecito: si confronta quindi lo scenario effettivo con uno scenario controfattuale. Da un punto di vista logico questa è una attività sempre in qualche modo paradossale non solo perché lo scenario controfattuale dipende da una pluralità di fattori esogeni, che nulla hanno a che fare con il com-

²⁸ Mi basti qui citare le testimonianze di G. MUSCOLO, *Public e private enforcement (Alcune questioni in tema di prova del processo antitrust)*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, *op. cit.*, 1020 ss.; M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, II, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012, 299 ss.

²⁹ Così S. BASTIANON, *Dai buoni pasto ai “concetti giuridici determinati”*. Ovvero: *come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust*, in *Foro it.*, 2005, III, 6 nota a Cons. Stato, 2.3.2004, n. 926, *Gemeaz Cusin/Consip e Pellegrini*.

³⁰ Che la giurisprudenza americana riduce a tre: *reliability* (affidabilità), *relevance* (rilevanza), *consistency* (coerenza).

portamento del convenuto, ma perché esso dipende anche, a volte in misura rilevante, dal comportamento dell'attore stesso"³¹.

Tale uso è però errato perché i "se" rappresentano delle ipotesi indimostrabili³². Tuttavia nel nostro caso, l'uso del criterio controfattuale, volutamente lascia fuori l'unico e vero elemento di controfattualità che si può semplicemente esprimere come segue: se fosse vero che gli aumenti delle polizze nel periodo preso in considerazione erano dovuti allo scambio di informazioni, una volta cessata l'intesa (e cioè a partire dal 28.7.2000) non avrebbero più dovuto registrarsi altri aumenti. Siccome è fatto notorio (e lamentato da tutti) che gli aumenti sono continuati e talvolta anche in modo rilevante negli ultimi tredici anni e dopo cessata l'intesa, ciò significa che la causa degli stessi non era (o, al limite, non era solo) l'intesa stessa.

Il rifiuto della controprova si spinge fino alla lettura non globale e tendenziosa di atti parlamentari e di atti ufficiali dell'AGCM. Nella sentenza n. 10211 (punto 5.3) si nega che il provvedimento AGCM 17.4.2003, n. 11891 di chiusura dell'indagine sul settore RC auto in Italia ridimensioni l'impatto negativo dell'intesa sui premi. Invece nelle Considerazioni finali si dice che, accanto all'intesa per scambio di informazioni, già sanzionata nel 2000, è necessario ancora intervenire su elementi strutturali del mercato RC auto, e si propone la "rivisitazione dell'assetto distributivo" e una "radicale innovazione del meccanismo di indennizzo indiretto"³³. A sua volta viene svuotato il contenuto della relazione al Parlamento della legge 273 del 12 dicembre 2002 con queste parole: "nulla dichiara di specifico quanto agli effetti del comportamento delle compagnie assicuratrici negli anni precedenti, mentre le disposizioni della legge stessa contengono una serie di misure a tutela dei consumatori e a garanzia della correttezza nella fissazione dei premi" (Cass. n. 20211, punto 5.3). In verità il fatto che detta legge dedichi

³¹ Così L. PROSPERETTI, *Prova e quantificazione dei danni antitrust*, cit. *infra* nota 40, § 3. Il ricorso alla prova "controfattuale" è più volte menzionato nello studio OXERA, *Quantifying antitrust damages: towards non-binding guidance for courts*, Bruxelles, 19 gennaio 2010.

³² Per usare un paragone sportivo, sarebbe come dire: "se l'arbitro avesse dato un rigore avremmo vinto la partita".

³³ Boll. n. 16-17 del 5 maggio 2003, 65.

gli artt. 19-26 a nuove discipline in materia di RC auto e l'art. 24 modifichi l'art. 642 c.p. per ridurre il fenomeno delle frodi mostra che è volontà del legislatore lottare contro l'“industria del sinistro”³⁴ i cui costi sono divenuti insopportabili (ma non per colpa dell'intesa).

È ancora negare l'evidenza (o il fatto notorio) il non tener conto delle conclusioni dell'Indagine conoscitiva dell'AGCM nel settore della RC Auto del 22.2.2013 che, dopo aver analizzato le differenze strutturali con qualche altro Paese dell'UE e constatato l'“insuccesso nel controllo dei costi” (p. 7) propone nuovi interventi quali l'indennizzo diretto, la scatola nera, il risarcimento in forma specifica ed altro ancora, ma non vi sia menzione di intesa sui prezzi. Alcune di queste sono state ora oggetto di interventi legislativi con il d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 (Cresci Italia) e d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 (Sviluppo bis).

E) Disproporzione tra prove e controprove. L'orientamento che qui si critica svela poi una opposizione tra le *prove specifiche* richieste al convenuto a sua difesa che si oppongono alle *prove generiche* (basate sulla situazione del mercato assicurativo RC auto in generale) che sono ritenute sufficienti per la domanda dell'attore. Quando si dice che la prova del danno che si basa solamente sull'accertamento di illiceità dell'intesa e si parla di “alta probabilità” statistica che il danno sia stato subito dall'attore (caso *Nigriello*), altro non si fa che concedere allo stesso un privilegio che lo esime da prove specifiche. Stando così le cose, non si capisce in base a quale principio la Cassazione nella stessa causa possa adottare due criteri talmente opposti nella natura delle prove per l'attore e per il convenuto.

In questo vizio di valutazione contraddittoria inciampa la Cassazione n. 7039, caso *Vittoria c. SMP*, quando si dice soddisfatta che gli accertamenti dell'AGCM abbiano “fatto riferimento ai livelli medi dei premi europei e al livello medio degli aumenti in Italia...” (punto 3.3), mentre reputa insufficiente la perizia di parte con queste parole: “Il Parere redatto dalla società di ricerca Dallochio e Prosperetti anch'esso riguarda l'assetto generale del mercato assicurativo e non comportamenti specifici dell'impresa convenuta e – pur redatto da autorevoli studiosi –

³⁴ Parole del consigliere M. ROSSETTI, *L'assicurazione obbligatoria della RC auto*, Torino, 2010, 561 ss. (cui si rinvia per ulteriori approfondimenti e statistiche).

esprime pur sempre valutazioni di parte, inidonee a confutare quanto accertato dall'AGCM..." (punto 3.3 in fondo). Di fronte a questa perizia di parte (i cui autori pur vengono qualificati come autorevoli) la Corte di merito (con il pieno avallo della Cassazione) non poteva far finta di niente, ma semmai ordinare una perizia di ufficio, come aveva insegnato il caso *Nigriello*³⁵.

La Cassazione³⁶ erra quando reputa che gli accertamenti compiuti dall'AGCM ai quali il giudice ordinario debba "deferenza" si estenda fino a tutto il contenuto della decisione. Questa conclusione è in contrasto con la decisione stessa dell'AGCM.

9. La nozione e la funzione di "prova privilegiata"

La "presunzione" affermata nella causa *Nigriello*, che poi è stata tradotta in "prova privilegiata", in qualsiasi modo la si configuri, non è una prova *iuris et de jure* (o prova legale), ma soltanto *juris tantum* e dunque è ribaltabile con prove contrarie della stessa natura e livello di quelle a base della presunzione a favore dell'attore.

L'ordinamento positivo italiano non conosce la nozione di prova privilegiata. In tema degli effetti delle prove, la distinzione tradizionale è quella tra prova legale e prova semplice: la prima è difficilmente sormontabile se non con una procedura di particolare complessità: ne è un esempio l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata di cui agli artt. 2700 e 2702 superabile solo con una (vittoriosa) querela di falso; si dice anche in proposito che si tratta di "piena prova". La seconda invece è superabile con qualsiasi altro mezzo di prova ammesso dall'ordinamento, salvo sempre il criterio generale che deve presiedere alla valutazione delle prove di cui all'art. 116.1 c.p.c., secondo il quale "il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento".

³⁵ Si osservi che l'invito all'accertamento tecnico, dopo *Nigriello*, è stato ripetuto anche nella sentenza *Axa c. Franzese*, del 18.10.2012, n. 17884 (Pres. Finocchiaro, Est. Spirito), in *Foro it.*, 2013, I, 163.

³⁶ 20.12.2011, n. 27574 *Axa c. B.M.*, seguita poi dalla Cass. 9.5.2012, n. 7039, *Vittoria c. Somma* fino all'ordinanza 4 marzo 2013.

È dunque evidente che la cosiddetta “prova privilegiata” è una invenzione della giurisprudenza di cui non si conoscono bene i contorni, né l’efficacia probatoria rispetto al diritto di difesa di colui contro il quale tale prova privilegiata viene utilizzata. Ciò è tanto vero che le sentenze sopra riportate cercano di specificare in quale senso tale espressione si debba intendere.

Per es. nella sentenza Cass. 20.6.2011, n. 13486 si afferma che la prova privilegiata di cui l’attore gode è costituita dall’accertamento da parte dell’AGCM di un cartello che “agevola gli oneri probatori dell’attore” e dunque si tratta di una prova privilegiata “nel senso che al professionista è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell’affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede”. L’affermazione è, per un verso, contraddittoria e, per altro verso, insufficiente. “Contraddittoria” perché non si tratterebbe solo di “agevolare gli oneri probatori dell’attore” (a tal fine sarebbe bastato ricorrere al principio del rovesciamento, totale o parziale, dell’onere probatorio); “contraddittoria” dunque perché la si riconduce anziché ad una prova “privilegiata” ad una prova piena (inconfutabile). “Insufficiente” perché in realtà si tratta di una preclusione probatoria di quanto è già stato oggetto di discussione nel procedimento davanti all’AGCM e tale limitazione non viene in alcun modo giustificata dai giudici che la applicano. Se è dunque comprensibile che all’attore si conceda in termini probatori il vantaggio (“privilegio”) di giovare di un fatto già oggetto di accertamento da parte dell’autorità amministrativa (in linea con un trend diffuso a livello dell’UE), non è assolutamente giustificato concludere che tale vantaggio si estenda ad una limitazione del diritto di difesa del convenuto, in assenza di una specifica norma legislativa che tale effetto preclusivo stabilisca. Quello che la Cassazione chiama “specificazione” (“nel senso che...”) in realtà ha assunto il significato diverso di “preclusione probatoria”, che il c.c. riserva alla legge.

Come è stato giustamente osservato, la cosiddetta “prova privilegiata” (nel senso che basta all’attore la presunzione del nesso causale tra l’illecito antitrust e i danni, e pertanto opera come inversione del-

l'onere probatorio), incide sullo standard della responsabilità (allo stesso modo in cui un giudice anglosassone affronterebbe una *strong piece of evidence*).

Sotto un'altra prospettiva è stato illustrato che il privilegio della prova consiste nel determinare lo "standard" della stessa, ma non può significare esclusione di controprove (la sua finalità è di costituire un aiuto all'onere probatorio dell'attore, non una limitazione al diritto di difesa del convenuto)³⁷.

A prescindere dalle osservazioni di cui sopra, era stato molto corretto quanto affermato al punto 1.3 della sentenza *INAZ Paghe* e cioè che comunque la prova si può considerare privilegiata solo con riferimento alla "sussistenza del comportamento accertato"³⁸ onde si pone la necessità di delimitare il perimetro dell'accertamento dell'AGCM, come abbiamo più sopra ampiamente argomentato.

10. L'esaurimento³⁹ della prova e le prove "fresche"

Le sentenze riferite alla fase due di cui sopra, che poi trovano ripetizione nell'ordinanza della fase tre, hanno un presupposto (non più di tanto implicito) e cioè che gli argomenti e le prove che sono stati adottati dalle imprese durante il procedimento amministrativo per contrastare il temuto accertamento della violazione, non sono più utilizzabile davanti all'AGO e pertanto avrebbero esaurito la loro capacità probato-

³⁷ Come è stato correttamente affermato da L. VASQUES, *Interferenza tra contenzioso civile e procedimento antitrust in una recente ordinanza della Cassazione*, in *Merito concorrenza regole*, 2013, 471, con l'ordinanza in commento "la Cassazione dunque pone una prova privilegiata in assenza di una chiara norma processuale o sostanziale di riferimento".

³⁸ In questo senso M. TAVASSI, *op. cit.*: "si è così spesso riconosciuto, se non il valore pregiudiziale e vincolante della decisione in sede amministrativa, sicuramente una valenza probatoria di particolare autorevolezza in ordine ai presupposti dell'azione esperita davanti al giudice civile".

³⁹ Uso la parola nel senso che le viene attribuito quando si parla di esaurimento del diritto di proprietà industriale e cioè che il monopolio concesso dalla legge sfruttato una volta, non si può più sfruttare ancora: cfr. M. GRANIERI, *I diritti di proprietà industriale*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI, *op. cit.*, 771 ss.

ria (“sono bruciate”). Su quali basi la Cassazione abbia raggiunto una tale sorprendente decisione non è dato sapere, né essa si dà carico di offrirne alcuna motivazione. Quella che qualche economista⁴⁰ ha chiamato in modo figurato la richiesta di “prove fresche” è sotto ogni profilo una limitazione al diritto di difesa che cozza contro la Costituzione⁴¹.

In primo luogo limita i poteri del giudice civile in una azione autonoma rispetto all'accertamento dell'AGCM per quanto concerne la sua valutazione dei presupposti dell'azione stessa obbligandolo ad accettare, senza possibilità di obiezioni, anche le argomentazioni (non dico i fatti accertati) svolte dall'autorità amministrativa. Ebbene, con tutto il dovuto rispetto all'autonomia ed alla discrezionalità dell'amministrazione (quand'anche essa fosse particolarmente qualificata come lo è l'AGCM), tale subordinazione totale dell'AGO all'AGCM non trova alcun appiglio giuridico (e ciò è tanto più vero in quanto, come si è sopra osservato, in questo modo, la decisione nel merito dell'autorità amministrativa non sarebbe soggetta ad alcun controllo nel merito di seconda istanza, come invece avviene ad esempio in Francia⁴², in Germania⁴³ e per le decisioni della stessa Commissione UE).

Ma il *dictum* della Cassazione nel caso *Nigriello* taglia la testa al toro:

“In siffatta azione [*risarcitoria*] l'assicurato ha l'onere di allegare la polizza assicurativa contratta (quale condotta finale del preteso danneggiante) e l'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale (quale condotta preparatoria), ed il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima ed il danno lamen-

⁴⁰ L. PROSPERETTI, *Prova e quantificazione dei danni antitrust: questioni economiche e giuridiche alla luce di alcuni casi recenti*, in corso di pubblicazione negli Atti del IV Convegno su *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'UE* organizzato dall'Università di Trento il 18-19.4.2010.

⁴¹ Argomento questo sviluppato da L. Vasques, nel commento all'ordinanza *cit.*, retro nota 37.

⁴² Ove l'impugnativa contro le decisioni dell'autorità della concorrenza è di competenza della Cour d'Appel che valuta pienamente anche il merito: v. ad es. il caso *Pierre Fabre*, 31.1.2013 dove i giudici in applicazione della sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia 13.10.2011, causa C-439/09, hanno riesaminato la decisione dell'*Autorité de la Concurrence* del 27.6.2006.

⁴³ Le decisioni del *Bundeskartellamt* vanno impuginate davanti al *Kammergericht*.

tato anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni, senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti dall'assicuratore che tenda a provare contro le presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, che siano stati da soli idonei a produrre il danno, o che abbiano, comunque, concorso a produrlo". E si badi bene: non si tratta di un comune "pezzo" di motivazione, bensì di un "principio di diritto" pronunciato ai sensi e per gli effetti dell'allora vigente art. 366 bis c.p.c.

11. Il ricorso alla responsabilità solidale dell'art. 2055 c.c.

Questo argomento è stato avanzato dalla Cassazione nella sentenza 20.12.2011, n. 27574, *BM c. Axa Assic.* con queste parole: "Da quanto sopra rilevato consegue che l'assicurato che agisca in risarcimento dei danni ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 33, 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 (quindi l'entità del danno da lui subito) non sia inferiore al livello medio del 20%: sia per effetto dei suddetti accertamenti dell'Autorità garante; sia in virtù del principio per cui, ognuno di essi abbia concorso a cagionare il danno, le colpe – quindi l'apporto causale di ognuno – si presumono uguali (arg. art. 2055 cod. civ., u.c.)".

Ci si deve chiedere se l'art. 2055 sia applicabile al caso che ci occupa, dove l'azione è bensì comune (scambio di informazione come pratica concordata), quale condotta preparatoria, ma per produrre i suoi effetti negativi ha avuto bisogno del contratto di assicurazione (ciascuna impresa con ciascun assicurato), quale condotta finale; nessuna impresa (salvo la contraente la polizza) potrà essere chiamata a rispondere dei danni eventualmente causati da un'altra impresa al suo o ai suoi assicurati⁴⁴.

⁴⁴ L'assimilazione del nostro caso all'ipotesi di responsabilità solidale dell'art. 2055 è segno di confusione tra l'omogeneità dell'illecito (che evoca l'art. 140 bis Cod. Cons. quale modificato dal d.l. 24.1.2012 n. 1) ed il fatto dannoso, che sono invece due nozioni diverse.

L'ordinanza in commento consolida una idea che si trova già in qualche sentenza precedente riguardo la necessità che ogni impresa convenuta possa addurre come prove che rompono il nesso di causalità, prove singole inerenti ai singoli contratti. La giustificazione di tale condizione starebbe nel fatto che l'art. 2055 pone una responsabilità solidale a carico di tutte le imprese che hanno partecipato alla intesa. Dall'applicazione di tale norma discenderebbe la conseguenza che la singola impresa se vuole liberarsi dalla responsabilità solidale, dovrebbe provare che il suo specifico comportamento è stato totalmente indipendente dalla intesa (Cass. n. 10211 del 2011)⁴⁵. Ma l'assunto della Cassazione non può essere condiviso perché condurrebbe all'assurdo che tutti gli assicurati potrebbero pretendere il risarcimento dalla più solvibile delle compagnie, a quale poi potrebbe esercitare il regresso nei confronti della vera responsabile.

12. Conclusioni sull'ultimo approdo della Cassazione. C'è ancora spazio per il diritto di difesa?

Tutto quanto sopra esposto sui precedenti della Corte porta a queste conclusioni.

La prima è se con le assurde limitazioni poste nell'ordinanza in commento (e nei suoi precedenti) si possa ancora parlare di effettivo diritto di difesa.

Qualche osservazione sulle singole prove ammesse seguendo l'elenco dell'ordinanza.

Sub i) e vi): la Corte chiede una prova impossibile perché verrebbe su un fatto che non esiste. Le compagnie non formano il prezzo per ogni singolo cliente, ma determinano centinaia di profili a livello territoriale sulla base di indici diversi (sesso, età, sinistrosità, ecc.). Come potrebbe la compagnia fornire questa prova se non richiamando, una lunga serie di fattori che non riguardano direttamente il "singolo" assicurato, bensì gli indici e i criteri che stanno alla base della forma-

⁴⁵ In dottrina L. VASQUES, *op. cit.*, 467 e già prima ID., *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?*, in *Dir. resp.*, 2012, 828.

zione del suo “profilo”? Questi fattori sono gli stessi che hanno comportato (nel periodo in esame) gli aumenti dei premi e sono stati ben specificati e provati nei giudizi di merito che hanno originato le impugnazioni risolte dalla Cassazione.

Per far chiarezza, il premio del singolo non si crea sulla base della verifica della “frode” del singolo, bensì sul fenomeno delle truffe a livello nazionale, noto a tutti (che prove devono ancora dare le compagnie se l’ISVAP e lo Stato Italiano ammettono in più provvedimenti, anche legislativi, che i premi di polizza sono aumentati anche a causa delle truffe e di quegli altri fattori sopra elencati?).

Sub ii) e iii): se c’erano (come è vero) i fattori esogeni di carattere generale, quali elencati nel parere ISVAP, come potrebbe la singola impresa non tenerne conto?

Sub v) quanto alla sinistrosità, è notorio che questa è elevata in Italia, più che in altri Paesi europei, e che più alta è la sinistrosità e maggiori dovranno essere i premi di polizza. Se questa cresce, crescono di pari passo anche i premi.

L’ordinanza della Cassazione ha anche detto che la compagnia avrebbe dovuto provare che il premio “si riferiva ad assicurati il cui comportamento era caratterizzato da abnorme sinistrosità”. Ma la sinistrosità del singolo si “misura” con l’attribuzione della classe di *bonus malus*; ed il premio per ogni singola classe di *bonus malus* si determina a livello “generale” secondo i criteri statistici indicati dalle scienze attuariali. La prova che viene richiesta alla compagnia di assicurazione non ha pertanto nessun senso.

Sub iv): quanto ai rischi non usualmente coperti, la prova non sarebbe comunque pertinente in quanto gli aumenti di cui alla decisione dell’AGCM sono calcolati sul premio di polizza globale e non sui singoli rischi di cui si è chiesta la copertura.

Sub vii): quanto ai costi l’AGCM conclude (nella Decisione del 2000, nell’Indagine del 2003, nell’Indagine del febbraio 2013) e l’ISVAP lo conferma nel suo parere, che i costi di distribuzione in Italia sono più alti che in altri Paesi. La Cassazione nella sentenza *Tagliaferro* afferma che la colpa è da ascrivere alle singole imprese; ma ciò non ha nulla a che fare con l’intesa ed il sistema di distribuzione prescelto dalle imprese italiane era legittimo non solo per la legge italiana ma anche per il

diritto comunitario. Per il diritto antitrust tale conclusione non ha senso perché il diverso grado di efficienza tra le imprese non viola alcuna norma.

Sub viii): nell'ordinanza in esame si afferma che le compagnie avrebbero dovuto produrre i bilanci per dar prova che il settore RC auto era in perdita. Anche in questo caso la prova richiesta non ha molto senso, dato che i singoli bilanci, per avere una funzione probatoria delle perdite nel singolo settore, andrebbero interpretati estrapolando solo alcuni dati (quelli relativi alla RC auto) e che alcune cause degli aumenti (quali l'inflazione, l'adeguamento delle riserve ai minimi comunitari, i costi di acquisizione della clientela e così via) toccano tutti i rami e nei bilanci non sono separati per ciascun ramo. Le compagnie preferirono produrre la relazione dell'ISVAP (alla quale hanno l'obbligo di trasmettere i bilanci per via del compito di vigilanza che la legge gli attribuisce) dalla quale emerge in modo chiaro che le compagnie nel settore presentavano forti perdite.

Dall'elenco fornito nell'ordinanza, si estrae la prova che i giudici hanno difficoltà a comprendere l'economia e le regole gestionali del settore assicurativo (per quanto abbiamo sopra lamentato il loro mancato ricorso a munirsi di "prove economiche" tramite esperti) onde è legittimo chiedersi, dopo questa ordinanza, se ci sia ancora spazio per un diritto effettivo di difesa del convenuto, o non si scivoli, come regola operativa, nella aberrazione del danno *in re ipsa* che la sentenza *Nigriello* aveva escluso.

Nelle pronunce della Cassazione si adottano "due pesi e due misure" nella valutazione delle prove, dato che all'assicurato basta richiamare le considerazioni statistiche alla base della decisione dell'AGCM, quindi aventi portata "generale", mentre alle compagnie non è concesso addurre prove contrarie su questi fatti, ma le si obbligano a dare prove "specifiche" (impossibili) sulla modalità di formazione del singolo premio. Oppure, le si nega la possibilità di avvalersi (come invece può fare l'attore) di presunzioni o fatti notori (truffe, sinistrosità ecc.) accertati da enti preposti proprio alla vigilanza sulle assicurazioni (ISVAP, oggi IVASS) o che emergono da leggi dello Stato. Ciò costituisce una patente violazione del principio di uguaglianza (o parità delle armi) tra l'attore ed il convenuto.

Se, per effetto delle preclusioni probatorie o della ammissibilità solo di prove che il convenuto non può dare o ancora di prove che non hanno alcuna attinenza con le domande e le eccezioni delle parti, l'AGO non avesse la possibilità di giudicare su deduzioni dell'AGCM che stanno alla base della domanda risarcitoria (esistenza del danno, sua entità, rapporto di causalità), si creerebbe una nuova figura di giudizio che relegherebbe l'AGO ad un mero liquidatore equitativo di un danno i cui presupposti sono accertati da altri. Non crediamo che questo sia conforme al nostro ordinamento.

Con le sentenze sopra indicate e con le loro evidenti contraddizioni, la Cassazione non fa un buon servizio, né persegue la sua funzione nomofilattica, nei confronti dei giudici di merito che dalla stessa attendono univoche *guidelines*. Ma il *vulnus* al diritto di difesa è ancora più grave se si considera che lo *jus novum* inventato dopo l'insegnamento del caso *Nigriello* (2007) ha toccato sentenze già definite nel merito e per le quali si era già verificata la preclusione delle “prove nuove”.

Confidiamo che una più matura riflessione possa condurre ad un esito diverso, per evitare la critica dell’“aggiramento della prova del nesso causale” che le è stata rivolta da parte della dottrina⁴⁶, o – peggio ancora – che si possa dire che in Italia “Il diritto delle prove [è] alla deriva”⁴⁷ *.

⁴⁶ Ci riferiamo ad esempio ad A. PALMIERI, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2011, 2685, il quale afferma che “Ogni tipo di indagine sui fattori incidenti più in generale sulle dinamiche del mercato viene esautorata dal giudizio civile (...) se così stanno le cose, tutte le considerazioni dell'AGCM costruiscono un reticolo impenetrabile, al punto che l'autorità assume un ruolo improprio di giudice del danno, i cui dicta vanno pedissequamente recepiti dal giudice ordinario”.

⁴⁷ Per usare le parole del comparatista Damašca, traduzione italiana apparsa a Bologna nel 2003 di *Evidence law Adrift*, New Haven, 1997. Non dimentichiamo l'insegnamento di G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2013: se viene meno il primato della legge, sovrastato dall'arbitrio delle interpretazioni dei singoli giudici, non più vincolati ai principi dettati dalle SS.UU. della Cassazione, la pretesa di “fare diritto” finisce col risolversi “in altrettanti episodi connotati da imprevedibilità e da insopportabile e non controllabile discrezionalità”.

* Quando il presente studio era già in bozza la Commissione europea ha formalizzato una proposta di direttiva in tema di azioni per il risarcimento del danno per violazioni delle norme antitrust comunitarie e degli Stati membri. Assieme a questa proposta, pubblicata il 12 giugno 2013 e consultabile all'indirizzo web <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>, è stata adottata una Comunicazione (2013/c 167/07) «relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'art. 101 e 102 del TFUE». Quest'ultima è accompagnata da una «Guida Pratica», puramente informativa e non vincolante, che si prefigge di offrire un supporto ai giudici nazionali nella difficile fase della quantificazione del danno. Per quanto attiene il rapporto tra autorità *antitrust* nazionali e giudici ordinari, la Commissione affronta il problema sotto un duplice profilo. In primo luogo l'art. 9 della proposta estende alle decisioni delle autorità nazionali il principio già sancito dall'art. 6 del Reg. 1/2003 ossia che le decisioni che accertano una violazione degli artt. 101 e 102 del TFUE avranno un effetto vincolante nei confronti del giudice ordinario chiamato a decidere sul risarcimento dell'eventuale danno. Questa proposta, dunque, mira ad estendere a livello europeo la soluzione legislativa adottata in Germania descritta nel testo. In secondo luogo l'art. 16 della proposta, che tratta della «quantificazione del danno», introduce una presunzione «relativa» a favore del danneggiato in forza della quale «nel caso di un'infrazione sotto forma di cartello si presume/ *e* che essa ha causato un pregiudizio. L'impresa autrice dell'infrazione ha il diritto di confutare tale presunzione». Ad avviso di chi scrive quest'ultima previsione se per un verso pare confermare la soluzione interpretativa adottata dalla Cassazione nella sentenza n. 2305/2007, dall'altro mal si concilia con le successive sentenze della Cassazione riassunte nel testo, in quanto nei fatti sembrano trasformare una presunzione relativa in una presunzione assoluta. Questa contrarietà risulta accentuata se si considera che nella guida pratica sulla quantificazione del danno la Commissione giustifica la proposta di introdurre la presunzione semplice con il fatto che «non è possibile determinare un singolo valore "reale" del danno subito, ma possono essere esclusivamente formulate delle stime più attendibili sulla base di ipotesi ed approssimazioni» (§ 17). Ma se si riconosce che il danneggiato non può fornire una prova puntuale e specifica del danno, non si vede come sia possibile chiedere questo livello di precisione al convenuto quando tende a provare che fatti «estranei» alla sua condotta hanno interrotto il nesso causale tra l'illecito e il supposto danno.

IL RUOLO DEL *PUBLIC ENFORCEMENT* TRA SANZIONI E IMPEGNI

Roberto Chieppa

SOMMARIO: 1. *Il diritto antitrust tra public e private enforcement*; 2. *La permanenza del ruolo centrale del public enforcement in Europa e in Italia*; 2.1. *L'istituto degli impegni*; 3. *Il rischio della commistione tra l'attività di adjudication e quella di regulation*; 4. *La nuova comunicazione impegni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*; 5. *La prassi applicativa dell'Autorità*; 6. *Il contenzioso in materia di impegni*; 7. *L'eventuale diritto dei terzi a verificare che le parti diano effettiva attuazione agli impegni proposti*; 8. *L'enforcement sanzionatorio*; 9. *Conclusioni*.

1. Il diritto antitrust tra public e private enforcement

In Europa si registra ancora una netta prevalenza del *public enforcement* rispetto al *private enforcement*. Nonostante nel corso degli ultimi anni si siano presentati casi di richiesta di risarcimento danni da parte di privati per danni subiti a seguito di lesioni del diritto della concorrenza, le azioni di risarcimento intraprese davanti al giudice ordinario continuano ad essere esigue.

In proposito, i dati di confronto relativi al rapporto tra *private* e *public enforcement* tra l'Europa e gli Stati Uniti sono più che significativi: in Europa, le azioni di *public enforcement* rappresentano oltre il 90% delle azioni a difesa della concorrenza; nel sistema statunitense, invece, il 95% è rappresentato da azioni di *private enforcement*¹.

Da indagini effettuate dalla Commissione Europea emerge che solo lo 0,1% dei consumatori che ha subito un danno a seguito di una

¹ G. BARLING, *Collective redress in the National Courts for infringement of the competition rules – is reform overdue?*, paper presentato al convegno *Antitrust between EU law and national law*, Treviso, maggio 2012.

violazione del diritto antitrust chiede il risarcimento dello stesso². Sicuramente questo dato risente dalla circostanza fattuale per cui in molti degli Stati membri (e quindi non solo in Italia) dare avvio ad un'azione giudiziale per ottenere il risarcimento dei danni subiti, per il cittadino ma anche per le imprese, è assolutamente oneroso, in termini sia di durata del giudizio che di oneri economici, tanto da indurre a desistere dall'ottenere giusta riparazione per la lesione subita. Conseguentemente, i soggetti che si ritengono lesi da una condotta anticoncorrenziale preferiscono fare una segnalazione all'autorità nazionale o alla Commissione, in quanto ciò comporta minori oneri sia economici sia burocratici, oltre che probatori e, tendenzialmente, una maggiore celerità nella definizione della controversia.

La mera segnalazione davanti all'autorità che garantisce il *public enforcement* del diritto della concorrenza presenta il vantaggio di non avere costi, di garantire l'anonimato del denunciante al fine di evitare ritorsioni commerciali, di sfruttare i maggiori poteri investigativi dell'autorità a fronte degli oneri probatori gravanti sull'attore in un giudizio civile.

Peraltro, l'intervento dell'autorità ha un effetto deterrente sulla condotta della controparte, anche prima di una decisione formale e il denunciante potrà poi successivamente impugnare, davanti al giudice amministrativo, l'eventuale archiviazione del caso³.

Conseguentemente, anche quando un soggetto decide di adire il giudice ordinario per far valere il proprio diritto al risarcimento del danno in sede civile, proprio in ragione delle motivazioni sopra delineate, tale soggetto (impresa o privato cittadino) intraprende un giudizio davanti al giudice ordinario in via prevalente a seguito dell'intervento dell'autorità nazionale che ha accertato l'avvenuta violazione del diritto antitrust (c.d. giudizi *follow-on*). Al contrario, sono assolutamente residuali negli ordinamenti di *civil law*, ed in particolare in quello italiano, le azioni autonome di risarcimento (c.d. azioni *stand-alone*), in cui la

² G. BARLING, *Collective redress in the National Courts for infringement of the competition rules – is reform overdue?*, cit.

³ R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale dei controinteressati rispetto ai provvedimenti di archiviazione e di autorizzazione dell'Autorità antitrust*, in *Conc. e Merc.*, n. 12/2004.

richiesta di risarcimento del danno prescinde dall'avvenuto accertamento della violazione antitrust da parte dell'autorità a ciò preposta.

Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, il relativo maggiore successo delle azioni *follow-on* rispetto a quelle *stand-alone* dipende, altresì, dalla circostanza che la stessa Corte di Cassazione ha espressamente riconosciuto al provvedimento dell'Autorità che sia intervenuto a sanzionare l'illecito il valore di «prova privilegiata» in relazione alla sussistenza del comportamento e/o dell'abuso, sempre nell'autonomia dei rapporti che contrassegna l'azione amministrativa e l'azione giudiziaria (e pur incombando sempre al presunto danneggiato fornire la prova dei suoi effetti in termini di nesso causale e pregiudizio risentito)⁴.

Ciò ovviamente «non esclude che sia possibile per le parti offrire prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie»⁵. Peraltro, la decisione della Corte di Cassazione sembra inserirsi perfettamente nel contesto comunitario in cui le decisioni della Commissione hanno valore vincolante per il giudice ordinario, in base a quanto previsto dall'art. 16 del regolamento 1/2003, in ossequio ai principi della certezza del diritto e dell'applicazione uniforme del diritto comunitario della concorrenza.

Inoltre, va considerato che, secondo il sistema prefigurato dal legislatore italiano con la novella di cui all'art. 140 bis del Codice del Consumo, la *class action* non sempre riesce a costituire un valido strumento di tutela.

L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna delle imprese al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori e, come configurata dal codice, tutela:

- a) i diritti contrattuali di più consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;

⁴ Cass. civ., I, 13 febbraio 2009, n. 3640; da ultimo, Cass. civ., III, 14 marzo 2011, n. 5941.

⁵ Cfr. nota precedente.

- b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del produttore, anche a prescindere dall'esistenza un diretto rapporto contrattuale;
- c) i diritti omogenei al risarcimento del pregiudizio subito dai consumatori/utenti a seguito dell'attuazione di pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

L'adesione all'azione di classe comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo ed è obbligatoria per tutti i consumatori che intendono avvantaggiarsi di una eventuale sentenza favorevole (art. 140-*bis*, commi 3 e 14, cod. Consumo)⁶.

Il meccanismo previsto dal Legislatore italiano, per cui i consumatori che intendono partecipare all'azione di classe hanno l'onere di aderire alla stessa, noto come azione di classe con modalità c.d. *opt-in*, si differenzia sostanzialmente dal c.d. meccanismo dell'*opt-out*, utilizzato in altri ordinamenti giuridici quali quello di *common law* e, in particolare, quello statunitense, in cui gli esiti della sentenza valgono per tutti i consumatori che appartengono all'individuata categoria di soggetti danneggiati da una data condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalla partecipazione o meno all'azione di risarcimento.

È di immediata evidenza che un sistema di *private enforcement* collettivo su base *opt-out*, benché in astratto possa essere maggiormente soggetto ad eccessi, sia di per sé significativamente più incisivo, e quindi profondamente avversato dalle imprese potenzialmente destinatarie di una sentenza di condanna rispetto ad un sistema di *private en-*

⁶ Il comma 14 dell'art. 140 bis prevede che: "La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva. Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice".

forcement collettivo su base *opt-in*, in cui sono risarciti solo i soggetti che hanno aderito all'azione⁷.

Già da quanto precede emerge che il nostro sistema di azioni di classe sia meno temibile per le imprese e meno favorevole alla tutela dei singoli consumatori danneggiati, rispetto ai sistemi adottati in altri Paesi.

Ulteriori disincentivi alle azioni di risarcimento possono derivare dalla modalità di esercizio del *public enforcement*.

Infatti, un diffuso ricorso da parte delle autorità di concorrenza alle decisioni di chiusura del procedimento con accettazione di impegni, che, come noto, prescindono dall'accertamento dell'illecito, può indubbiamente rappresentare un disincentivo a un effettivo sviluppo del *private enforcement* e, anzi, una forma di indebolimento dello strumento con specifico riguardo alle azioni di *follow-on*.

Se da un lato le decisioni con impegni, siano esse adottate dalla Commissione o da autorità nazionali di concorrenza, non precludono la proposizione di istanze di risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario⁸, dall'altro esse rendono più gravoso l'onere probatorio in capo all'attore, che non potrà avvalersi dell'accertamento probatorio dell'autorità amministrativa e dovrà attivare un'azione *stand-alone*.

Tuttavia, la giurisprudenza ha posto in evidenza che alla decisione di accettazione di impegni da parte dell'Autorità «resta pur sempre sotteso un comportamento del soggetto interessato dai connotati sostanzialmente confessori in ordine alla sussistenza dell'illecito commesso (si da rendere necessarie misure volte a elidere gli effetti dell'illecito commesso e riconosciuto nella sua consistenza, con decisioni conoscibili dagli operatori di mercato)»⁹.

Al riguardo, è stato osservato che sia la presentazione di impegni da parte delle imprese che la decisione di accettazione da parte del-

⁷ G. BARLING, *Collective redress in the National Courts for infringement of the competition rules – is reform overdue?*, cit.

⁸ Cfr. considerando 13 del Regolamento CE 1/2003 «Le decisioni d'impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di applicare gli articoli 81 e 82 del Trattato».

⁹ Cons. Stato, 20 luglio, 2011, n. 4393, *MasterCard*.

l'Autorità presuppongono l'effettiva sussistenza di criticità concorrenziali¹⁰.

In tal senso, anche tali decisioni potrebbero quanto meno agevolare l'onere probatorio dell'attore in sede di giudizio civile. Diventa dunque rilevante, soprattutto nel caso di decisioni con impegni, la possibilità per l'attore di acquisire evidenze ai fini probatori attraverso l'accesso al fascicolo istruttorio.

Con riferimento all'accesso ai fascicoli istruttori, analogamente a quanto previsto a livello comunitario, l'ordinamento interno prevede, ai sensi del d.P.R. 217/98, un vincolo di scopo nell'utilizzo delle informazioni acquisite nell'ambito di un procedimento antitrust e assicura la tutela del segreto d'ufficio in relazione alla documentazione che riguarda aspetti "sensibili", dell'attività commerciale delle imprese, normalmente segreti aziendali o commerciali, ovvero dati di prezzo o di costo la cui diffusione pregiudicherebbe l'attività dell'impresa interessata.

In tale contesto, con riferimento a procedimenti istruttori conclusi, l'Autorità è stata destinataria di richieste di informazioni ex art. 213 c.p.c. ovvero di esibizione di documenti ex art. 210 c.p.c. da parte di giudici ordinari nell'ambito di procedimenti risarcitori di natura *follow-on*. In un'ottica di leale collaborazione tra istituzioni entrambe funzionali, sotto diversi profili, ad assicurare un effettivo *enforcement* delle regole di concorrenza, deve ritenersi che l'Autorità non possa opporre al giudice il segreto d'ufficio ma debba, invece, trasmettere gli atti, rimettendo allo stesso giudice la valutazione della prevalenza del diritto di difesa rispetto a quello di riservatezza, garantendo un equo bilanciamento tra le contrapposte esigenze (prassi di recente seguita dalla Autorità).

Al fine di evitare che gli atti trasmessi siano acquisiti automaticamente al fascicolo d'ufficio del giudice – perdendo il loro regime di riservatezza –, potranno essere adottate tecniche tali da consentire che la valutazione del giudice preceda la completa acquisizione al fascicolo (come, ad esempio, l'invio degli atti riservati in busta sigillata con un indice che consenta al giudice di effettuare tale valutazione e poi inseri-

¹⁰ A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 1/2012.

re nel fascicolo solo determinati atti, effettivamente indispensabili a garantire il contraddittorio e, quindi, il corretto svolgimento della causa).

Le precedenti considerazioni sono state svolte al solo di scopo di evidenziare come sussista una stretta relazione tra i due strumenti del *public* e *private enforcement* per la tutela delle lesioni causate da violazioni del diritto della concorrenza e per sottolineare come, in attesa di un pieno sviluppo delle azioni proposte davanti al giudice ordinario, il ruolo del *public enforcement* resti centrale in un'ottica di difesa della concorrenza nel mercato.

2. La permanenza del ruolo centrale del public enforcement in Europa e in Italia

A seguito di tanti anni di politica di tutela della concorrenza, sia a livello comunitario ma, ormai, anche a livello nazionale, e a fronte dei cambiamenti nelle politiche di concorrenza che nel corso di tali anni si sono registrati da parte dei diversi organi deputati all'applicazione delle stesse, appare doveroso chiedersi se si possa ancora parlare di una nozione unitaria di *public enforcement*, ovvero se non sarebbe più corretto – in quanto più rispettoso dell'effettiva realtà storica del fenomeno – individuare diverse fasi dello svolgimento del *public enforcement*, a seconda dei predetti mutamenti delle politiche di concorrenza adottate dalle diverse autorità nazionali o comunitarie, che si adattano ai diversi scenari economici e politici, risentono di situazioni contingenti e – come pure non può essere negato – del mutare delle persone fisiche che compongono i collegi deliberanti, ognuna delle quali portatrice di autonome e distinte sensibilità economico-giuridiche.

In un generale momento di crisi economica, quale quello attraversato nel corso degli ultimi anni dalla maggior parte dei Paesi Occidentali e ad economia di mercato, il *public enforcement* sembra caratterizzato dalla ricerca di un corretto punto di equilibrio tra impegni e sanzioni, al fine di garantire comunque un pieno svolgimento delle dinamiche competitive sui mercati, nonostante le imprese in crisi ritengano

(erroneamente) scontato un allentamento dei vincoli del controllo anti-trust.

2.1. *L'istituto degli impegni*

In un momento di particolare difficoltà per il mercato, l'istituto della chiusura dei procedimenti antitrust attraverso la accettazione degli impegni proposti dalle imprese, introdotto nell'ordinamento nazionale dall'art. 14-ter, della legge 287/90, riprendendo lo strumento già previsto dal regolamento 1/2003/CE, ha indubbiamente reso maggiormente duttile l'azione delle autorità di concorrenza, consentendo alle imprese di pervenire ad una più rapida conclusione delle vicende che le interessano, con minori oneri, sia di spesa (è evitata in tal modo l'eventuale sanzione amministrativa) che di immagine (non essendo pronunciata una declaratoria di anticoncorrenzialità dei comportamenti posti in essere). Ma anche dal punto di vista delle autorità di vigilanza, lo strumento degli impegni permette il raggiungimento dell'obiettivo concorrenziale – la sospensione del comportamento che si ipotizza in violazione della normativa antitrust e l'attuazione di impegni benefici per il mercato e i consumatori in tempi più rapidi rispetto a quelli ordinari di chiusura del procedimento – con uno sforzo investigativo e istruttorio sensibilmente ridotto per l'Istituzione, consentendo di liberare risorse da poter concentrare sui casi di maggiore rilevanza.

L'accettazione degli impegni, come disciplinata a livello comunitario e nazionale, rappresenta una modalità alternativa e atipica di chiusura del procedimento antitrust, che normalmente ha natura sanzionatoria.

Nonostante il quadro delineato possa sembrare chiaro e di agevole applicazione, nonché foriero di una serie di benefici per tutti i soggetti coinvolti nella procedura – *i*) per le autorità che sono meno faticosamente impegnate sul caso, *ii*) per le imprese oggetto di accertamento che evitano la sanzione e la pubblicità negativa susseguente ad un accertamento di condotte anticoncorrenziali, *iii*) per le altre imprese del mercato e per i consumatori che vedono rapidamente rimossi gli ostacoli ad un corretto funzionamento delle dinamiche competitive – a fronte di tanti vantaggi sussistono comunque rischi che un uso, quando non

corretto e indifferenziato, dell'istituto non sia lo strumento più idoneo a garantire l'attuazione di efficaci politiche a tutela della concorrenza.

Già in precedenza si è evidenziato che un procedimento chiuso con impegni e, quindi, senza accertamento dell'illiceità della condotta contestata rende più oneroso – per i soggetti che comunque si presumono lesi dalla condotta stessa – il ricorso alla tutela del proprio diritto di fronte al giudice civile, secondo i meccanismi del *private enforcement*.

Inoltre, in alcuni casi e a seconda delle diverse fattispecie esaminate, la chiusura di un procedimento con impegni può non consentire una chiarificazione del quadro normativo, necessaria per definire la correttezza e/o la colpevolezza dei comportamenti delle imprese interessate.

Infine, e questo nella maggior parte dei casi appare costituire il rischio più serio, un uso indiscriminato dello strumento degli impegni può essere suscettibile di attenuare l'effetto di deterrenza, insito in ogni procedimento antitrust.

Proprio con riferimento a tale ultimo aspetto, è importante che la proposizione di impegni non si riduca, in mano alle imprese, a strumento esclusivamente finalizzato ad evitare la sanzione, in tal modo sminuendone significativamente l'efficacia deterrente.

Al riguardo, va ricordato che il considerando n. 13 del regolamento CE n. 1/2003 sottolinea che le decisioni con accettazione di impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda, inducendo a ritenere che l'istituto sia applicabile nei casi in cui non si ravvisi gravità o, perlomeno, in quelli meno gravi, dal momento che le ammende sono comminate solo nei casi in cui si ravvisa la gravità del comportamento tenuto.

Una simile valutazione appare valida anche per il nostro ordinamento giuridico.

Infatti, lo stesso art. 14-ter della legge n. 287/90 prevede che la valutazione dell'idoneità degli impegni avvenga “nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario” e, come sopra brevemente accennato, nell'ordinamento comunitario tale istituto ha un ruolo tendenzialmente marginale, non essendo applicabile non solo alle c.d. restrizioni *hard-core* – che sono vietate per sé, quali i cartelli per la fissazione dei prezzi

zi o per la ripartizione del mercato — ma anche nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione.

Dato questo contesto normativo, sia la Commissione sia le autorità nazionali dovrebbero adottare decisioni con impegni nei soli casi in cui il perseguimento delle finalità tipiche di una decisione antitrust (efficacia sanzionatoria e deterrenza) sia sacrificabile rispetto ad esigenze diverse quali la celerità dell'azione amministrativa e la certezza di poter eliminare gli effetti pregiudizievoli alla concorrenza in modo alternativo all'accertamento dell'infrazione. Un corretto bilanciamento tra benefici e rischi comportati da una decisione di accettazione di impegni va effettuato, soprattutto, in presenza di fattispecie che presentano una particolare complessità oppure questioni caratterizzate da un elevato tasso di novità o di incertezza¹¹.

¹¹ In questo senso, A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, 61, che richiama il già citato considerando n. 13 del regolamento CE n. 1/2003 e il memorandum (Memo/04/217) della Commissione. In base a tali atti, le decisioni con impegni non dovrebbero essere adottate nei casi in cui una decisione di accertamento dell'infrazione risulti necessaria o anche semplicemente maggiormente adeguata alla soluzione del caso di specie. Ne consegue che ogni qual volta la Commissione o un'autorità nazionale riconoscano la necessità di specificare, in relazione alla fattispecie concreta, il contenuto degli articoli 81 e 82 del Trattato, esse non dovrebbero adottare una decisione con impegni poiché quest'ultima non contiene alcuna qualificazione della condotta dal punto di vista concorrenziale. Allo stesso modo, quando la Commissione o l'autorità nazionale prevedano di comminare un'ammenda perché ritenuta necessaria a scoraggiare comportamenti simili in futuro, dovranno astenersi dall'utilizzare lo strumento delle decisioni con impegni, in quanto in tal caso non si realizzerebbe l'effetto deterrente tipico delle decisioni che accertano un'infrazione antitrust. Infine, nei casi in cui la Commissione o l'autorità nazionale ritengano che gli effetti anticoncorrenziali di un comportamento illecito possano essere adeguatamente neutralizzati dalle azioni di danno *follow-on*, dovranno procedere ad un'esauriente qualificazione della fattispecie ed all'individuazione esatta del comportamento vietato.

3. Il rischio della commistione tra l'attività di *adjudication* e quella di *regulation*

Un problema che sta emergendo negli ultimi tempi, proprio in ragione dell'applicazione dei nuovi strumenti dell'azione antitrust, quale l'adozione di provvedimenti di accettazione impegni, è costituito dalla necessità di tenere distinte in modo netto la c.d. attività di *adjudication* – rappresentata dall'adozione di provvedimenti inibitori o sanzionatori, strumenti tradizionali del *public enforcement* delle autorità antitrust – dall'attività di regolazione (c.d. di *rule making*) che caratterizza l'attività delle autorità settoriali denominate, appunto, di regolazione.

In particolare, nelle decisioni con impegni il confine tra regolazione e *adjudication* appare estremamente labile, in quanto l'attuazione degli impegni può, in alcuni casi, assomigliare pericolosamente a forme di regolazione del mercato. Incombe, dunque, su questa tipologia di decisioni, il rischio di un uso distorto dello strumento alternativo alla sanzione, attraverso il quale le autorità nazionali possono essere tentate di usare le decisioni con impegni al fine di ottenere risultati ulteriori – e tipici dell'esercizio della diversa funzione regolatoria – in termini di apertura dei mercati alla concorrenza e di creazione di assetti concorrenziali che vanno al di là dei vincoli posti dalla legge alla loro azione¹².

Tuttavia, un freno a tale utilizzo distorto dello strumento dell'accettazione degli impegni appare essere stato posto già dalla prima giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia.

In sede comunitaria, il criterio guida da applicare alle decisioni con impegni è stato individuato dalla giurisprudenza nel principio di proporzionalità, onde evitare che gli impegni accolti comportino vincoli ulteriori – di natura regolamentare – all'attività delle imprese rispetto a

¹² Cfr. W. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003*, in *World Competition*, Vol. 29, n. 3, settembre 2006, in cui l'Autore sostiene che le decisioni con impegni dovrebbero essere utilizzate solo per proporre misure correttive proporzionate e necessarie a far cessare una presunta infrazione degli articoli 81 e 82, vale a dire lo stesso tipo di misure correttive che la Commissione potrebbe imporre se adottasse una decisione di constatazione dell'infrazione.

quelli strettamente necessari all'eliminazione delle restrizioni anticoncorrenziali¹³.

Nel nostro ordinamento la situazione è ancor meglio delineata dal momento che lo stesso Legislatore ha legato gli impegni alla necessità di “far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria”, a prescindere, quindi, da finalità ulteriori di apertura dei mercati alla concorrenza. Inoltre, a differenza di quanto previsto dall'art. 7 del regolamento n. 1/2003/CE, non è stato recepito per l'Autorità il potere

¹³ Tribunale di Primo Grado, 11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa/Commissione*, in cui è stato evidenziato che “neppure la volontarietà degli impegni è atta a esonerare la Commissione dal rispetto del principio di proporzionalità, perché è la decisione della Commissione che li rende obbligatori. Il fatto che un'impresa ritenga, per ragioni sue proprie, che è opportuno, in un certo momento, presentare taluni impegni non significa che tali impegni siano per ciò stesso necessari”. Nella successiva sentenza della Corte di giustizia, 29 giugno 2010 Causa C-441/07P, che ha riformato la sentenza di primo grado, il giudice ha colto l'occasione per definire i confini della verifica giudiziale di proporzionalità sulle decisioni antitrust con impegni. La sentenza restringe in modo significativo gli spazi per il controllo giurisdizionale e concentra il test di proporzionalità sull'idoneità degli impegni a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali iniziali.

Più nel dettaglio, la Corte ha osservato che, nell'ambito dell'accettazione di impegni a titolo dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003, la Commissione non è tenuta a cercare alternative meno onerose o più moderate agli impegni sottoposte. L'unico obbligo ad essa incombente, relativamente alla proporzionalità degli impegni, è quello di verificare se questi ultimi siano sufficienti a rispondere alle preoccupazioni da essa identificate nell'ambito del procedimento. Secondo la Corte, in quest'ottica, il Tribunale poteva dichiarare che la Commissione aveva commesso un errore manifesto di valutazione unicamente qualora avesse constatato che la conclusione cui era pervenuta la Commissione fosse manifestamente infondata, alla luce degli elementi di fatto da essa stabiliti. Per contro, esaminando altre soluzioni meno onerose ai fini dell'applicazione del principio di proporzionalità, ivi compresi eventuali adeguamenti degli impegni proposti, esprimendo la sua valutazione divergente sull'idoneità degli impegni ad eliminare i problemi di concorrenza identificati dalla Commissione e concludendo che esistono soluzioni alternative meno onerose per le imprese interessate, il Tribunale ha presentato una propria valutazione di circostanze economiche complesse e ha sostituito in tal modo la propria valutazione a quella della Commissione, violando il margine discrezionale di quest'ultima, invece di verificare la legittimità della sua valutazione.

Si sottolinea comunque che le conclusioni della Corte appaiono strettamente legate alla posizione peculiare fatta valere in giudizio dai ricorrenti. Esse, dunque, non sembrano chiudere la strada a ulteriori interventi dei giudici sull'applicazione del principio di proporzionalità a questo genere di atti.

della Commissione di imporre alle imprese rimedi strutturali i quali, avendo un impatto definitivo sul mercato, sono maggiormente suscettibili, rispetto ai meri impegni comportamentali, di essere assimilati a misure di regolazione.

In analoga direzione la giurisprudenza interna, la quale ha sottolineato la necessaria presenza, nelle decisioni chiuse con impegni, di un nesso di presupposizione che ricongiunga l'accettazione degli impegni all'esigenza di eliminare i profili anticompetitivi presi in considerazione all'atto di apertura dell'istruttoria, ritenendo preclusa l'adottabilità di una determinazione dell'Autorità che renda "obbligatori" impegni la cui portata contenutistica e le cui ricadute effettuali esulino dai profili di sospetta anticoncorrenzialità che avevano indotto l'Autorità ad attivare i poteri istruttori ad essa spettanti¹⁴.

La medesima giurisprudenza ha escluso che attraverso le decisioni con impegni il ruolo dell'Autorità antitrust possa essere assimilato a quello di un'Autorità di regolazione e che gli impegni possano costituire lo strumento per determinare una mutazione delle regole del mercato eccedente l'ambito delle contestazioni oggetto dell'istruttoria¹⁵.

Da un punto di vista fattuale, una differenziazione tra atti regolatori e procedura impegni va anche ravvisata nelle diverse modalità di consultazione pubblica che, sebbene presenti in entrambe le procedure, nel primo caso seguono il meccanismo del *notice and comment* mentre, nel secondo, quello del *market test*.

¹⁴ Tar Lazio, I, 8 maggio 2009 n. 4994, che fa applicazione anche del principio di proporzionalità, che richiede non solo la dimostrazione dell'idoneità della misura ad eliminare gli effetti anticoncorrenziali, ma anche la dimostrazione della sua adeguatezza, nel duplice senso della corrispondenza alla situazione presa in considerazione e della non eccedenza rispetto ad essa, in modo da risultare corrispondente a quanto è strettamente necessario per raggiungere lo scopo del ripristino della situazione conforme al diritto.

Diversa appare, invece, la linea di intervento dell'AGCM, che fin dalla relazione annuale del 2006 ha sottolineato che l'introduzione della possibilità di adottare decisioni con impegni «apre l'Autorità al dialogo e al confronto con le imprese, segnando il passaggio a un'impostazione dell'intervento antitrust più marcatamente orientata al buon funzionamento dei mercati, piuttosto che volta soltanto all'accertamento e alla repressione della violazione».

¹⁵ V., sempre, Tar Lazio, I, 8 maggio 2009 n. 4994.

La questione della natura delle decisioni di accettazioni impegni è stata oggetto di dibattito da parte della dottrina. Secondo parte di essa, gli impegni costituirebbero una forma di concertazione tra Autorità e imprese, volta ad introdurre misure idonee ad arrecare benefici al mercato. Parlare di concertazione può sembrare anomalo per un'attività quale quella provvedimento sanzionatoria, che è vincolata. Bisogna tenere presente tuttavia che, da un lato, essa è vincolata a concetti giuridici indeterminati e, dall'altro lato, che in alcuni casi rimangono in capo all'Autorità ampi spazi di discrezionalità.

In questo contesto, non si può ritenere che il tipico esercizio del potere da parte delle Autorità antitrust sia stato modificato, nella sua natura, dall'introduzione delle decisioni di chiusura dell'istruttoria a seguito dell'accettazione di impegni.

Infatti, la presentazione di impegni e la loro accettazione non appaiono idonei a configurare una fattispecie di accordo bilaterale tra impresa e autorità, ma si inseriscono nell'ambito di un procedimento amministrativo, permeato da regole pubblicistiche, in cui la valutazione degli impegni deve essere svolta sulla base di criteri obiettivi e con la partecipazione di ogni soggetto interessato¹⁶.

Non può essere condivisa, quindi, la tesi che assimila le decisioni con impegni agli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo, attribuendo all'istituto una natura contrattuale¹⁷, in quanto la decisione con impegni, lungi dal configurare un accordo tra le parti costituisce, piuttosto, «un provvedimento unilaterale che recepisce e cristallizza come giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale di parte»¹⁸, rispetto al quale resta inalterato il potere dell'Autorità di valutazione¹⁹.

¹⁶ A. PERA, *Le decisioni con impegni*, cit., 61.

¹⁷ M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2/2006, 1283.

¹⁸ F. CINTIOLI, *Riflessioni sugli impegni antitrust, sulla funzione amministrativa e sull'articolo 11 della legge sul procedimento*, in www.giustamm.it, 05/2007.

¹⁹ Tesi pienamente recepita da Cons. Stato, VI, 19 novembre 2009 n. 7307, secondo cui, inoltre, lo stesso art. 14-ter della legge n. 287/90 prevede che la valutazione dell'idoneità degli impegni avvenga «nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario» e, come già evidenziato, nell'ordinamento comunitario tale istituto ha un ruolo tendenzialmente marginale.

È importante sottolineare che l'Autorità non può modificare il contenuto degli impegni presentati dalla parte. Le sole modifiche ammissibili nel corso del sub-procedimento impegni derivano dall'eventuale recepimento delle osservazioni fatte dai terzi partecipanti al *market test* e sono sempre autonoma espressione della volontà della Parte che li presenta, senza che l'Autorità abbia alcuna influenza sul contenuto o la forma degli stessi.

Ciò impone che la fase della valutazione degli impegni sia proceduralizzata con regole ferree, onde evitare che il procedimento perda la sua caratterizzazione pubblicistica.

A titolo esemplificativo appare importante sottolineare la necessità di garantire la trasparenza della procedura, concedendo ai terzi controinteressati la possibilità di interloquire in contraddittorio, in conformità con quanto previsto dal regolamento 1/2003/CE che consente ai terzi, i quali vantano un interesse qualificato nel procedimento e possono risultare danneggiati dalla chiusura dell'istruttoria, di esporre le proprie ragioni anche nella fase di assunzione degli impegni. Al riguardo, si richiama il disposto dell'art. 27, comma 4, del regolamento CE n. 1/2003, ai sensi del quale, ove si intenda adottare una decisione *ex articolo 9* (accettazione impegni), deve essere pubblicata un'esposizione sommaria dei fatti recante il contenuto essenziale degli impegni o dell'azione proposta, in modo che i terzi interessati possano presentare le loro osservazioni entro un termine stabilito, che non può essere inferiore a un mese.

4. La nuova comunicazione impegni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

In questo contesto e proprio al fine di garantire certezza e conoscibilità delle modalità applicative dell'istituto "impegni", con delibera del 6 settembre 2012 n. 23863, l'Autorità antitrust italiana ha adottato una nuova comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ritenendo di dover modificare la precedente comunicazione – approvata dall'Autorità con la delibera 12 ottobre 2006, n. 16015 e successivamente modificata dalla delibera

ra 22089 del 9 febbraio 2011— al fine di adeguarne il contenuto alla luce dell'esperienza maturata nei primi anni di applicazione dell'istituto, dell'interpretazione del Regolamento 1/2003/CE e della legge n. 287/90 fornita dagli organi giurisdizionali comunitari e nazionali e di meglio informare le imprese circa le modalità di presentazione degli stessi e le procedure per la valutazione.

La nuova comunicazione è stata oggetto di una procedura di consultazione, condotta mediante la tecnica del *notice and comment*: tramite pubblicazione sul sito dell'Autorità della bozza di comunicazione e raccolta delle osservazioni pervenute da parte di tutti i soggetti interessati (soggetti istituzionali, rappresentanti del mondo accademico, operatori privati, associazioni di categoria, studi legali, consumatori e loro associazioni) durante il periodo di consultazione. Il recepimento delle osservazioni pervenute ha permesso di definire una regolamentazione condivisa in modo da garantirne una migliore applicazione.

Rispetto alla precedente, la nuova comunicazione interviene in larga parte sulla fase di valutazione degli impegni presentati dalle parti.

In particolare, la nuova procedura risulta finalizzata alla riduzione dei tempi di durata dei procedimenti e a rafforzare chiarezza e trasparenza dei processi di valutazione, a vantaggio dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Col passare degli anni, infatti, l'esperienza dell'Autorità ha registrato un notevole allungamento della durata dei procedimenti conclusi con impegni, così da vanificare — di fatto — i maggiori benefici collegati allo strumento, consistenti, in particolare, nella più celere risoluzione dei casi ritenuti di minor rilievo concorrenziale, al fine di consentire all'Autorità di concentrarsi sulle violazioni più rilevanti.

La comunicazione prevede che, qualora intenda procedere all'esame degli impegni proposti — e non li valuti: *i*) inammissibili in quanto tardivi o perché la condotta è suscettibile di integrare restrizioni gravi della concorrenza; oppure *ii*) manifestamente inidonei a far venire meno i profili oggetto di contestazione —, l'Autorità li sottoponga a consultazione pubblica tramite *market test*.

Entro il termine di trenta giorni dalla pubblicazione, i terzi interessati possono presentare le proprie osservazioni. Le parti che hanno

presentato impegni possono, a loro volta, replicare alle osservazioni dei terzi e presentare modifiche al testo proposto.

Gli esiti del *market test* costituiscono la base su cui le parti possono rivalutare la propria posizione e introdurre eventuali modifiche accessorie agli impegni proposti.

Nella nuova Comunicazione, un elemento di novità è rappresentato dalla previsione secondo cui le modifiche, oltre a riguardare aspetti accessori ed essere direttamente connesse alle osservazioni emerse ad esito del *market test*, possono essere presentate “per una sola volta”, al fine di evitare che il riesame continuo degli impegni da parte delle imprese coinvolte costituisca motivo di rallentamento dei tempi del procedimento. Infatti, l’intera procedura di pubblicazione e valutazione degli impegni deve concludersi entro tre mesi dalla data di pubblicazione degli stessi. È previsto che il termine possa essere sospeso solo in caso di richiesta di pareri per il tempo necessario all’acquisizione degli stessi.

Proprio al fine di garantire il rispetto dei principi di celerità dell’azione amministrativa e di certezza del diritto, la nuova Comunicazione prevede la possibilità, per le parti, di presentare impegni oltre il termine di tre mesi indicato dall’art. 14-ter, solo “in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte”. Dall’esperienza maturata in seno all’Autorità, è infatti emerso che il rispetto del termine di tre mesi dalla notifica dell’apertura dell’istruttoria è particolarmente importante per garantire il buon andamento della procedura, ciò proprio alla luce della funzione deflattiva dell’istituto e della finalità di consentire l’economia procedimentale dell’azione amministrativa²⁰.

Com’è noto il termine di tre mesi previsto dall’art. 14-ter non è presente nella disciplina comunitaria che, anzi, può accettare impegni

²⁰ Contra, la giurisprudenza amministrativa. Per tutti cfr. Il TAR Lazio il quale, nella sentenza n. 3964 del 9 maggio 2011, Conto TV/Sky Italia, ha confermato il proprio orientamento secondo il quale il termine per la presentazione degli impegni ha carattere “meramente sollecitatorio”, in quanto “la funzione dell’istituto richiede, da un lato, che i professionisti siano posti in grado di proporre misure correttive idonee, dall’altro, che l’Autorità disponga di elementi sufficienti per valutare la rispondenza degli impegni alla tutela dei consumatori e degli altri professionisti (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I, 25 febbraio 2010, n. 3077)”.

anche dopo la comunicazione degli addebiti (*Best Practices* sui procedimenti antitrust, 2011). Tuttavia, a differenza di quanto avviene nel procedimento comunitario, a livello nazionale le parti dispongono di un provvedimento di avvio che, almeno nella generalità dei casi, si presenta articolato e strutturato, di per sé idoneo a definire in modo sufficientemente circostanziato le condotte oggetto di contestazione ed i mercati sui quali esse incidono.

Nel merito, la Comunicazione, richiamando la prassi interpretativa comunitaria, esplicita nettamente come non sia opportuna l'adozione di decisioni con gli impegni nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza sia sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione.

In ogni caso, gli impegni devono essere suscettibili di attuazione piena e tempestiva, nonché facilmente verificabili e idonei a rimuovere efficacemente i profili anticoncorrenziali individuati nel provvedimento di avvio di istruttoria.

L'Autorità si riserva, inoltre, di valutare gli impegni anche in considerazione dell'interesse dell'Autorità al proseguimento del procedimento istruttorio.

5. La prassi applicativa dell'Autorità

Di seguito, sembra interessante fornire alcuni dati in merito al numero dei procedimenti condotti dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, negli anni 2008-2012, che si sono conclusi con l'accettazione di impegni e, conseguentemente, senza l'accertamento della violazione antitrust.

Tabella 1 – Esito procedimenti istruiti dall’Autorità nel periodo 2008-2012

<i>Numero casi</i>	<i>2008</i>	<i>2009</i>	<i>2010</i>	<i>2011</i>	<i>2012</i>
Chiusi	6	8	7	10	10
<i>Intesa</i>	3	5	5	5	4
<i>Abuso</i>	2	1	1	4	5
<i>Non violazione</i>	1	2	1	1	1
Accettazione impegni	11	9	13	5	3
Improcedibilità	3	0	1	0	1
Totale	20	17	21	15	14

Sulla base dei dati sopra riportati è semplice calcolare la percentuale dei casi chiusi con impegni rispetto al totale delle istruttorie condotte dall’Autorità in materia di abusi e intese (cfr. Tabella 2).

Tabella 2 – Percentuale casi chiusi con l’accettazione di impegni sul totale dei procedimenti istruiti nel periodo 2008-2012

	<i>2008</i>	<i>2009</i>	<i>2010</i>	<i>2011</i>	<i>2012</i>
Chiusi con accettazione di impegni	55	53	62	33	21

Dai dati riportati si possono trarre le seguenti considerazioni:

- i.* il numero dei casi chiusi con impegni ha raggiunto l’apice nel 2010 (62%), per poi decrescere significativamente nel corso del 2011 e del 2012, anno caratterizzato per il minore ricorso allo strumento (21%). Peraltro occorre segnalare che, a fronte della chiusura con accoglimento impegni in tre casi, in sei casi, in cui gli impegni sono stati presentati dalle parti, essi non sono stati accolti dall’Autorità;
- ii.* il numero dei casi chiuso con l’accertamento della violazione anti-trust è stato sostanzialmente stabile nell’ultimo biennio ma in crescita rispetto al biennio precedente: nove casi chiusi nel 2011, come

- pure nel 2012, a fronte di sei casi chiusi con l'accertamento della violazione nel 2009 e nel 2010;
- iii. nessuna delle decisioni di accoglimento impegni assunta nel 2011 e 2012 ha riguardato fattispecie di intese restrittive della concorrenza, ma esclusivamente casi di abuso di posizione dominante;
- iv. dalla data di entrata in vigore della nuova Comunicazione impegni (17 settembre 2012) è stata adottata una sola decisione di accettazione di impegni, riguardante un caso aperto ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/90 (procedimento A/442 avviato nei confronti di Aeroporti di Roma, chiuso il 31 gennaio 2013)²¹.

6. *Il contenzioso in materia di impegni*

I dati riportati danno dunque conto di una maggiore cautela da parte dell'Autorità nell'utilizzo dello strumento impegni, anche in ragione delle difficoltà procedurali che il contenzioso, nel frattempo venutosi a creare con le parti, ha evidenziato.

In particolare, oggetto di approfondimento da parte della giurisprudenza è stata la questione dell'impugnabilità o meno del provvedimento di rigetto impegni adottato dall'Autorità.

Al riguardo è utile richiamare una recente pronuncia del Consiglio di Stato nella quale, riformando la posizione del giudice di primo grado, è stata esplicitamente esclusa la possibilità di impugnare autonomamente, vale a dire a prescindere dall'impugnazione del provvedimento finale, il provvedimento di rigetto, ritenuto mero atto endoprocedimentale²².

Al riguardo vale riproporre le parole del giudice secondo cui: “nell'ambito del tratto endoprocedimentale caratterizzato dalla presentazione e dell'esame sulla proposta di impegni, l'Autorità (pur non dismettendo la titolarità e l'esercizio di prerogative di stampo pubblicistico) coopera con i soggetti privati secondo modalità ispirate al dialogo,

²¹ A tutto luglio 2013 resta un solo caso di chiusura dell'istruttoria con accettazione di impegni dall'entrata in vigore della nuova Comunicazione.

²² Consiglio di Stato, 20 luglio 2011 n. 4393, Carte di credito.

alla leale collaborazione e alla partecipazione procedimentale, con la conseguenza che appare sistematicamente incongruo (lo si ripete, anche a fronte di opzioni interpretative di carattere alternativo in astratto parimenti plausibili) anticipare in via sistematica le occasioni di esito contenzioso (sempre che – *scil.* – ciò non venga reso necessario da arresti procedurali ovvero da preclusioni al prosieguo dell'istruttoria, che comunque non sono individuabili nel caso del rigetto degli impegni)". Il Giudice ha infatti sostenuto che la possibilità di ottenere una tutela piena ed effettiva in sede giudiziaria sia riconosciuta in sede di impugnazione del provvedimento finale, ritenendo che "le eventuali illegittimità inerenti la fase dell'esame degli impegni siano idonee a riverberarsi con effetto viziante su quest'ultimo (con esclusione delle violazioni di carattere meramente procedimentale, inidonee in quanto tali a determinare un diverso esito del procedimento e, in via mediata, un contenuto provvedimentale di carattere diverso)".

In secondo luogo, il Collegio ha evidenziato un motivo di carattere formale che porta ad escludere l'autonoma impugnabilità della delibera di rigetto degli impegni.

In particolare, rileva il giudice, "l'esame della pertinente normativa (...) depone nel senso del carattere non immediatamente lesivo dell'atto con cui l'A.G.C.M. respinge la proposta di impegni presentata dai soggetti sottoposti ad indagine per violazione degli articoli 2 e 3 della legge e, in via mediata, nel senso della sua non diretta impugnabilità nella sede giurisdizionale, stante l'assenza di un interesse concreto e attuale alla sua rimozione". Inoltre, "l'attività valutativa sottesa alla pronuncia in tema di impegni solo in parte coincide con quella sottesa all'adozione del provvedimento finale, non potendosi ritenere che fra l'esito della prima fase (la decisione sulla proposta di impegni) e quello del procedimento complessivo sussista un nesso di presupposizione necessaria".

In virtù di quanto sopra "l'atto di rigetto degli impegni (in sé, sprovvisto di un autonomo carattere di lesività) non risulta idoneo ad incidere in modo diretto e immediato sulla posizione giuridica del soggetto sottoposto ad istruttoria (se non in base a un mero dato probabili-

stico, ex se inidoneo a giustificare il carattere di diretta impugnabilità)»²³.

La tesi, sebbene espressa dal massimo organo giudicante, non appare pacifica né totalmente esente da critiche. Si osserva, senza pretesa di esaustività delle argomentazioni addotte, che, in realtà, una lesione dell'interesse della parte a veder chiudere il procedimento senza accertamento dell'infrazione, può essere ravvisata già dall'atto di rigetto degli impegni. Inoltre, appare difficile pronunciarsi unicamente sulla delibera di rigetto impegni quando è noto al giudice l'esito del procedimento istruttorio, a seguito dell'adozione del provvedimento finale.

Altra questione esaminata dalla giurisprudenza amministrativa, e che appare meritevole di menzione in questa sede, attiene all'applicabilità della chiusura del procedimento per accettazione degli impegni nel caso di fattispecie plurisoggettive.

Al riguardo, nelle sentenze 7 aprile 2008, nn. 2900 e n. 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che debba essere esclusa l'estensione dell'immunità derivante dalla valutazione di idoneità degli impegni, presentati unilateralmente da una delle parti di un illecito plurisoggettivo, anche alle altre parti dell'illecito. Ciò in quanto: *i*) essa non è prevista da alcuna disposizione del Reg. CE n. 1/2003, né dalla giurisprudenza comunitaria; *ii*) è necessaria una loro "valutazione individualizzata"; *iii*) anche ove si ritenesse che l'impegno di un soggetto determini la cessazione dell'infrazione per tutti i partecipanti all'illecito, l'Autorità conserverebbe il potere di accertamento storico, di sanzione e di inibitoria; *iv*) l'accertamento dell'illecito nei confronti degli altri soggetti coinvolti non espone di per sé colui che ha presentato l'impegno alle azioni civili di danno.

²³ Vale la pena osservare che anche nelle sentenze del TAR Lazio nn. 6165, 6169, 6171, 6172, 6173, 6174, 6175, 6176 e 6177 dell'11 luglio 2011, nel medesimo caso *Carte di credito*, il giudice, pur decidendo per l'impugnabilità del provvedimento di rigetto impegni, aveva comunque sentito la necessità di conoscere l'opinione al riguardo del Consiglio di Stato: "pur nell'attesa di conoscere le (evidentemente non omogenee) conclusioni alle quali è diversamente pervenuto il Giudice d'appello". Inoltre, il giudice, annullando il provvedimento finale dell'Autorità, ha ritenuto che "fra determinazione di rigetto degli impegni e provvedimento conclusivo del procedimento "principale" volto ad accertare la presenza di un'infrazione antitrust [vi sia] un rapporto di consequenzialità ad effetto (meramente) viziante".

Il Consiglio di Stato, con sentenza 20 aprile 2011, n. 2438, A357 *Tele2/Tim-Vodafone-Wind* ha precisato al riguardo che: “In conseguenza della decisione assunta sull’impegno di Vodafone, è certo venuta meno la contestazione dell’illecito plurisoggettivo anche nei confronti di Wind e Telecom, alle quali, invero, con provvedimento n. 17131 del 3 agosto 2007, l’Autorità ha addebitato le fattispecie abusive (non concorsuali o plurisoggettive) relative ai soli mercati della terminazione sulle rispettive reti mobili: fattispecie monosoggettive, quindi, singolarmente contestate a ciascun operatore, scindibili l’una dall’altra. Del tutto legittimamente, quindi, l’Autorità non ha esteso a Telecom e Wind gli effetti del provvedimento di accoglimento dell’impegno presentato da Vodafone”.

7. L’eventuale diritto dei terzi a verificare che le parti diano effettiva attuazione agli impegni proposti

Altra questione di interesse, rispetto alla quale il dibattito è ancora aperto, attiene alla posizione dei terzi nei confronti della decisione assunta dall’organo di vigilanza nazionale o comunitario in merito all’attuazione degli impegni e, in particolare, alla possibilità per i concorrenti, per i consumatori e per altri interessati di chiedere alle giurisdizioni nazionali di far eseguire l’impegno assunto dall’impresa assoggettata al procedimento antitrust.

Al di là della possibilità per questi ultimi di impugnare l’atto di accettazione degli impegni²⁴, si pone la questione ben più delicata della possibilità per tale provvedimento di incidere direttamente sulla sfera giuridica di soggetti estranei al procedimento, anche attraverso la costituzione (o modificazione) di rapporti giuridici con l’impresa sottoposta ad indagine²⁵. Infatti, sebbene i terzi che abbiano partecipato al proce-

²⁴ Cfr. A. POLICE, *I “nuovi” poteri dell’Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in F. CINTIOLI, G. OLIVIERI, *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, Milano, 2007, 94 ss.

²⁵ Solleva la questione M. LIBERTINI, *Le decisioni “patteggiate”*, cit.; v. pure A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, 2008, 61.

dimento con la finalità di ottenere tutela della propria sfera giuridica non possano agire innanzi al giudice ordinario per costringere l'impresa ad eseguire correttamente gli impegni²⁶, essi risultano tuttavia titolari di un interesse qualificato a sollecitare l'amministrazione ad esercitare i poteri di vigilanza previsti in caso di inottemperanza agli impegni assunti²⁷.

8. *L'enforcement sanzionatorio*

La pur sommaria analisi dello strumento "impegni" sin qui condotta, porta a ritenere che le decisioni antitrust di chiusura dell'istruttoria a seguito della presentazione di impegni costituiscono, di fatto, una nuova forma dell'esercizio del potere attribuito alla Commissione e alle Autorità nazionali nell'ambito del c.d. *public enforcement* del diritto della concorrenza.

Tuttavia, si tratta – e deve trattarsi – di uno strumento residuale in ragione dell'assenza di accertamento e deterrenza che accompagna le decisioni con impegni; strumento in alcun modo assimilabile agli accordi sostitutivi di provvedimento e che lascia inalterate le tipiche finalità del *public enforcement*, ovvero il perseguimento dell'interesse pubblico a che la natura concorrenziale del mercato non venga illecitamente distorta, falsata o eliminata.

Rispetto a tali esigenze, lo strumento principe – e in alcun modo recessivo – resta il tipico potere antitrust sanzionatorio, che consente di: *i)* rendere chiari i criteri di applicazione della normativa attraverso l'accertamento delle fattispecie concrete che integrano una violazione delle regole antitrust; *ii)* disincentivare le imprese a compiere ulteriori

²⁶ Alle medesime conclusioni sembra giungere anche la dottrina americana a proposito dei *consent decrees*: cfr. al riguardo T. KAUPER, *The use of consent decrees in American Antitrust Cases*, in P.J. SLOT, A. MC DONNELL (a cura di), *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law*, Londra, 1993, 113.

²⁷ Per un precedente che sembrerebbe avallare questa ricostruzione v. il caso *British Telecom/Vodafone*, di segnalazione del presunto inadempimento degli impegni presentati da Vodafone nell'ambito del procedimento A357, già sopra citato.

violazioni; *iii*) eliminare le conseguenze dannose derivanti dalla violazione.

L'applicazione delle sanzioni non è, tuttavia, esente da spazi di incertezza e di applicazione non sempre univoca della disciplina. La prassi applicativa dell'Autorità in materia, ad esempio, di quantificazione delle sanzioni comminate alle parti non è sempre stata omogenea, né chiaramente interpretabile, tanto da far richiedere da più parti l'adozione di linee guida che chiariscano gli orientamenti dell'Istituzione in materia.

Tale esigenza è maggiormente avvertita ora che il giudice amministrativo ha poteri di merito nel verificare la congruità della sanzione comminata. Anche in questo caso il riconoscimento di tale tipo di sindacato giurisdizionale è coerente con i principi affermati in materia dalla giurisprudenza comunitaria, che ha sempre ritenuto la sussistenza di una competenza di merito del giudice, per consentire la modifica delle sanzioni irrogate dalla Commissione²⁸; ed è anche coerente con l'armonizzazione del diritto della concorrenza, tenuto conto che l'art. 31 del regolamento CE n. 1/2003 prevede che la Corte di giustizia possa estinguere, ridurre o aumentare le ammende irrogate dalla Commissione, qualificando tale competenza giurisdizionale "di merito"²⁹.

A questo proposito, va segnalata la peculiarità della disposizione nella parte in cui è prevista la possibilità di aumento della sanzione, che, se intesa in senso letterale, potrebbe porsi in contrasto con il principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Unica possibilità di rendere compatibile la norma con il suddetto principio è riferirla alla possibile domanda di altra parte del giudizio, che però difficilmente potrà essere la Commissione che ha stabilito l'entità dell'importo in sede amministrativa (a meno che la domanda non venga proposta in via incidentale e subordinata), mentre si potrebbe

²⁸ V. Trib. Ce, 11-3-99, T-141/94, Thyssen Stahl AG, par. 646 e 674 e Corte giust. CE, 16-11-2000, C-291/98, Sarriò-Cartoncino, par. 70-71.

²⁹ Peraltro, anche nel sistema francese è prevista la possibilità di riforma delle sanzioni pecuniarie irrogate dal *Conseil de la concurrence*. V. S. LICCIARDELLO, *Sulle sanzioni a tutela della concorrenza e del mercato. Italia e Francia a confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 119.

ipotizzare una domanda in tal senso di soggetti controinteressati, che ritengono esigua la sanzione inflitta³⁰.

La riconosciuta possibilità – sia per il giudice comunitario che per i giudici interni – di modificare l'importo della sanzione fa emergere l'esigenza che il controllo giurisdizionale, benché esteso al merito, avvenga attraverso la verifica della congruità e della correttezza dei criteri utilizzati dall'Autorità per determinare l'importo delle sanzioni.

È nota la giurisprudenza comunitaria, secondo cui, in una decisione di irrogazione di ammende a molteplici imprese per un'infrazione alle norme comunitarie che disciplinano la concorrenza, l'obbligo di motivazione non comporta la redazione di un elenco vincolante o esauriente dei criteri tenuti in considerazione³¹; inoltre, nel fissare l'importo di ciascuna ammenda, la Commissione dispone di un margine di discrezionalità e non la si può considerare tenuta ad applicare, a tale scopo, una formula matematica precisa³². Tuttavia, nei casi citati, gli organi di giustizia comunitaria hanno anche ritenuto che, se è auspicabile che le imprese interessate e, ove necessario, il Tribunale siano messi in condizioni di controllare che il metodo di calcolo utilizzato e i passaggi seguiti dalla Commissione siano privi di errori e compatibili con le disposizioni e con i principi applicabili in materia di ammende – in particolare con il divieto di discriminazioni –, deve tuttavia consentirsi la spie-

³⁰ In questo senso, G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 363, nota 84. A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, 440, evidenziano che, nonostante il richiamo nelle massime del potere di modificare la sanzione anche in aumento, mai la Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado avevano proceduto in tale senso, riportando anche i dubbi della dottrina sulla possibilità di una *reformatio in peius*. Tuttavia, Trib. I grado CE, 12 dicembre 2007, T-101/05 e T-111/05 ha in concreto proceduto ad aumentare una sanzione ad un'impresa con un'interpretazione estensiva dei propri poteri di merito (condivisa, pur senza aumento della sanzione, da Corte giust., 8 febbraio 2007, C-3/06). Di recente, l'AGCM ha proposto un ricorso incidentale in una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento antitrust sanzionatorio, deducendo che, in caso di fondatezza della censura principale avente ad oggetto le modalità di quantificazione della sanzione, l'unica modalità alternativa condurrebbe ad un aumento, in concreto chiesto dall'Autorità.

³¹ Corte giust. Ce, ord. 25 marzo 1996, causa C-137/95 P, SPO, punto 54.

³² Trib. Ce, 6 aprile 1995, causa T-150/89, Martinelli, punto 59; 11-3-99 Thyssen Stahl, cit., punti 605 e ss.

gazione dei criteri utilizzati da parte della Commissione in corso di giudizio.

In ogni caso, l'assenza di idonea motivazione circa la quantificazione della sanzione non comporta l'annullamento della sanzione, ma la verifica della congruità della stessa da parte del giudice, che sul punto esercita un sindacato pieno, come precisato in precedenza.

La definitiva attribuzione al giudice amministrativo di un sindacato di merito sulle sanzioni pecuniarie pone con maggiore risalto il problema dei criteri di determinazione delle sanzioni e la necessità di evitare il rischio che dapprima le Autorità e poi anche il giudice determinino le sanzioni senza seguire criteri uniformi, in quanto ciò minerebbe il principio di certezza del diritto e la stessa parità di trattamento tra le imprese. Al riguardo, va ricordato che l'ultimo considerando del regolamento comunitario n. 1/2003 (considerando n. 38) valorizza la certezza del diritto quale elemento che contribuisce alla promozione dell'innovazione e degli investimenti per le imprese che operano nel quadro delle regole di concorrenza³³. La certezza del diritto è quindi sempre più indice di affidabilità di un sistema a cui l'interprete – il giudice in primo luogo – deve sempre tendere attraverso una interpretazione certa ed uniforme.

In questo contesto è necessario evitare il rischio di interpretazioni difformi, anche perché all'interno di un sistema a rete di tutela della concorrenza (*network*), se vi sono maglie della rete più deboli, ciò indebolisce l'intera rete con pericolo che in molti tentino di forzare la rete laddove le maglie sono più deboli; il che viene tradotto, con riferimento alle giurisdizioni, con il termine *forum shopping*.

Per le sanzioni pecuniarie, è, quindi, forte l'esigenza di individuare criteri orientativi per la quantificazione che siano uniformi sia in sede comunitaria sia in sede nazionale, al fine di evitare che la quantifi-

³³ Si riporta testualmente il considerando n. 38: “La certezza del diritto per le imprese che operano nel quadro delle regole di concorrenza comunitarie contribuisce alla promozione dell'innovazione e degli investimenti. Nei casi che danno adito ad una reale incertezza perché presentano quesiti nuovi o non risolti circa l'applicazione di dette regole, è possibile che le singole imprese desiderino ottenere dalla Commissione un orientamento informale. Il presente regolamento lascia impregiudicata la capacità della Commissione di fornire un siffatto orientamento”.

cazione venga decisa caso per caso con intervento poi del giudice, anche esso privo di uniformità.

L'aver previsto in sede nazionale come limite massimo per la quantificazione delle sanzioni il 10% del fatturato totale di un'impresa comporta margini molto ampi di quantificazione, soprattutto per le imprese maggiori; tale effetto è solo parzialmente attenuato dalla applicazione da parte dell'Autorità antitrust dei Criteri orientativi per il calcolo delle ammende stabiliti dalla Commissione e sarebbe auspicabile uno sforzo in più da parte dell'Autorità al fine di adottare linee guida interne, coerenti con quelle europee e adattate alla disciplina nazionale, come di recente fatto da diverse autorità nazionali di concorrenza.

9. Conclusioni

In conclusione, si deve ritenere che, in Italia, come in Europa, il *public enforcement* resta il meccanismo predominante e centrale per la tutela del diritto della concorrenza, anche se tale situazione espone il mercato al rischio che le politiche antitrust siano definite dagli orientamenti contingenti che connotano le azioni delle autorità.

In ipotesi di una autorità nazionale poco attiva nel *public enforcement*, le azioni *private* devono costituire il rimedio e consentire di perseguire risultati analoghi con un diverso strumento.

Per ottenere tale effetto di “bilanciamento” da parte del *private enforcement*, è necessario potenziare gli strumenti processuali e probatori e agevolarne l'utilizzo.

Il sistema di tutela della concorrenza non deve avere “maglie più deboli” né a livello territoriale, né sul piano degli strumenti utilizzabili.

La *policy* di una autorità, in ipotesi maggiormente propensa ad utilizzare l'istituto della chiusura del procedimento mediante accettazione di impegni, deve essere compensata dalla possibilità di agire in via risarcitoria con maggiore facilità, mentre oggi non solo l'assolvimento dell'onere probatorio è reso inevitabilmente più difficile per l'assenza di una decisione di accertamento dell'illecito, ma devono regi-

strarsi anche difficoltà nell'accedere agli atti del procedimento antitrust, chiuso con impegni.

In definitiva, il potenziamento del *private enforcement* costituirà un decisivo passo in avanti per il complessivo *enforcement* del sistema e per evitare che tutela della concorrenza sia interamente affidata alla Commissione e alle singole autorità nazionali³⁴.

Le autorità sono, infatti, fatte di donne e uomini, che, per loro natura, possono sbagliare e i cui errori produrranno effetti minori in presenza di bilanciamenti, che poi sono una delle caratteristiche di un sistema democratico.

³⁴ A tal fine si auspica che la proposta, di recente presentata dalla Commissione europea, di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul risarcimento del danno derivante da violazioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e della Commissione possa essere approvata con contenuti tali da assicurare l'effettiva interazione tra l'applicazione a livello pubblico e a livello privato del diritto della concorrenza e garantire ai soggetti danneggiati l'esercizio del diritto ad un pieno risarcimento del danno subito.

GLI SVILUPPI DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE IN MATERIA DI AIUTI DI STATO

Massimo Scuffi

SOMMARIO: 1. *Il regime comunitario degli aiuti di Stato*; 2. *Il ruolo del giudice nazionale*; 3. *Case histories: le fondazioni bancarie e la pregiudiziale comunitaria*; 4. *Il sistema cooperativistico e la collaborazione informativa con la Commissione*; 5. *I contributi nel settore navale e l'interpretazione autonoma del giudice*; 6. *Osservanza del diritto comunitario e responsabilità del giudice*; 7. *La fiscalità regionale di vantaggio: le c.d. tasse sul lusso*; 8. *Supremazia del diritto comunitario ed "erosione" del principio di giudicato*; 9. *Modalità di recupero degli aiuti di Stato illegittimi*; 10. *Il giudizio di opposizione: mutamenti e riunificazione di riti*; 11. *Questioni ed eccezioni processuali*; 12. *Il procedimento cautelare*; 13. *L'azione dei danneggiati dall'aiuto illegale: il diritto al rimborso*; 14. *(segue) il risarcimento del danno.*

1. Il regime comunitario degli aiuti di Stato

Al fine di assicurare un regime che garantisca che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno, rappresentando obbiettivo primario dell'Unione europea la realizzazione di una sana, leale, efficace competizione tra le imprese, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) contiene una dettagliata disciplina delle regole di concorrenza suddivisa in due sezioni (del capo I del Titolo VI):

- a. Le regole di concorrenza applicabili alle imprese, cioè rivolte a quei comportamenti autonomi imputabili alle stesse che si traducano in intese restrittive, pratiche concordate ed abusi di posizione dominante (artt. 101 e 102 TFUE) cui si aggiunge una apposita disciplina per le imprese pubbliche (art. 106);
- b. Le regole di concorrenza applicabili agli Stati, che sono rivolte agli interventi pubblici a favore delle imprese e sono sussunte nella disciplina di controllo dei c.d. *aiuti di Stato* (artt. 107, 108, 109 TFUE).

Si tratta di disposizioni – queste ultime – preordinate anch’esse alla realizzazione di un regime di concorrenza non falsata in quanto dirette ad evitare che il sostegno finanziario pubblico intervenga ad alterare la *competizione ad armi pari* tra imprese all’interno del mercato comune.

Ai sensi dell’art. 107 n. 1 TFUE, “salvo deroghe contemplate dal Trattato, sono incompatibili con il mercato comune nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati ovvero mediante risorse statali sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”.

Per verificare se ci si trova al cospetto di un aiuto di Stato la Commissione e la Corte di giustizia hanno elaborato il criterio c.d. VIST (*vantaggio, incidenza, selettività, trasferimento*) che concerne il soggetto erogante, i mezzi impiegati, la destinazione delle risorse, il potenziale effetto correlato.

Devono in pratica ricorrere cumulativamente tutti e quattro gli elementi indicati dalla norma citata¹ e cioè:

- a. deve trattarsi di *vantaggi economici* concessi direttamente o indirettamente all’impresa beneficiaria mediante erogazione senza contropartita (cioè con sacrificio gravante sul solo bilancio pubblico) di risorse statali (sovvenzioni e finanziamenti) ovvero rinuncia ad entrate (esoneri ed agevolazioni fiscali) con alleggerimento degli oneri che normalmente gravano su un’azienda;
- b. deve derivare un *pregiudizio o distorsione alla concorrenza* (a prescindere dalle finalità più o meno meritevoli in vista delle quali è stato disposto l’aiuto) per il rafforzamento della posizione dell’impresa beneficiaria a danno dei concorrenti che sopportano i costi evitati dalla prima con ripercussioni sugli scambi tra gli Stati membri;
- c. le misure adottate devono essere caratterizzate da *selettività*, cioè non rappresentare strumenti di politica economica generale per lo sviluppo e l’equilibrio del sistema bensì *misure specifiche* essenzialmente rivolte a favorire determinati settori industriali e/o produzio-

¹ CGUE, sent. 24 luglio 2003, C-280/00 *Altmark*.

ni, collocando l'impresa beneficiaria in una posizione finanziaria più favorevole rispetto alle altre che si trovino in analoga "situazione fattuale e giuridica";

- d. le misure debbono consistere in *trasferimenti di pubbliche risorse*, essere concessi cioè dallo Stato o comunque da enti pubblici e/o territoriali in relazione a risorse statali.

Deroghe al principio generale di *incompatibilità* degli aiuti di Stato sono prefigurate *de iure* nel n. 2 dell'art. 107 TFUE (tra le quali spiccano gli aiuti conferiti in occasione e per rimediare ai danni causati da calamità naturali) ovvero rimesse a valutazione discrezionale della Commissione nei limiti segnati dal n. 3 della norma citata (tra cui gli aiuti a finalità regionale per lo sviluppo di aree che presentano particolari difficoltà e gli aiuti a finalità settoriale per lo sviluppo di attività bisognevoli di sostegno quali – ad esempio – la cantieristica navale, l'industria automobilistica, la siderurgia, etc.).

La politica degli aiuti gravita sulla Commissione, *dominus* della procedura di controllo sia degli aiuti "esistenti" (cioè quelli già in esecuzione prima dell'entrata in vigore del Trattato che sono costantemente monitorati nella loro compatibilità comunitaria e possono in ogni momento essere dichiarati illegittimi con ordine di cessazione) sia di quelli "nuovi" i cui progetti vanno previamente notificati alla Commissione (salvo quelli rientranti nei Regolamenti di esenzione ai sensi dell'art. 109 TFUE)² e rimangono sospesi nell'erogazione (c.d. clausola di

² L'art. 109 del TFUE prevede che Il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, possa stabilire tutti i Regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli artt. 107 e 108 e fissare in particolare le condizioni per l'applicazione dell'art. 107, par. 3 nonché le categorie di aiuti che sono dispensate da tale procedura.

Con Reg. CE 994/98 la Commissione è stata autorizzata ad adottare Regolamenti che esentino dalla notifica gli aiuti a favore delle piccole e medie imprese; gli aiuti in favore della ricerca e dello sviluppo; gli aiuti a favore della tutela dell'ambiente; gli aiuti a favore dell'occupazione e della formazione; gli aiuti di importanza minore (c.d. *de minimis*).

Con Reg. CE 800/2008 (regolamento generale di esenzione per categoria) è stato disposto che le misure rispondenti ai suoi criteri possano essere attuate dagli Stati membri senza previa notifica della Commissione.

stand still) fino a che non vengano autorizzati con apposita decisione (*positiva*)³.

Norma cardine è l'art. 108 n. 3 TFUE (che avendo contenuto preciso e incondizionato ha efficacia diretta)⁴, il quale impone agli Stati membri due obblighi precisi: la preventiva notifica alla Commissione degli aiuti progettati e la sospensione della loro attuazione fino a che ne venga accertata la compatibilità con la conseguenza che se la misura viene da subito attuata in violazione di detta clausola di salvaguardia l'aiuto è considerato illegale.

Analogamente quando intervenga decisione (*negativa*) di incompatibilità (non impugnata con ricorso per annullamento)⁵ l'aiuto deve essere soppresso o modificato (con eventuale restituzione da parte delle imprese delle somme già ricevute) nei termini fissati dalla Commissione abilitata – in caso di inottemperanza – ad adire direttamente la Corte di giustizia con *ricorso per inadempimento* attivando la procedura di infrazione⁶.

³ La procedura di controllo preventivo di compatibilità degli aiuti “nuovi” e di controllo degli aiuti “esistenti” è dettagliata nel Reg (CE) 659/99 (c.d. Regolamento di procedura) recante modalità di applicazione dell'(ex) art. 88 del Trattato (oggi 108 TFUE).

Va altresì segnalato che in ossequio al c.d. *principio Daggendorf* (ripreso dalla l. 234 del 24 dicembre 2012 ivi art. 46) la concessione di nuovi aiuti è subordinata alla preventiva verifica che le imprese beneficiarie (su loro “autocertificazione”) non abbiano ricevuto ed omesso di restituire aiuti dichiarati incompatibili.

⁴ CGCE 9 ottobre 1984 C91/83 +127/83 *Henken*.

⁵ Legittimati a proporre ricorso per annullamento dell'atto comunitario (art. 263 TFUE) sono le istituzioni comunitarie e gli Stati membri (*ricorrenti privilegiati* perché non devono dimostrare di essere stati direttamente incisi dall'atto illegittimo) nonché le persone fisiche o giuridiche per gli atti che li riguardino direttamente ed individualmente (*ricorrenti non privilegiati*). I primi debbono rivolgersi alla Corte di giustizia mentre i secondi al Tribunale (già di 1^a istanza).

⁶ La procedura di infrazione – regolata dagli artt. 258, 259, 260 del TFUE – è attivata dalla Commissione – su segnalazione di associazioni e/o cittadini ovvero su denuncia di altro Stato membro – per la mancata attuazione di obblighi comunitari e si sviluppa in una *fase precontenziosa* che inizia con una lettera di contestazione dell'addebito (messa in mora); quindi – dopo le osservazioni dello Stato interessato ove ritenute insufficienti – si completa con un parere motivato specificante l'addebito ed il termine per porvi fine.

2. Il ruolo del giudice nazionale

Il Regolamento 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 ed 82 del Trattato (oggi 101 e 102 del TULF), dando attuazione a quel complesso disegno di "decentramento" che passa sotto il nome di "modernizzazione" del diritto della concorrenza, ha eliminato l'obbligo di notifica delle intese restrittive e della conseguente decisione della Commissione per ottenerne l'esenzione (come stabilito dal previgente Reg. 17/62), chiamando l'organo giudiziario a fare applicazione nella sua "unitarietà" della *regola* e dell'*eccezione* espressa nella norma prefigurante possibili esenzioni ai divieti di intese (art. 101 par. 3 TFUE)⁷.

Viceversa, in materia di aiuti di Stato è rimasto immutato il regime di *controllo centralizzato* che, pur consentendo al giudice nazionale di interpretare la nozione di aiuto (autonomamente ovvero richiedendo l'intervento chiarificatore della Corte di giustizia con lo strumento del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE o della stessa Commissione con i previsti mezzi di "collaborazione informativa")⁸ gli preclude di valutarne la "compatibilità" con il mercato comune in base ai criteri

Se lo Stato non si adegua, la Commissione ricorre alla Corte di giustizia, che può emettere misure cautelari (artt. 278 e 279 TFUE), ivi compresa l'ingiunzione a sospendere la prassi amministrativa o la normativa contrastante e quindi pronunzia *sentenza dichiarativa* che attesta l'inadempimento dello Stato agli obblighi comunitari.

In caso di perdurante inadempimento si riattiva la procedura di infrazione pervenendosi alla c.d. "doppia condanna" comportante l'imposizione di *sanzioni pecuniarie*.

⁷ Tale regime di "eccezione legale" – fondato sul *controllo "a posteriori"* delle intese in caso di contestazione giudiziaria – è basato sull'ordinario riparto dell'onere della prova (l'art. 2 del Reg. 1/2003 attribuisce alla parte che denuncia l'infrazione l'onere di dimostrarla ed all'impresa concorrente quello di fornire la *prova liberatoria* che si sono realizzate le condizioni di esenzione) ed ha rafforzato il "ruolo" del giudice nazionale nell'applicazione delle regole comunitarie della concorrenza, in linea con il principio di "sussidiarietà" in virtù del quale la Comunità deve intervenire soltanto se e nella misura in cui gli obbiettivi dell'azione prevista non possano essere realizzati dagli Stati membri.

⁸ Così la nuova Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali 2009/C 85/01 in GU 9.4.2009 (che ha sostituito la "Comunicazione sulla cooperazione" del 1995 in GU C 312 del 23.11.1995).

enunciati dall'art. 107: compito questo che spetta in prima battuta *solo ed esclusivamente* alla Commissione sotto il controllo del giudice comunitario.

I giudici nazionali svolgono un ruolo “distinto” e “complementare” rispetto a quello della Commissione perché, al fine di salvaguardare i diritti dei concorrenti e dei terzi dal divieto di concessione di aiuti che non siano stati previamente notificati e successivamente approvati, sono tenuti a ricercare se la misura controversa rientri nella nozione di aiuto (art. 107 n. 1 TFUE) e risulti per l'effetto rispettata la procedura di controllo preventivo (art. 108 n. 3 TFUE), traendone le conseguenze giuridiche proprie del diritto nazionale sul piano della legalità⁹, con disapplicazione delle disposizioni interne contrarie ed invalidazione degli atti di esecuzione disponendo il recupero dell'aiuto finanziario illegittimamente concesso¹⁰.

Il ruolo “complementare”, rispetto alla Commissione, del giudice nazionale è dunque *preventivo*, nel contribuire a delineare le fattispecie suscettibili di essere qualificate come aiuti di Stato; *successivo* – una volta che l'aiuto sia stato dichiarato illegittimo – nell'eliminare gli ostacoli all'applicazione della misura di recupero.

3. Case histories: *le fondazioni bancarie e la pregiudiziale comunitaria*

Numerose sono le fattispecie che ha trattato la giurisprudenza nazionale contribuendo soprattutto al sindacato di legittimità delle misure finanziarie suscettibili di configurare forme più o meno palesi di aiuti di Stato non consentiti dall'ordinamento comunitario.

La Corte di Cassazione, innanzitutto, intervenendo sulle agevolazioni pretese dalle fondazioni bancarie nei confronti dell'A.F. (esonero della ritenuta d'acconto sui dividendi e riduzione della metà dell'IRPEG quali benefici riconosciuti ad enti di interesse pubblico e con finalità sociali prive di scopo di lucro secondo l'elencazione prevista dalle

⁹ CGUE, sent. 15 aprile 2004 C-345/02 *Pearle* e sent. 5 ottobre 2006 C-368/04 *Transalpine*.

¹⁰ CGCE, sent. 11 luglio 1996 C-39/94 *Sfei*.

rispettive leggi istitutive)¹¹ sollevava “d’ufficio” questione di compatibilità comunitaria di tale regime rilevando – innanzitutto – che il carattere “chiuso” del giudizio di cassazione non impediva a che venisse applicato nella sua interezza il diritto comunitario indipendentemente da specifiche domande proposte nel giudizio di merito o introdotte con i motivi di ricorso (salvo il solo limite della definizione del rapporto controverso)¹² ed, al contempo, ipotizzando un possibile contrasto del sistema normativo interno con la disciplina sugli aiuti di Stato¹³.

La Corte di giustizia¹⁴, rispondendo positivamente al quesito, affermava che – in effetti – una persona giuridica quale quella rivestita dalla fondazione bancaria poteva essere qualificata come impresa ai sensi dell’art. 107 n. 1 TFUE e le agevolazioni delle quali fruiva potevano rientrare nel concetto di aiuti di stato.

Il concetto di *impresa* nel diritto europeo è infatti molto ampio e ricomprende qualsiasi ente – pubblico o privato – che svolga “attività economica” indipendentemente dalla forma giuridica e dalle modalità di funzionamento per cui resta travalicata la definizione nazionale contenuta nell’art. 2082 c.c.

Nell’ambito dell’accertamento in concreto rimesso al giudice nazionale veniva pertanto disapplicata la normativa nazionale nella parte in cui autorizzava misure fiscali esonerative e selettive ritenute aiuti di stato incompatibili con il mercato comune¹⁵.

In quella sede veniva formulato il “principio di diritto” al quale avrebbe dovuto attenersi il giudice del merito e cioè che la gestione da

¹¹ Art. 10 bis l. 29 dicembre 1962 n. 1745 introdotto dall’art. 6 del d.l. 21 febbraio 1967 n. 22 ed art. 6 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 601.

¹² Va peraltro rilevato che l’art. 101 II co. c.p.c., riformulato ad opera della novella di cui alla l. 69/2009, ora sancisce che – quando il giudice ritenga di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio – deve “riservare” la decisione, assegnando alle parti termini per il deposito di osservazioni sul punto. Tale rafforzamento del principio generale del contraddittorio (“istituzionalizzato” nell’art. 111 Cost. sul giusto processo) è stato dettato, appunto, per evitare c.d. “decisioni a sorpresa” (da ultimo Cass. 19 ottobre 2012 n. 17949 che ha statuito la nullità della sentenza che non ne faccia applicazione).

¹³ Cass., ord. 30 aprile 2004 n. 8319.

¹⁴ CGUE, sent. 10 gennaio 2006 C-222/04 *Cassa di risparmio di Firenze +2*.

¹⁵ Cass. SS.UU. 29 dicembre 2006 n. 27619.

parte delle fondazioni bancarie di partecipazioni di controllo attraverso una propria struttura organizzata era idonea a far qualificare tali soggetti come imprese ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza salva la prova (incombente al soggetto che invocava l'agevolazione e doveva perciò dimostrarne la sussistenza dei presupposti) che tale gestione avesse avuto un ruolo "strumentale" alla provvista di risorse destinate all'esercizio di attività sociali, di beneficenza o culturali costituenti le uniche espletate dall'ente.

Come si vede il compito riservato alla Corte di giustizia resta quello di fornire al giudice di rinvio gli elementi di interpretazione che gli consentano di stabilire se una misura interna può essere qualificata o meno come aiuto di Stato ma spetta sempre al giudice nazionale – nella fattispecie sottoposta al suo esame – eventualmente disapplicarla ove ritenuta in contrasto con il diritto comunitario.

4. Il sistema cooperativistico e la collaborazione informativa con la Commissione

In tema di agevolazioni fiscali di cui sono beneficiarie le cooperative di produzione e lavoro (esenzioni IRPEG-ILOR e deduzioni di imposta)¹⁶, nonostante l'affievolimento della "mutualità" e del sistema di vigilanza disposto dalla riforma societaria che ha radicalmente modificato la disciplina giuridica di tali enti¹⁷, la Corte di Cassazione, avvalendosi della Comunicazione di cooperazione del 1995 (cit.), richiedeva alla Commissione informazioni sulle determinazioni già assunte e sugli elementi occorrenti per valutare la compatibilità di tali misure fiscali con il regime degli aiuti di Stato¹⁸.

La richiamata Comunicazione (punti 28 e 29) consentiva infatti ai giudici nazionali di interpellare la Commissione per acquisire *infor-*

¹⁶ Art. 11 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 601 nella versione in vigore dal 1984 al 1993.

¹⁷ D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 (riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative in attuazione della l. 3 ottobre 2001 n. 366) che ha introdotto la figura della cooperativa a "mutualità prevalente".

¹⁸ Cass., ord. 17 febbraio 2006 n. 3525.

mazioni sulle procedure pendenti, sulle prassi adottate, sui dati fattuali ed economici pertinenti per la qualificazione delle misure come aiuti di stato e sugli effetti distorsivi della concorrenza che creano.

Oggi le tecniche di assistenza informativa nel rispetto del dovere reciproco di “leale collaborazione” sono state ampliate ed affinate con la nuova Comunicazione del 2009 (cit.)¹⁹ la quale (punti 3.1 e 3.2) prescrive – non solo – un obbligo generalizzato di trasmissione ai giudici nazionali, entro un mese dalla richiesta, delle informazioni in possesso della Commissione riguardanti i procedimenti in corso e le indagini avviate, le decisioni esistenti, dati statistici ed analisi economiche, ma anche la formulazione di *pareri* – entro quattro mesi dall’interpello – su questioni economiche e giuridiche che possono sorgere nei contesti nazionali ai fini della qualificazione della misura quale aiuto di Stato (ma non sulla “compatibilità comunitaria” che – come si è detto – rientra nell’ambito di valutazione esclusiva della Commissione)²⁰.

Naturalmente la Comunicazione fa salvo il potere dei giudici nazionali di chiedere direttamente alla Corte di giustizia una pronuncia pregiudiziale sull’interpretazione del diritto comunitario ex art. 267 del TFUE.

In tal senso alla fine si orientava la Corte di Cassazione che – in quanto giudice di ultima istanza – rimasta inevasa la interrogazione rivolta alla Commissione – formulava apposito quesito alla Corte di giustizia per conoscere se le misure fiscali agevolative spettanti alle società cooperative fossero da considerare aiuti di Stato (e se l’uso della forma cooperativistica realizzasse un abuso del diritto per l’esclusivo o principale scopo perseguito di realizzare un risparmio fiscale)²¹.

¹⁹ La Comunicazione della Commissione ricalca quella relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell’UE ai fini dell’applicazione degli artt. 81 ed 82 del Trattato (oggi 101 e 102 TFUE) in GU C 101 del 27 aprile 2004.

²⁰ Con la trasmissione alle giurisdizioni nazionali di *opinioni ed orientamenti* (non vincolanti) sull’applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato secondo la prassi decisionale della Commissione si realizza la funzione di sostegno tipica dell’*amicus curiae*, figura mutuata dal diritto anglosassone (dove era già presente sin dal medioevo avanti al *King’s Bench*) identificantesi in soggetto collaborante con la giustizia senza altro interesse che quello di evitargli errori nella decisione.

²¹ Cass., ord. 8 febbraio 2008 n. 3030.

La Corte di giustizia²² – dopo aver dichiarato irricevibili le questioni sull’abuso del diritto – rimetteva al giudice nazionale la valutazione finale sulle concrete modalità operative del *sistema cooperativistico nazionale* da svolgere nel quadro interpretativo all’uopo fornito circa gli elementi da prendere in considerazione per la qualificazione come aiuti di Stato, in particolare puntualizzando come la “selettività” in linea di principio andava esclusa per le società cooperative che non si trovano in situazione analoga – in fatto e diritto – alle altre società commerciali ma ciò non impediva che potesse in concreto essere ravvisata laddove fosse emersa l’assenza del carattere “mutualistico” della “preminenza” della persona sul capitale (superiorità dell’interesse economico dei soci, effettiva partecipazione alla vita sociale, equa ripartizione dei risultati economici).

Il giudice comunitario, in questo caso, non si limitava a mettere a disposizione della Cassazione i dati interpretativi attinenti la nozione di aiuto ma forniva al giudice remittente anche stringenti indicazioni sulle modalità di applicazione della disciplina agevolativa per consentire la *verifica di compatibilità* con i principi dell’art. 107 par. 1 TFUE, indagando se la società cooperativa di cui era causa si trovasse o meno in situazione equiparabile a quella delle altre società lucrative.

5. I contributi nel settore navale e l’interpretazione autonoma del giudice

La Corte di Cassazione, in altre occasioni, è intervenuta autonomamente sulla tematica degli aiuti di stato (senza interagire – cioè – con gli organismi comunitari) come nel settore della “cantieristica navale” rilevando – ad esempio – sul c.d. *draw back* (restituzione in misura “forfettaria”, calcolata sul valore fatturato all’acquirente estero, dei dazi doganali concernenti le materie prime importate ed impiegate nella costruzione delle navi mercantili) che, ove fosse mancato l’effettivo pagamento dei diritti di cui si pretendeva il ristorno, ci si sarebbe trovati al cospetto di un’elargizione *sine titulo* del tutto gratuita a favore del-

²² CGUE, sent. 8 settembre 2011 in cause riunite da C-78/08 a C-80/08.

l'industria navale e, dunque, a sovvenzioni pubbliche a fondo perduto contrastanti con il diritto comunitario della concorrenza.

Di conseguenza la normativa italiana che ancora consentiva tale pratica²³ in tanto era da considerarsi sopravvissuta nell'ordinamento nazionale (nonostante l'avvenuta abolizione dei dazi nel mercato interno) in quanto fosse stato dimostrato dall'agente in ripetizione la avvenuta *solutio*, in ogni caso in misura superiore alla soglia forfettaria²⁴.

Analogamente è stato statuito sui contributi all'impresa navale esclusi dalla base imponibile Irap se corrisposti in conto esercizio o utilizzati per la copertura delle perdite.

Tale norma agevolativa²⁵ è stata ritenuta dalla Corte di Cassazione insuscettibile di interpretazione "estensiva", perché diversamente si sarebbe configurato un illegittimo aiuto di Stato per l'evidente vantaggio economico che l'ampliamento surrettizio dell'agevolazione avrebbe realizzato selettivamente e mediante l'utilizzo sia pur indiretto di risorse statali a favore di un circoscritto numero di imprese, così alterando il regime della concorrenza²⁶.

6. Osservanza del diritto comunitario e responsabilità del giudice

Va precisato che anche l'attività interpretativa del giudice può essere censurabile sul piano comunitario e fonte di responsabilità quando si traduca in una manifesta violazione – *sostanziale e procedurale* – del diritto comunitario che – come è noto – è riferibile a qualsiasi organo dello Stato la cui azione od omissione dia luogo alla trasgressione.

Il principio – affermato nel caso *Kobler*²⁷ in relazione alla decisione di un organo giurisdizionale di ultima istanza – è stato ripreso e valorizzato in tema di aiuti di stato nel caso *Traghetti del Mediterraneo* (TDM), vicenda coinvolgente il conflitto giudiziario con la soc. *Tirre-*

²³ D.P.R. 15 luglio 1954 (art. 1) e tabella allegata.

²⁴ Cass. 10 giugno 2008 n. 15289 e Cass. SS.UU. 12 ottobre 2009 n. 21547.

²⁵ D.P.R. 29 settembre 1973 n. 597 (art. 55) come richiamato dalla l. 10 giugno 1981 n. 361 (art. 8).

²⁶ Cass. 16 luglio 2010 n. 16721.

²⁷ CGUE, sent. 30 settembre 2003 C-224/01.

nia imputata di atti di concorrenza sleale e violazione delle regole comunitarie della concorrenza per le ridotte tariffe di navigazione che applicava inferiori al prezzo di costo grazie alle *sovvenzioni pubbliche* di cui godeva.

La domanda risarcitoria di TDM veniva respinta dalle Corti di merito sul rilievo della legittimità di tali sovvenzioni perseguenti obiettivi di interesse generale e così pure la Corte di Cassazione – nonostante sollecitata a sottoporre alla Corte di giustizia le pertinenti questioni interpretative – escludeva che la fattispecie rientrasse nell’ambito degli aiuti di Stato alla luce delle deroghe consentite al divieto generale per favorire lo sviluppo economico di regioni svantaggiate o di soddisfare domande di beni e servizi che il gioco della libera concorrenza non consentiva di esaudire²⁸.

Il curatore di TDM – nel frattempo fallita – a questo punto citava in giudizio lo Stato italiano per ottenerne la condanna al risarcimento del danno a titolo di responsabilità “extracontrattuale” per gli errori di interpretazione commessi dal giudice di legittimità e per la violazione dell’obbligo del rinvio impostogli quale giudice di ultima istanza.

In quella sede il Tribunale adito rimetteva alla Corte del Lussemburgo la questione della compatibilità comunitaria della limitazione della responsabilità del giudice italiano ai soli casi di *dolo e colpa grave*²⁹, con esclusione di ogni altra ipotesi di colpa.

Ed il giudice comunitario nell’occasione stabiliva l’importante principio secondo il quale siffatta limitazione era da considerarsi inoperante ogni qual volta risultasse commessa – nella interpretazione delle norme giuridiche o nella valutazione delle prove e dei fatti operate da un organo giurisdizionale – una violazione “manifesta” del diritto comunitario³⁰.

Questa regola è stata poi riaffermata all’esito di ricorso per inadempiamento promosso dalla Commissione contro la Repubblica Italiana in cui la Corte di giustizia ha statuito che le disposizioni della legge nazionale sulla *responsabilità dei magistrati* limitano ingiustificata-

²⁸ Cass. 19 aprile 2000 n. 5087.

²⁹ Legge 13 aprile 1988 n. 117 sul risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e la responsabilità civile dei magistrati (c.d. Legge Vassalli).

³⁰ CGUE, sent. 13 giugno 2006 C-173/03.

mente la responsabilità patrimoniale dello Stato quando tramite i suoi organi giurisdizionali viola il diritto comunitario³¹.

E tanto induceva il Parlamento italiano ad avviare le prime proposte di modifica legislativa anche in relazione alle violazioni di diritto interno (per non creare inaccettabili discriminazioni tra i soggetti danneggiati)³².

7. *La fiscalità regionale di vantaggio: le c.d. tasse sul lusso*

Molteplici spunti di interesse presentano i rapporti tra la c.d. “fiscalità regionale di vantaggio” e la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato, tema più volte affrontato dalla Corte di giustizia coinvolgente il fronte del *federalismo fiscale*, che ha visto per la prima volta la Corte costituzionale – per anni autoesclusa dal novero delle giurisdizioni abilitate ad avvalersi del disposto dell’art. 267 TFUE – assumere un ruolo “attivo” nel promuovere rinvio pregiudiziale di interpretazione³³.

³¹ CGUE, sent. 24 novembre 2011 C-379/10.

³² I correttivi alla legge Vassalli prevedono che “chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento di un magistrato in violazione manifesta del diritto o con dolo o colpa grave nell’esercizio delle sue funzioni o per diniego di giustizia”, possa rivalersi facendo causa sia allo Stato sia al magistrato per ottenere un risarcimento. Le novità sono due: la responsabilità è genericamente estesa alla “manifesta violazione del diritto” e il cittadino può citare in giudizio direttamente il magistrato e non solo lo Stato. Questa ultima disposizione, peraltro, non sembra trovare paragoni nella maggior parte dei paesi europei (e neppure negli atti delle istituzioni comunitarie), dove il cittadino può far causa allo Stato e poi è semmai lo Stato, in caso di condanna, a rivalersi sul magistrato. Se fosse introdotta un’opzione del genere, le scelte del giudice finirebbero, infatti, per essere condizionate verso soluzioni che potessero meglio preservarlo dall’esercizio dell’azione diretta piuttosto che verso quelle maggiormente conformi a giustizia.

³³ Nell’occasione la Consulta – pur ribadendo la sua peculiare posizione di organo di garanzia costituzionale – precisava di avere natura di giudice e, in particolare, di giudice di unica istanza (essendo preclusa impugnazione contro le sue decisioni) per cui si sarebbe verificata un’inaccettabile lesione del generale interesse all’uniforme applicazione del diritto comunitario se non le fosse stata data la possibilità di interloquire con la Corte di giustizia.

Va precisato che l'orientamento dei giudici comunitari (e nello spirito della "leale collaborazione" anche delle Corti nazionali) è destinato a rivestire un'importanza cruciale al cospetto degli spazi d'azione riconoscibili ai livelli di governo sub-centrali (quali le Regioni) che posseggono autonomia tributaria ma spesso la esercitano come strumento di promozione territoriale e di concorrenza fiscale suscettibile di incorrere nel divieto di aiuti allorché si traducano in misure "selettive" prive di autorizzazione in deroga.

Prima di esaminare il caso trattato dalla Corte costituzionale italiana³⁴ concernente le c.d. *tasse sul lusso* istituite dalla Regione Sardegna³⁵, occorre segnalare due importanti precedenti della Corte di giustizia³⁶ sulla "selettività" di misure fiscali di portata generale non implicanti concessione di vantaggi a determinate imprese o produzioni (rispetto ad altre che si fossero trovate in analoga situazione fattuale e giuridica) bensì esplicanti la loro influenza esclusivamente nel territorio rientrante nella competenza di un ente infrastatuale dotato di autonomia impositiva.

Si trattava, in entrambi i casi, di riduzioni di aliquota sia dell'imposta sui redditi per i soggetti passivi residenti nella regione delle Azzorre sia della imposta sulle società per i soggetti passivi con sede nei Paesi Baschi, rispetto alle maggiori aliquote vigenti sui territori nazionali del Portogallo e della Spagna.

Ebbene in tali pronunzie la Corte di giustizia – rivisitando il precedente modello di raffronto basato esclusivamente sulla "delimitazione territoriale" (nel senso di essere qualificate come "selettive" e come tali idonee a configurare aiuto di Stato tutte quelle misure non applicabili indistintamente sull'intero territorio nazionale) – ha preso in considerazione l'ente impositore nel suo grado di "autonomia" rispetto al potere statale, dettagliando i criteri che debbono ricorrere per rico-

³⁴ Corte cost., ord. 103 del 15 aprile 2008.

³⁵ L. reg. 11 maggio 2006 n. 4 (con le modifiche apportate dalla l. reg. 29 maggio 2007 n. 2) istitutiva dell'imposta regionale sulle seconde case ad uso turistico, sulle plusvalenze realizzate dalla loro cessione, sullo stazionamento di aeromobili ed unità da diporto.

³⁶ CGUE, sent. 6 settembre 2006, C-88/03 *Azzorre* e sent. 11 settembre 2008 C-428/06 a C-434/06 *Territorio Historico*.

noscere quella “sufficienza” suscettibile di escludere – a seconda dei casi – la natura “selettiva” delle agevolazioni concesse in ambito locale.

La Corte – in particolare nell’ultima delle menzionate decisioni – ha fornito al giudice remittente gli elementi di riscontro per stabilire la sussistenza o meno di una “sufficiente autonomia” dell’ente infrastatale rispetto al governo centrale, formulando all’uopo il *triple-test* della:

- a. *autonomia “istituzionale”* (l’ente regionale che ha emanato la norma deve essere dotato, a livello costituzionale, di un proprio statuto, politico e amministrativo, indipendente da quello del governo centrale);
- b. *autonomia “procedurale-decisionale”* (la normativa deve essere adottata senza che il governo centrale abbia la possibilità di intervenire direttamente sul suo contenuto);
- c. *autonomia “economica”* (l’onere che l’ente subisce dall’adozione della misura non può essere compensato da contributi o sovvenzioni provenienti da altre regioni o dal governo centrale)³⁷.

La “selettività” veniva così circoscritta non tanto al contesto “geografico” quanto, piuttosto, all’“articolazione giuridica” del territorio secondo i suindicati parametri, assumendo di conseguenza un ruolo significativo sulle prerogative delle *autonomie locali*.

Tornando al caso italiano, la “sufficiente autonomia” (incentrata sul potere di istituire tributi propri) era invocata come esimente dalla Regione Sardegna nel giudizio di rinvio avanti alla Corte di giustizia per giustificare la “disparità di trattamento” tra imprese residenti e non residenti (per essere solo queste ultime assoggettate all’imposta di “scalo” per gli aeromobili utilizzati per trasporto privato – c.d. *aviazione generale d'affari* – e per le unità da diporto messe a disposizione di terzi, atterranti o approdanti in aerodromi o porti ubicati nel territorio sardo).

³⁷ Quest’ultimo criterio implica la risoluzione di questioni di non poco conto posto che, di regola, non sussiste relazione logica fra riduzione fiscale e flussi fiscali “compensatori” fra Stato centrale ed enti territoriali, i trasferimenti finanziari tra Stato ed enti locali fondandosi su quote e coefficienti la cui determinazione non sempre è automatica e potrebbe risultare – come nel caso spagnolo – almeno in parte frutto di negoziazioni politiche con conseguente difficoltà di individuare un nesso di causa ed effetto tra una misura fiscale adottata ed importi posti a carico dello Stato.

Era stata infatti tale “disparità” ad indurre la Corte costituzionale a rimettere ai giudici del Lussemburgo la questione pregiudiziale di compatibilità della disposizione fiscale con le norme del Trattato riguardanti la “libera prestazione dei servizi” e – soprattutto – il divieto di aiuti di Stato “selettivi”, considerato il “vantaggio” economico concorrenziale derivante alle imprese residenti a seguito – non – della concessione ad esse di una agevolazione ma – indirettamente – dall’aggravio dei costi che andavano a sopportare le imprese non residenti che si trovavano in situazione “fattuale e giuridica” analoga.

E la Corte di giustizia³⁸ – incentrando il giudizio sulle modalità e la destinazione del vantaggio regionale suscettibile di falsare la concorrenza con effetti discriminatori in un contesto di “omogeneità” di situazioni imprenditoriali – constatava che una normativa tributaria quale quella in oggetto (nelle more peraltro abrogata)³⁹ rappresentava un aiuto di Stato vietato.

8. Supremazia del diritto comunitario ed “erosione” del principio di giudicato

La materia degli aiuti di Stato ha costituito un tramite importante nel processo di rafforzamento della “supremazia” del diritto comunitario con effetti estesi all’ordinamento processuale interno ed – in particolare – al principio di *intangibilità* della cosa giudicata (art. 2909 c.c.).

Emblematico il caso *Lucchini*, impresa siderurgica presentatrice di domanda di agevolazioni finanziarie per l’ammodernamento di taluni impianti che le autorità competenti istruivano come progetto di aiuto notificato alla Commissione la quale – con decisione poi divenuta definitiva⁴⁰ – lo dichiarava incompatibile con il mercato comune non ravvisando i presupposti per accordare deroghe.

Prima di tale decisione la società aveva provveduto a citare in giudizio le autorità italiane perché fosse accertato il diritto all’erogazio-

³⁸ CGUE, sent. 17 novembre 2009 C-169/08.

³⁹ L. reg. 14 maggio 2009 n. 1.

⁴⁰ Dec. 20 giugno 1990 90/555/CECA.

ne dell'aiuto che veniva riconosciuto con sentenza confermata in doppio grado e passata in giudicato sulla base della quale venivano versate – in forza di decreto ingiuntivo di pagamento – le somme reclamate.

Il governo italiano – su sollecitazione della Commissione per il recupero dell'aiuto illegittimo – revocava il precedente deliberato ed ordinava la restituzione della somma erogata ma il giudice amministrativo – avanti al quale veniva impugnato dalla Lucchini il provvedimento ablatorio – lo annullava assumendo che la PA nel rimuovere i propri atti invalidi incontrava, comunque, il “limite del giudicato”.

Il Consiglio di Stato – adito dal Ministero dell'industria italiano contro la sentenza del TAR Lazio – sottoponeva, quindi, alla Corte di giustizia quesito pregiudiziale per risolvere il contrasto fra la disposizione comunitaria che escludeva la legittimità dell'aiuto ed il giudicato nazionale che sanciva invece il diritto a riceverlo.

Il contrasto veniva superato dai giudici del Kirchberg⁴¹ con l'affermazione della *primauté* assoluta del diritto comunitario la cui applicazione non doveva incontrare ostacoli “di alcun tipo” nel diritto nazionale per cui, ove fosse stato impedito il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con una decisione della Commissione, era fatto obbligo al giudice nazionale di disapplicare la disciplina di diritto interno per garantire la piena efficacia della disposizione comunitaria⁴².

⁴¹ CGUE, sent. 18 luglio 2007 C-119/05.

⁴² L'erosione della portata oggettiva del giudicato, sorta in pratica quando è stato messo in discussione l'esercizio di una facoltà comunitaria propria della Commissione, è venuta a investire anche il campo dell'*abuso del diritto* di elaborazione comunitaria allorché, in risposta al quesito proposto ex art. 267 TFUE dalla Corte di Cassazione nel caso *Fallimento Olimpiclub* circa l'estendibilità del principio “Lucchini” a settori diversi da quello degli aiuti di Stato (ord. 10 ottobre 2007 n. 26996), la Corte di giustizia confermava che l'autorità del giudicato nazionale – pur presidio alla tutela della certezza del diritto e dei rapporti giuridici – doveva in ogni caso cedere al principio di effettività dell'ordinamento comunitario con riferimento alle pratiche fiscali abusive (CGUE, sent. 3 settembre 2009 C-2/08).

9. Modalità di recupero degli aiuti di Stato illegittimi

Le decisioni della Commissione che dichiarano l'*incompatibilità* di un aiuto adottando le conseguenti statuizioni sulla restituzione delle somme hanno efficacia “diretta” nell’ordinamento nazionale e quindi sono “vincolanti” nel senso di imporre allo Stato membro di eliminare l’atto (amministrativo o negoziale) o la norma di legge che prevede l’aiuto vietandone la concreta erogazione e disponendone il recupero, pena l’assoggettamento a procedura di infrazione in caso di inadempimento⁴³.

Secondo consolidata giurisprudenza comunitaria l’unica ragione di difesa opponibile è la “impossibilità assoluta” di dare esecuzione alla decisione della Commissione⁴⁴ ravvisabile nei soli casi di difficoltà “impreviste e imprevedibili” o nei casi in cui vi siano conseguenze non considerate dalla Commissione stessa⁴⁵, essendo del tutto irrilevanti addotte difficoltà “giuridiche, politiche e pratiche”.

L’obbligo di restituzione è disciplinato dal Reg. CE 22 marzo 1999 n. 659 (recante le modalità di applicazione dell’art. 108 TFUE) il quale, all’art. 14, stabilisce che alla decisione della Commissione con la quale viene imposto allo Stato membro interessato di recuperare l’aiuto illegittimo deve essere data esecuzione “immediata ed effettiva” attraverso le procedure di recupero previste dalla legge dello Stato oppure con misure (amministrative o legislative) da adottare *ad hoc* per ristabilire la concorrenza violata.

Tutta l’attività di recupero resta infatti di competenza dello Stato interessato ed è regolata dal diritto interno e dal proprio ordinamento processuale, fatto salvo il potere della Commissione di valutare se le misure poste in essere siano “concretamente idonee” a garantire “effet-

⁴³ Cass. 3 novembre 2010 n. 22318.

⁴⁴ CGUE, sent. 20 settembre 2007, C-177/07, *Commissione/Spagna* e sent. 13 novembre 2008, C-124/07, *Commissione/Francia*.

⁴⁵ CGUE, sent. 1° giugno 2006, C 207/05, *Commissione/Italia* e sent. 6 dicembre 2007, C-280/05, *Commissione/Italia*.

tivamente” l’esecuzione e sanare – anche se *a posteriori* – le distorsioni alla concorrenza generate dagli aiuti illegittimi⁴⁶.

Sotto il profilo della “adeguatezza” delle misure interne, può segnalarsi quanto avvenuto per la c.d. “moratoria fiscale” (esenzione per un triennio dall’imposta sui redditi)⁴⁷ disposta a vantaggio delle società per azioni a prevalente capitale pubblico (*ex municipalizzate*) esercenti servizi pubblici locali⁴⁸ che la Commissione europea accertava costituire aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune⁴⁹.

La Corte di giustizia, adita con ricorso per inadempimento, condannava la Repubblica Italiana per non aver *medio tempore* adottato provvedimenti “tempestivi ed efficaci” di recupero verso i beneficiari⁵⁰, tali non reputando – tra l’altro – le procedure all’uopo indicate nella legge comunitaria 2004⁵¹ (presentazione di “dichiarazione integrativa” con rideterminazione dei redditi di impresa riferiti agli anni fruanti dell’esenzione ed autoliquidazione dell’imposta *ora per allora*, notifica entro sei mesi di avviso di accertamento dei corrispondenti tributi, possibilità di rateazione fino a ventiquattro mesi) di fatti poi rimodulate dalla legge del 2007 di attuazione degli obblighi comunitari⁵² tramite un più stringente *iter* di recupero (emissione di *comunicazione-ingiunzione*, iscrizione a ruolo, esclusione di dilazioni e di sospensioni amministrative).

Sempre per finalità acceleratorie, il legislatore nazionale provvedeva, poi, ad assoggettare il recupero ai principi e alle ordinarie procedure di accertamento e riscossione stabilite per le imposte sui redditi,

⁴⁶ Invero il rimettere alla discrezionalità degli Stati membri la scelta dei mezzi più idonei per procedere al recupero degli aiuti illegittimi costituisce l’anello “debole” della catena a causa dell’implicito conflitto di interessi sotteso al fatto che lo Stato è l’autorità che prima concede la misura e poi deve procedere al recupero della stessa nei confronti dei propri cittadini talché i provvedimenti in tal senso necessari non hanno mai goduto di alta priorità negli ordinamenti nazionali.

⁴⁷ Art. 3 comma 70 l. 28 dicembre 1995 n. 549 ed art. 66 comma 14 l. 29 ottobre 1993 n. 427.

⁴⁸ Società costituite ai sensi dell’art. 22 della l. 8 giugno 1990 n. 142.

⁴⁹ Dec. 5 giugno 2002 2003/193/CE.

⁵⁰ CGUE, sent. 1° giugno 2006 C-207/05.

⁵¹ Art. 27 l. 18 ottobre 2005 n. 62.

⁵² Art. 1 l. 6 aprile 2007 n. 46.

escludendo qualsiasi rilevanza ad eventuali *definizioni da condono* intervenute in base alla l. 289/2002 e disponendo che l'iscrizione a ruolo avvenisse a titolo definitivo dell'intero anche in ipotesi di ricorso giurisdizionale⁵³.

Tanto in assonanza con i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁴ la quale aveva modo di chiarire che, quand'anche la *definizione automatica* per ciascuna delle annualità pregresse (art. 9 comma 9 l. cit.) rendesse definitiva la liquidazione delle imposte risultanti dalla dichiarazione con riferimento alla spettanza di agevolazioni e deduzioni indicate dal contribuente o all'applicabilità di esenzioni, la disposizione clemenziale andava disapplicata per contrasto con il principio di "effettività" proprio del diritto comunitario qualora avesse impedito il recupero dichiarato incompatibile con decisione definitiva della Commissione.

Il nuovo sistema di *concentrazione della riscossione nell'accertamento*⁵⁵, anticipando ed incorporando gli effetti esattivi del ruolo nei provvedimenti impositivi notificati *post* 1° ottobre 2011 (destinati a diventare automaticamente titoli esecutivi dopo il decorso infruttuoso del termine di adempimento senza necessità di notifica della cartella) potrebbe ulteriormente migliorare il sistema di recupero degli aiuti di Stato illegittimi sul piano della speditezza che deve contrassegnare le procedure secondo le ripetute indicazioni degli organi comunitari.

Comunque la l. 24 dicembre 2012 n. 234 (Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione ed attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea) ha da ultimo provveduto in tal senso connotando di sempre maggior efficacia ed immediatezza i mezzi di recupero interno e stabilendo che – dopo la decisione della Commissione – venga formato un "titolo esecutivo" di recupero costituito da *decreto ministeriale* (o dell'ente territoriale competente) affidato per la riscossione ad Equitalia (art. 48).

⁵³ Art. 24 l. 28 gennaio 2009 n. 2.

⁵⁴ Cass. 16 maggio 2012 n. 7663.

⁵⁵ Art. 29 della l. 30.7.2010 n. 122 e successive modifiche.

10. Il giudizio di opposizione: mutamenti e riunificazione di riti

Una volta emanati gli atti per procedere al recupero dell'aiuto illegittimo nei confronti dei beneficiari che ne hanno fruito, può aprirsi dinanzi al giudice nazionale, in caso di opposizione, un contenzioso destinato ad affrontare i motivi di doglianza da costoro dedotti per resistere all'intimata restituzione.

La tipologia del processo dipende dalla natura dell'aiuto ma anche dell'autorità designata al recupero e determina un *riparto di giurisdizione* tra giudice ordinario e giudice tributario.

Se quest'ultimo è sovente il destinatario dei reclami avverso gli atti impositivi di recupero di *agevolazioni* ed *esenzioni* fiscali emessi dall'Amministrazione finanziaria, il giudice ordinario è chiamato a provvedere in altri significativi settori.

Così nel caso di restituzione degli *sgravi contributivi* previsti dalla normativa italiana per i *contratti di formazione e lavoro*⁵⁶ il giudice del lavoro è stato più volte coinvolto dall'opposizione avverso le iscrizioni a ruolo operate dall'ente previdenziale per il recupero di tali agevolazioni ritenute – ove non rispettanti determinate condizioni – aiuti di stato illegittimi⁵⁷.

Ancora, in tema di aiuti concessi alle *imprese di trasporto* italiane sotto forma di *crediti di imposta*⁵⁸ ritenuti parimenti incompatibili con il mercato comune⁵⁹, il credito da recuperare è stato qualificato di natura civilistica ed azionabile dal Ministero dei trasporti davanti all'AGO con domanda di ingiunzione⁶⁰.

Come si vede le procedure di recupero sono sempre state suscettibili di diversificazione processuale nel nostro ordinamento restando sottoposte ora alle regole del contenzioso tributario (d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546) ora a quelle del processo del lavoro (art. 442 e segg. c.p.c.) ovvero a quelle proprie del procedimento monitorio (art. 633 e segg. c.p.c.).

⁵⁶ L. 24 giugno 1997 n. 196.

⁵⁷ Commissione, dec. 11 maggio 1999 2000/128/CE.

⁵⁸ D.m. 28 gennaio 1992.

⁵⁹ Commissione, dec. 9 giugno 1993 n. 93/496/CEE e 2 ottobre 1996 n. 97/270/CE.

⁶⁰ Art. 3 l. 17 maggio 2002 n. 96.

La riforma del codice di procedura civile sulla “riduzione e semplificazione dei riti” ha comunque ricondotto qualsiasi giudizio promosso avanti all’AGO in materia di aiuti di Stato al *rito del lavoro*⁶¹ in virtù dei caratteri di “concentrazione processuale” e di “officiosità dell’istruzione” che lo caratterizzano e che meglio si attagliano all’esigenza di immediatezza propria di questo tipo di contenzioso.

Poiché, peraltro, la molteplicità dei riti e le modalità decisionali chiaramente influiscono sui tempi di definizione della lite e sulla uniformità della giurisprudenza è stata da ultimo prescelta dal legislatore (l. 234/2012) la strada dell’attribuzione di tutta la materia (sia per le controversie riguardanti gli atti concessori di aiuti in violazione dell’art. 108.3 TFUE sia per quelle afferenti i provvedimenti di recupero interni in esecuzione di decisioni della Commissione) alla *giurisdizione esclusiva* del giudice amministrativo (art. 49): per tali liti resterà perciò operativo il rito abbreviato ex art. 109 codice processo amministrativo (d.lgs. 104/2010).

11. *Questioni ed eccezioni processuali*

È il legislatore o l’autorità amministrativa nazionale che deve dare attuazione alle misure di recupero disposte dalla Commissione e/o confermate dal giudice comunitario in sede di impugnazione.

Il giudice non può mai porre in discussione la validità del giudizio espresso dalla Commissione sulla incompatibilità della misura sul piano della concorrenza anche se siffatta decisione non pregiudica in assoluto la possibilità di considerare ragioni attinenti al “caso individuale”, quali quelle basate sulla regola c.d. *de minimis* (che esenta dal recupero gli aiuti che non eccedono l’importo di 200.000 euro nell’arco di un triennio in quanto presunti di entità tale da non incidere in misura significativa sulla concorrenza)⁶² ovvero l’emanazione di un Regolamento di esenzione.

⁶¹ Art. 9 d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150.

⁶² Reg. CE 1998/06 del 15 dicembre 2006. Sotto tale soglia, che delimita l’ambito quantitativo di legittimità comunitaria degli aiuti, essi non rispondono ai criteri di cui

La giurisprudenza di legittimità ha talora ritenuto che quando la decisione comunitaria si limiti ad una disamina “generale ed astratta” della legislazione agevolativa, prescindendo dall’esame di casi specifici, spetta al giudice del merito integrarne il giudizio per verificarne la sottoposizione alla procedura di recupero interno⁶³.

La pronuncia è stata peraltro ridimensionata da altri più recenti interventi della Suprema Corte⁶⁴ che hanno ribadito il principio secondo il quale il giudice nazionale non ha alcun potere “valutativo” nel merito (salva la verifica “fattuale” di ricorrenza delle menzionate condizioni esonerative) stante l’*obbligatorietà e/o automaticità* del recupero che non gli consente alcun *apprezzamento discrezionale* della fattispecie, rientrando l’esame di compatibilità della misura (e le vicende che ne contraddistinguono la procedura) nella competenza “esclusiva” della Commissione (al punto che nemmeno il *giudicato di diritto interno* – come si è visto nei casi *Lucchini* e *Olimpiclub* – può impedirne il recupero)⁶⁵.

In altre parole, ove il giudice nazionale – anziché limitare il proprio esame alla sola appartenenza dell’aiuto individualmente concesso alla categoria *de minimis* – lo estendesse fino ad escludere l’applicabilità alla fattispecie della disciplina della concorrenza (e di conseguenza del regime degli aiuti) facendo rientrare l’impresa nella “clausola di salvaguardia” (art. 106.2 TFUE) per svolgere i servizi in regime di

all’art. 107 del TFUE e non sono soggetti alla procedura di notifica dell’art. 108. Con il superamento della soglia riacquista, invece, pieno vigore la disciplina di divieto che involge l’intera somma, la quale deve essere recuperata per l’intero e non solo per la parte che ecceda il livello di “tolleranza” (Cass. 20 maggio 2011 n. 11228).

⁶³ Cass. 3 febbraio 2010 n. 2428 con riferimento alla dec. 2003/193/CE cit. sulle esenzioni fiscali delle società per azioni a prevalente capitale pubblico *ex lege* 142/90.

⁶⁴ *Ex multis* Cass. 27 aprile 2012 n. 6546.

⁶⁵ Solo in talune ipotesi di recupero di agevolazioni fiscali concesse a favore di imprese che hanno realizzato investimenti nei comuni colpiti da eventi calamitosi (quali quelli del 2002), l’Amministrazione è stata autorizzata dalla Commissione (dec. 2005/315/CE del 20 ottobre 2004) a procedere ad una verifica di compatibilità mediante controllo su ogni impresa beneficiaria, tenuta – ai sensi della l. 25 gennaio 2006 n. 29 – ad attestare gli elementi contabili occorrenti per l’accertamento di esistenza di un nesso chiaro e diretto tra calamità naturale ed aiuto di Stato necessario a risarcire il danno evitando fenomeni di “sovracompensazione” (Cass. 16 maggio 2012 n. 7662).

monopolio, verrebbe illegittimamente ad invadere il campo di competenza della Commissione⁶⁶.

Allo stesso modo sarebbe viziata da errore di diritto la sentenza del giudice interno che ritenesse irrilevante la decisione della Commissione disponente la sospensione della misura di aiuto fino all'esito della procedura di verifica⁶⁷.

Sul piano della distribuzione dell'“onere della prova” è stato poi osservato (con riferimento alle imprese a capitale pubblico usufruenti della c.d. “moratoria fiscale” dichiarata – come si è visto – incompatibile con il diritto comunitario) – che spetta al destinatario del recupero formulare nei termini di legge le pertinenti eccezioni (cioè l'applicabilità della *regola de minimis* ovvero l'inesistenza dei *presupposti soggettivi e/o oggettivi* di recupero) dandone compiuta dimostrazione, mentre rimane a carico dell'Amministrazione provare che la società rientra nel novero di quelle “costituite” a quello scopo e che ha “effettivamente” fruito dell'aiuto illegittimo⁶⁸.

Quanto all'incidenza del tempo sui rapporti dedotti in giudizio, la Suprema Corte ha avuto modo di precisare che è fuori luogo richiamare le regole nazionali sulla *decadenza* o *prescrizione*, dovendosi invece fare riferimento ai principi comunitari quali quelli discendenti sia dall'art. 15 del Reg. 99/659/CE *cit.* che ha fissato il termine per l'esercizio da parte della Commissione dei poteri di recupero in dieci anni dalla concessione del beneficio⁶⁹ sia dall'art. 288 del TFUE che impone l'obbligatorietà in tutti i suoi elementi della decisione della Commissione per i destinatari da essa designati, senza alcun potere discrezionale di revoca⁷⁰: principi questi ribaditi nell'art. 51 della l. 234/2012.

Invero il diritto interno – anche riguardo gli spazi temporali – resta “recessivo” rispetto a quello comunitario posto che l'interesse primario da tutelare è quello di evitare la distorsione della concorrenza

⁶⁶ Cass. 29 dicembre 2010 n. 26285.

⁶⁷ Cass. 22318/2010 *cit.*

⁶⁸ Cass. 6546/2012, *cit.*, e Cass. 12 settembre 2012 n. 15207.

⁶⁹ All'infruttuoso spirare di quel termine l'aiuto dovrà perciò essere considerato come un aiuto “esistente” sottratto al recupero (Cass. 3 agosto 2012 n. 14022).

⁷⁰ *Ex multis* Cass. 16 maggio 2012 n. 7659.

e quindi occorre rimuovere i fattori che la producono nei termini scanditi dalla disciplina comunitaria.

Diversamente si offrirebbe agli Stati membri, sempre riluttanti a procedere al recupero degli aiuti, un facile *escamotage* per sottrarsi con carattere di generalità al relativo obbligo.

Né varrebbe appellarsi alla teoria dei c.d. “controlimiti” elaborata dalle Corti costituzionali nazionali a difesa della sovranità statale minacciata dal primato comunitario nei valori considerati “irrinunciabili” nell’ordinamento interno.

È stato affermato, al di là della difficoltà di ascrivere questi istituti connessi al decorso del tempo (inclusa la disciplina “clemenziale”) nell’ambito di quei valori irrinunciabili, che tale teoria è da ritenersi ormai “affievolita” a seguito della piena integrazione europea maturata alla luce di una evoluzione giurisprudenziale che ha fornito prove sufficienti di tutela dei diritti fondamentali, stemperando ogni conflitto tra ordinamento comunitario e diritto statale come dimostrato dal superamento del più volte richiamato principio di “autorità della cosa giudicata” quando contrasti con il principio di “effettività”⁷¹.

Occorre a questo punto domandarsi – sempre nell’alveo delle eccezioni opponibili dal soggetto passivo – se possa essere addotto – ad esimente dell’obbligo di restituzione degli aiuti – l’“incolpevole affidamento” del beneficiario che abbia creduto nella legittimità delle agevolazioni ottenute in base alla normativa interna.

Certamente la ragione non può fondarsi sulla mera fiducia riposta nella legge dello Stato e nel comportamento dell’Amministrazione deputata ad applicarla.

Sia la Corte di Cassazione sia la Corte costituzionale – seguendo la rigida interpretazione adottata sul punto dalla giurisprudenza comunitaria – hanno precisato che è l’operatore economico – per quanto in perfetta buona fede – a doversi rendere parte diligente verificando la regolarità ed il rispetto delle procedure destinate ad accertare la compatibilità della concreta concessione dell’aiuto con le norme comunitarie che lo prevedono e ne regolano il regime⁷² I.

⁷¹ Cass. 29 dicembre 2010 n. 26286 e 16 maggio 2012 n. 7659.

⁷² Cass. 25 marzo 2003 n. 4353 e Corte cost., ord. n. 36 del 6 febbraio 2009.

Si tratta di una presa di posizione, questa, molto distante da quella “garantista” assunta dal legislatore statale sul tema dell’*affidamento* e della *leale collaborazione* esplicitato – in materia tributaria – nello Statuto dei diritti del contribuente che disciplina i rapporti tra questi e l’Amministrazione finanziaria⁷³: regola ritenuta dalla Cassazione immanente in tutti i rapporti anche di diritto pubblico siccome espressiva di principi di rango costituzionale⁷⁴.

In realtà la causa dell’affidamento va rinvenuta esclusivamente nell’ordinamento comunitario (l’unico che deve essere applicato e rispettato) ed – in specie – su un comportamento “direttamente imputabile” alla Commissione⁷⁵, quale – ad esempio – l’eccessivo ritardo nella procedura di verifica dell’aiuto⁷⁶ (e sempre che sia stato ottemperato al dovere di notificazione)⁷⁷ e/o il *modus operandi* che lasci intendere un orientamento decisorio favorevole all’aiuto ingenerando nel beneficiario il legittimo affidamento di considerarsi definitivamente in salvo da ogni declaratoria di incompatibilità.

12. Il procedimento cautelare

Come si è detto, le misure nazionali di recupero adottate da uno Stato membro devono consentire l’esecuzione “effettiva ed immediata” della decisione “negativa” della Commissione perché il ripristino della concorrenza violata deve avvenire nel più breve tempo possibile.

⁷³ Art. 10 l. 27 luglio 2000 n. 212.

⁷⁴ Cass. 10 dicembre 2002 n. 17576.

⁷⁵ Il Reg. (CE) 659/99 cit. nell’art. 14 dispone espressamente che non è imposto il recupero dell’aiuto qualora ciò sia in contrasto con il *principio generale del diritto comunitario* quale è la tutela del legittimo affidamento rispetto all’attività svolta dalle autorità comunitarie, non potendo essere tenuto alla restituzione un cittadino comunitario che abbia confidato nella compatibilità della misura a causa di una condotta adottata dalla Commissione.

⁷⁶ L’art. 7 del Reg. 659/99 cit. fissa in diciotto mesi dall’avvio della procedura il termine alla Commissione per emettere la decisione.

⁷⁷ CGUE, sent. 21 marzo 1991 C-303/88 *Repubblica Italiana/Commissione* in tema di aiuti di Stato ad imprese del settore tessile-abbigliamento.

La responsabilità ricade sullo Stato ed i suoi organi, ivi compresi quelli giurisdizionali, per cui – quando si apre un contenzioso nazionale con l’inevitabile effetto di ritardare l’esecuzione – debbono essere selezionate le procedure più rapide per evitare tale inconveniente.

In questa direzione si era già mossa la Comunicazione della Commissione del 2007 intitolata “Verso l’esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di stato illegali ed incompatibili”⁷⁸ che forniva indicazioni significative – tra l’altro – in materia cautelare con particolare riferimento alla “sospensione temporanea” dei provvedimenti nazionali di esecuzione.

Tale Comunicazione segnalava – sulla base dei precedenti comunitari⁷⁹ – come l’esercizio del potere inibitorio sia giustificabile solo quando il giudice nutra gravi riserve sulla validità dell’atto comunitario (*fumus*) provvedendo contestualmente ad effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e ricorrano gli estremi dell’urgenza di evitare un danno grave ed irreparabile (*periculum*), fermo l’obbligo di tener pienamente conto dell’interesse comunitario⁸⁰.

La sospensione della misura nazionale va invece negata nei casi in cui la decisione di recupero della Commissione asseritamente viziata da illegittimità non sia stata impugnata in sede comunitaria ovvero – ove impugnata – non sia stata colà richiesta (o rigettata) la parallela misura d’urgenza ai sensi degli artt. 278 e 279 del TFUE⁸¹.

Sulla scorta di tale Comunicazione ed anche per regolare un orientamento non sempre univoco della giurisprudenza di merito nazio-

⁷⁸ Com. CE 2007/C 272/05.

⁷⁹ CGUE, sent. 21 febbraio 1991 C-143/88 - C 92/89 *Zuckerfabrik* e sent. 9 novembre 1995 C -465/93 *Atlanta*.

⁸⁰ La valutazione – soprattutto per quanto concerne l’irreparabilità del pregiudizio – va in questo ambito orientata non solo sull’effettiva tutela del singolo con riferimento alla sua situazione aziendale e patrimoniale (*criterio soggettivo*) ma anche sul rispetto delle esigenze sovranazionali di ripristino della situazione di concorrenza violata (*criterio oggettivo*).

⁸¹ Questi principi sono stati tutti ripresi nella nuova Comunicazione del 2010 (cit.) sull’applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali.

nale⁸² il legislatore italiano interveniva in dettaglio nel 2008 con le disposizioni di attuazione degli obblighi comunitari riguardo sia ai giudizi civili sia ai giudizi innanzi agli organi della giustizia tributaria aventi ad oggetto gli atti e le procedure volte al recupero degli aiuti⁸³.

Con la suddetta normativa veniva prevista la sospensione di efficacia del titolo di pagamento, oltre che nelle ipotesi e sotto le condizioni prefigurate nella ridetta Comunicazione, anche al cospetto di *errore evidente* nell'individuazione del legittimato passivo o nel calcolo della somma da restituire, nel senso dell'emergenza *prima facie* del refuso allo stato degli atti e all'esito di una indagine meramente sommaria per presenza di *discrasie soggettive palesi ovvero incongruenze di conteggi* portanti a risultanze superiori rispetto al liquidato sulle singole voci di recupero (con sospensione, in tale ultimo caso, limitata al *quantum* derivante dall'errore).

L'esigenza di garantire una rapida definizione del contenzioso in materia induceva, inoltre, il legislatore a stabilire una sorta di "corsia preferenziale" caratterizzata – tra le altre varianti "acceleratorie" – dalla fissazione del termine di sessanta giorni dall'ordinanza di sospensione per definire nel merito la controversia tributaria, elevato a novanta giorni per i giudizi civili (salvo nel caso di rinvio della questione di validità alla Corte di giustizia da accompagnare con richiesta di trattazio-

⁸² Così si era verificato per gli aiuti concessi con l. 24 novembre 2003 n. 326 sotto forma di incentivi fiscali alle nuove società ammesse alla *quotazione in borsa* (riduzione delle aliquote dell'imposta sui redditi con aumento consequenziale dell'utile dell'impresa per un triennio) dichiarati incompatibili con decisione della Commissione 2006/261 del 16 marzo 2005. Lo Stato italiano si attivava per il recupero degli aiuti, all'uopo istituendo appositi codici per consentire il versamento spontaneo. Questa iniziativa veniva però reputata insufficiente dalla Corte di giustizia, che – con sentenza 22 dicembre 2010 C-304/09 – dichiarava l'inadempimento dell'Italia per non aver adottato provvedimenti idonei, censurando come contributivo al denunciato ritardo anche l'operato della Commissione tributaria provinciale di Modena che aveva sospeso l'atto di ingiunzione ritenendolo privo di "fondamento giuridico" (mentre la Commissione tributaria regionale di Bologna sospendeva l'intero giudizio in pendenza di ricorso per annullamento) e così obliterando i presupposti indicati dalla giurisprudenza comunitaria per intervenire cautelatamente sulle decisioni della Commissione.

⁸³ L. 6 giugno 2008 n. 101 (artt. 1 e 2).

ne di urgenza)⁸⁴: date oltre le quali il provvedimento sospensivo era destinato a perdere “efficacia” (in mancanza di istanza di riesame e di ottenimento di conferma improrogabile per ulteriori sessanta giorni).

Quest’ultima disposizione, prevedente la decadenza dell’effetto sospensivo del provvedimento giudiziale per il mero decorso del termine massimo di centocinquanta giorni (per i giudizi civili) e a prescindere dalla verifica di persistenza (o financo aggravamento) delle condizioni che determinavano l’arresto di esecutività, era peraltro dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale⁸⁵.

La Consulta, infatti, ne rilevava il contrasto sia con il diritto di difesa e l’effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) destinato a rimanere ingiustificatamente compresso da termini troppo ristretti per il compimento dei necessari atti istruttori da parte di chi aveva promosso il giudizio; sia con il rispetto della posizione paritaria delle parti per la posizione di indebito vantaggio attribuita all’ente pubblico ed il principio della durata ragionevole del processo implicante l’osservanza di limiti temporali “certi” ma entro un arco sufficiente a garantire lo spiegamento “congruo” del contraddittorio e dell’esercizio dei diritti di difesa.

Per effetto della l. 234/2012 anche il cautelare dovrebbe ora essere appannaggio del giudice amministrativo che applicherà le proprie regole (quelle sulla sospensione “qualificata” previste dalla l. 101/2008 riguardano solo il processo civile e quello tributario).

13. L’azione dei danneggiati dall’aiuto illegale: il diritto al rimborso

Come si è visto, il rimedio naturale contro la violazione dell’art. 108.3 del TFUE (che impone notifica e rispetto della clausola di

⁸⁴ Ai sensi del nuovo Regolamento di procedura della Corte di giustizia (Reg. CE 15 settembre 2012) sono stabilite – per fornire una soluzione rapida nei casi in cui ricorra urgenza di decidere la causa avanti al giudice nazionale – limitazioni e semplificazioni alle fasi del procedimento comunitario. Il procedimento pregiudiziale di urgenza (art. 107) ed il procedimento accelerato (art. 105) sono oggetto anche della Raccomandazione ai giudici nazionali del 6 novembre 2012 (2012/C-338/01).

⁸⁵ Corte cost., sent. 7 luglio 2010 n. 281.

sospensione fino all'approvazione dell'aiuto) è il recupero immediato da parte dello Stato membro della misura illecitamente attuata nei confronti dei beneficiari.

Ed i giudici nazionali – in linea di principio – sono obbligati ad accogliere tali domande di rimborso eliminando gli ostacoli che vi si frappongano tramite le opposizioni proposte da chi è tenuto a restituirli.

La prematura concessione dell'aiuto è, peraltro, suscettibile di determinare distorsioni alla concorrenza e dunque di pregiudicare nelle more sia la posizione dei concorrenti del beneficiario (per il rafforzamento che si determina per una impresa sull'altra grazie alle illegittime sovvenzioni ricevute) sia quella dei terzi che risentano comunque lesione dei loro interessi (come avviene in tema di esenzioni fiscali non fruite da determinati soggetti o – per converso – laddove siano imposti oneri fiscali straordinari a carico di determinate categorie e non di altre).

Entrambi questi soggetti (concorrenti e terzi) hanno legittimazione ad agire davanti al giudice nazionale come precisa la stessa Comunicazione del 2009 cit. (punti 72 e segg.) per cui lo Stato potrebbe trovarsi – oltre che *parte attiva* nel recupero in attuazione della decisione della Commissione – anche *parte passiva* nell'eventuale azione di rimborso dell'indebito fiscale (quale onere integrante o strettamente correlato alla misura di aiuto erogato in violazione del diritto comunitario).

Questo ultimo profilo – invero – non risulta particolarmente approfondito dalla Comunicazione cit., anche perché trattasi di rimedio “eccezionale” che necessita della prova che il pagamento formi parte integrante dell'aiuto; cioè che il gettito della tassa sia destinato al finanziamento dell'aiuto e dunque influenzi direttamente l'entità della esenzione fiscale o della sovvenzione concessa ad altri soggetti in violazione dell'art. 108 del TFUE.

Il rimborso dell'onere si atteggia così come mezzo di recupero a favore del terzo inciso per riparare le conseguenze dell'illegalità dell'aiuto illegittimamente versato ove sussista un *vincolo di destinazione* tra tributo ed aiuto⁸⁶.

⁸⁶ CGUE 23 novembre 2003 *Enirisorse* dove l'impresa pubblica portuale veniva finanziata con parte rilevante del gettito del tributo imposto agli altri operatori.

Non è invece consentito – al di fuori di tale evenienza – estendere il beneficio concesso a taluni anche a coloro che siano obbligati *ab origine* a versare il tributo abilitandoli ad eccepire dinanzi ai giudici nazionali l'illegittimità dell'esenzione per sottrarsi al pagamento dell'imposta o per ottenerne rimborso: rimedio inappropriato, questo, perché contribuirebbe ad aumentare gli effetti nocivi dell'aiuto anziché ad eliminarli⁸⁷.

Vi sono stati poi casi di *tributi c.d. asimmetrici* imposti ad una categoria e non ad altra (sfruttante così il conseguente vantaggio finanziario) che hanno visto riconosciuto in sede comunitaria il diritto al rimborso per illegittima riscossione risultando l'onere fiscale e l'agevolazione/esenzione elementi indissociabili di una stessa misura fiscale⁸⁸.

Tanto potrebbe attagliarsi anche alla ricordata vicenda delle c.d. *tasse sul lusso* in Sardegna (con illegittima discriminazione tra imprese residenti e non) che, dopo l'intervento della Corte di giustizia (su rinvio della Corte costituzionale), avrebbe potuto legittimare un'azione giurisdizionale di rimborso dei tributi versati da parte delle imprese non residenti.

14. (segue) *il risarcimento del danno*

Nel quadro del ruolo che svolgono in questa materia i giudici nazionali non è escluso che essi vengano chiamati a pronunciarsi anche sulle domande di risarcimento dei danni causati dall'aiuto di Stato illegale proponibili sia nei confronti dell'autorità statale che esso aiuto abbia erogato sia nei confronti del beneficiario del medesimo.

Esempio di questa duplicità di azioni si rinviene nel caso TDM citato.

È principio consolidato che gli Stati membri sono tenuti – *in primis* – a compensare i danni prodotti agli individui da violazioni del

⁸⁷ CGUE 4 ottobre 2006 C-368/04 *Transalpine Ölleitung in Österreich*.

⁸⁸ CGUE 7 settembre 2006 C-526/04 *Laboratoires Boiron* riguardante il contributo istituito dalla legge francese sulle vendite dirette dei medicinali effettuate dai laboratori farmaceutici ma non su quelle praticate dai grossisti distributori.

diritto comunitario (sia quali perdite patrimoniali sia quali impedimenti al miglioramento della situazione economica), purché la disposizione infranta sia preordinata a conferire posizioni di diritto in capo ai singoli, la violazione sia grave e manifesta (cioè sufficientemente “caratterizzata”), sussista un nesso di causalità “diretta” tra la violazione ed il danno⁸⁹.

È di chiara evidenza che la norma dell’art. 108.3 del TFUE è provvista di efficacia diretta e dunque normalmente preordinata a conferire diritti ai singoli, le autorità statali non godono di alcun potere discrezionale in materia e quindi la violazione del diritto dell’Unione è da considerarsi grave, mentre più ardua è la dimostrazione del nesso causale tra violazione degli obblighi incombenti allo Stato e danno risentito dai soggetti lesi.

Si discute se, ove lo Stato fosse – da un lato – tenuto ad esigere la ripetizione dell’aiuto illegittimo e – dall’altro – venisse chiamato per la stessa fattispecie a risarcire in pari misura il danno, potrebbe prospettarsi una concessione indiretta di aiuto di Stato e dunque venir vanificato il risultato della decisione della Commissione.

Va peraltro ritenuto che i due termini non sono del tutto equivalenti, specie nei presupposti e sul piano quantitativo, per cui il risarcimento che le autorità nazionali fossero condannate a pagare ai singoli per il danno loro arrecato non potrebbe mai costituire aiuto di Stato⁹⁰.

Sulla responsabilità dell’impresa beneficiaria dell’aiuto verso il concorrente il diritto dell’Unione non offre invece spunti utili; anzi manifesta un orientamento contrario non essendo previsto sul piano comunitario che quegli sia tenuto a risarcire il danno per aver accettato l’aiuto.

Non può essere comunque negata l’esistenza di un obbligo di diligenza nella verifica del rispetto delle procedure di controllo (come già visto in tema di buona fede oppositiva ai recuperi) anche se la soluzione della questione è destinata a transitare dal diritto nazionale che ben può prevedere la responsabilità civile dell’operatore per fatto illecito.

⁸⁹ CGUE, sent. 19 novembre 1991 C-6/90 e C-9/90 *Francovich* e sent. 5 marzo 1996 C-46/93 e C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*.

⁹⁰ CGCE 27 novembre 1988 C 106-120/87 *Asteris EA*.

to quando accetti un sostegno illegittimo (in violazione dell'art. 108.3 TUFL)⁹¹.

Entrando in tal caso in gioco le disposizioni interne in materia di *responsabilità extracontrattuale* le forme di tutela potranno trovare inquadramento nella disciplina della concorrenza sleale per il caso di impiego di mezzi non conformi ai principi della *correttezza professionale* ed idonei a danneggiare l'altrui azienda (art. 2598 n. 3 c.c.)⁹², in tale categoria rientrando anche quegli atti di concorrenza che si traducono in violazioni di norme di diritto pubblico⁹³.

Il giudice potrà, naturalmente, ricorrere a tutte le misure provvisorie a sua disposizione secondo le regole processuali nazionali per far almeno cessare temporaneamente gli effetti concorrenziali dell'aiuto quand'anche in corso di concessione, essendo suo obbligo tutelare i diritti individuali a norma dell'art. 108 par. 3 del TFUE (c.d. "clausola di sospensione") e dunque facultato a disporre misure volte ad arrestarne l'erogazione e/o equilibrarne gli effetti.

La nuova Comunicazione del 2009 (cit.) si occupa solo incidentalmente delle domande di risarcimento del danno e – sul presupposto che la parte lesa pretenda il *lucro cessante* derivante dall'aiuto illegale devoluto a terzi – segnala al giudice nazionale taluni criteri per determinarne il *quantum*: il calcolo dei guadagni ritraibili dalle altrui opportunità commerciali (aggiudicazione di opportunità commerciali) ovvero – in caso di perdita globale di *quota di mercato* – il differenziale del reddito effettivo rispetto a quello ottenibile se l'aiuto non fosse stato concesso.

Resta ferma ogni più ampia liquidazione per i casi estremi di abbandono dell'attività di impresa (ad esempio per insolvenza) ed il

⁹¹ CGCE 11 luglio 1996 C-34/94 *SFEI*.

⁹² Peculiare il caso trattato da Cass. 21 aprile 1983 n. 2743 sulla illiceità del c.d. *dumping* interno attuato con sistematico svolgimento antieconomico dell'attività di impresa e l'abbattimento dei prezzi sotto costo venendo così ad essere infrante le regole su cui gli operatori economici confidano nell'affrontare il mercato nella misura consentita dalla produttività del sistema e dalle generali condizioni obbiettive della produzione.

⁹³ Cass. SS.UU. 23 febbraio 1976 n. 582.

ricorso a “stime ragionevoli” ove sia consentito dalle norme procedurali interne (come in Italia il criterio equitativo ex art. 2056 c.c.).

Si tratta di criteri alquanto generici che il giudice potrebbe, all’occorrenza, integrare con le più raffinate metodologie e tecniche disponibili per la quantificazione del danno antitrust nel *private enforcement* a seguito delle infrazioni agli artt. 101 e 102 del TFUE⁹⁴.

Occorre infine segnalare che l’art. 50 della l. 234/2012 stabilisce che i provvedimenti concessori di aiuti in violazione dell’art. 108.3 TFUE possono oggi essere impugnati solo avanti al TAR competente per territorio.

Legittimati a ricorrere saranno terzi e concorrenti lesi dal provvedimento abilitati a chiederne l’eliminazione e/o sospensione avanti al giudice amministrativo ivi proponendo anche l’eventuale azione di danni contro la PA stante l’ormai acquisita separazione tra tutela *caducatoria* (annullamento) e tutela *risarcitoria/ripristinatoria* che consente l’esercizio dell’azione in via autonoma sempre avanti al GA in ipotesi di giurisdizione esclusiva (art. 30 c.p.a.).

Dell’eventuale (e concorrente) azione risarcitoria contro il beneficiario dell’aiuto conoscerà invece l’AGO.

⁹⁴ Nel *Draft di orientamento* sulla quantificazione del danno predisposto dalla DG concorrenza nel giugno 2011 (dopo l’emanazione nell’aprile 2008 del Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie) sono richiamati una serie di meccanismi valutativi essenzialmente riconducibili al metodo c.d. “contro-fattuale” del *but for* e in quelli che vanno sotto il nome di *Before and after theory* e *Yardstick theory*. Il primo presuppone il confronto tra la situazione patrimoniale del danneggiato come si presenta a seguito dell’illecito e quella – puramente ipotetica – che si sarebbe determinata in sua assenza. Lo scenario descritto è lo “stato del mondo” che si sarebbe realizzato qualora non si fosse verificato il comportamento vietato. Il secondo – di comparazione *storica* – postula la messa a confronto dei profitti realizzati prima (*before*) e dopo (*after*) l’illecito a condizione che i due periodi di riferimento (*base period* e *damage period*) siano attendibilmente e sufficientemente raffrontabili in assenza di fattori estranei alla azione anticoncorrenziale altrui che abbiano in ipotesi concorso alla compressione delle *performances* economiche della vittima. Il terzo – di comparazione *ideale* – impone il confronto tra i profitti realizzati dall’impresa danneggiata dopo l’illecito con quelli di altra impresa con analoghe caratteristiche ma rimasta immune da pratiche anticoncorrenziali.

PUBLIC E PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT: AUSPICABILI MA DIFFICILI SINERGIE

Enrico Adriano Raffaelli e Marta Brichetto

SOMMARIO: 1. *Introduzione*; 2. *I rapporti tra programmi di clemenza e private enforcement*; 3. *Le decisioni con impegni e il private enforcement*; 4. *Il valore delle decisioni delle Autorità che tutelano la concorrenza e il sistema di applicazione “decentrata” del diritto antitrust UE*; 5. *Rilievi conclusivi*.

1. Introduzione

Diversi sono gli ambiti nei quali ancora oggi si manifesta la difficile interazione tra *public* e *private enforcement* e che dimostrano come in Europa non si sia ancora realizzato un sistema di applicazione del diritto della concorrenza basato su un ruolo davvero complementare delle due sopramenzionate forme di *enforcement* (come da tempo auspicato dalla Commissione)¹.

¹ La natura “complementare” di *public* e *private enforcement* è affermata dal considerando (7) del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (in G.U. L1 del 4.1.2003, 1), ove si legge che “le giurisdizioni nazionali svolgono [...] un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri”. La necessità di promuovere l’esercizio delle azioni di risarcimento dei danni derivanti da illeciti *antitrust*, al fine di attuare un efficace sistema di applicazione del diritto della concorrenza all’interno dell’Unione europea, ha rappresentato il filo conduttore di una serie di iniziative della Commissione europea (dal Libro Verde sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, 19 dicembre 2005 (COM(2005) 672), al Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, 2 aprile 2008 (COM (2008) 165)), che è poi sfociata nella recente proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolano 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

A questo riguardo, assumono particolare rilievo le problematiche relative all'accesso alle prove e, segnatamente, alle informazioni in possesso delle autorità nazionali garanti della concorrenza (di seguito "ANC") e della Commissione, da parte dei soggetti lesi da illeciti *anti-trust* che intendano agire o abbiano agito in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni subiti. Problematiche in relazione alle quali le tensioni tra *public* e *private enforcement* si palesano, in tutta la loro evidenza, nel caso in cui le richieste di accesso abbiano ad oggetto le dichiarazioni ufficiali e/o i documenti ad esse allegati, presentati nell'ambito di programmi di clemenza da imprese partecipanti ad un cartello.

Come si avrà modo di osservare nel prosieguo del presente contributo, le soluzioni che la giurisprudenza europea ha sino ad ora offerto sul punto sono tutt'altro che di univoca interpretazione e risultano per di più di difficile "inserimento" nella realtà dell'ordinamento giuridico del nostro Paese. Anche per tali motivi è senz'altro auspicabile che il legislatore europeo dia seguito alla Proposta di Direttiva *private enforcement*, presentata dalla Commissione l'11 giugno 2013², al fine di regolamentare in modo uniforme in tutti gli Stati membri l'accesso agli atti dei fascicoli istruttori di ANC e Commissione, anche nei casi in cui essi contengano *leniency materials*³.

Sotto distinto ma non meno delicato profilo, gli effetti negativi della perdurante assenza di un'equilibrata interazione tra applicazione pubblica e privata del diritto della concorrenza europeo si manifestano anche con riguardo al valore probatorio da attribuire, nell'ambito di eventuali successive azioni risarcitorie (c.d. *follow-on*), alle decisioni con cui le ANC o la Commissione abbiano concluso un procedimento

(COM(2013) 404), presentata dalla Commissione in data 11 giugno 2013 (di seguito "Proposta di Direttiva *private enforcement*") (il cui testo è reperibile al seguente indirizzo internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:IT:PDF>). La Proposta di Direttiva *private enforcement* è ora al vaglio del Parlamento europeo, che dovrà esaminarla in tempi brevi se vorrà adottare il testo normativo prima delle elezioni della prossima primavera.

² Cfr. per i relativi riferimenti la nota 1 che precede.

³ Per tali intendendosi, in questa sede, sia le dichiarazioni ufficiali rilasciate dalle imprese nell'ambito di un *leniency program*, che i documenti (anche preesistenti) volontariamente forniti da dette imprese a supporto della propria richiesta di trattamento favorevole.

istruttorio relativo a possibili violazioni degli articoli 101 e/o 102 TFUE.

Si tratta di un tema che, in ambito nazionale, in assenza di una disciplina normativa sul punto, ha condotto a non condivisibili interpretazioni giurisprudenziali ad esempio con riguardo al rilievo probatorio da attribuire alle decisioni con cui l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito “AGCM”) abbia accettato e reso vincolanti gli impegni proposti dalle imprese parti di un procedimento, ai sensi dell’art. 14 *ter* della l. 287/90.

Diversa è invece la situazione a livello europeo, dal momento che, come noto, il Regolamento 1/2003 (art. 16) attribuisce espressamente valore vincolante, nei confronti di tutte le ANC e dei giudici di tutti gli Stati membri, alle decisioni di accertamento di un’infrazione *antitrust* (adottate o anche solo contemplate) della Commissione che riguardino gli stessi fatti oggetto di procedimenti amministrativi o giurisdizionali nazionali. In tal modo, il legislatore di Bruxelles ha assoggettato il sistema di applicazione “decentrata” del diritto *antitrust* dell’Unione ad una “ingombrante” supremazia dell’esecutivo europeo rispetto a tutti gli organi nazionali (amministrativi e giurisdizionali) deputati all’*enforcement* degli articoli 101 e 102 TFUE, dando luogo a non pochi problemi di compatibilità con alcuni principi fondamentali comuni a tutti gli Stati membri.

Tale situazione, che la sopra menzionata Proposta di Direttiva *private enforcement* della Commissione vorrebbe creare anche con riguardo alle decisioni (definitive) di tutte le ANC europee⁴, non può che stimolare la ricerca di nuove soluzioni in grado di rispondere adeguatamente alla necessità di realizzare un efficace sistema di *enforcement* delle norme a tutela della concorrenza e, al contempo, di tutelare le vittime di violazioni *antitrust*, senza però sacrificare in modo ingiustificato il diritto di queste ultime ad ottenere il pieno risarcimento dei danni subiti in tempi brevi.

⁴ Detta Proposta, infatti, come verrà meglio precisato *infra sub* par. 4, attribuisce alle decisioni definitive di accertamento di un’infrazione *antitrust* delle ANC valore vincolante nell’ambito dei giudizi risarcitori avviati dinanzi ai giudici nazionali ed aventi ad oggetto le medesime condotte previamente esaminate in sede amministrativa (art. 9).

2. I rapporti tra programmi di clemenza e private enforcement

Uno degli aspetti principali in relazione al quale si è manifestata la difficile interazione tra *public* e *private enforcement* è l'accesso alle prove da parte dei soggetti che si rivolgano ai giudici nazionali per ottenere la riparazione del pregiudizio ad essi arrecato da una violazione degli articoli 101 e/o 102 TFUE.

Dal momento che, ad oggi, la quasi totalità delle azioni risarcitorie promosse in relazione ad illeciti *antitrust* è rappresentata, sia in Europa che nel nostro Paese⁵, da azioni *follow-on* (cioè azioni avviate successivamente ad un accertamento dell'infrazione da parte di una ANC o della Commissione), le problematiche relative all'accesso alle prove riguardano primariamente l'accesso agli atti e ai documenti contenuti nei fascicoli istruttori di una ANC o della Commissione e, tra questi, ai *corporate statements* e/o ai documenti (anche preesistenti) volontariamente trasmessi da imprese che abbiano fatto richiesta di trattamento favorevole.

Si tratta di un argomento ormai da tempo all'ordine del giorno e in riferimento al quale si è manifestata la tensione tra l'interesse pubblico, difeso da Commissione e ANC, di salvaguardare l'attrattività e l'efficacia dei programmi di clemenza, da una parte, e la necessità di assicurare alle vittime di un illecito *antitrust* un'adeguata ed effettiva tutela del loro diritto ad ottenere l'integrale risarcimento dei danni subiti, dall'altra⁶.

⁵ In particolare, nella Proposta di Direttiva *private enforcement* della Commissione si legge che “[...] le azioni per il risarcimento del danno causato dalla violazione delle norme antitrust vengono per lo più intentate dopo che un'autorità garante della concorrenza ha constatato un'infrazione delle norme UE della concorrenza” (pt. 10). In termini analoghi si sono espresse sia l'AGCM, nella propria segnalazione AS988 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013*, 2 ottobre 2012, in *Boll.* 38/2012 (sez. *Le Competenze dell'Autorità* - pt. 2), sia i Presidenti delle ANC europee nella risoluzione adottata ad esito del *meeting* del 23 maggio 2012 (*Resolution Protection of leniency material in the context of civil damages actions*, p. 2, reperibile al seguente indirizzo internet: http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf).

⁶ Il diritto dei soggetti danneggiati da illeciti *antitrust* ad ottenere il pieno risarcimento dei danni subiti discende, come noto, dall'effetto diretto degli artt. 101 e 102

Anteriormente alla nota pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Pfleiderer*⁷ (su cui si tornerà *infra*), che ha per la prima volta portato la questione all'attenzione dei giudici europei, il tema dell'accesso ai *leniency materials* contenuti nel fascicolo istruttorio di una ANC o della Commissione da parte di soggetti terzi non partecipanti al procedimento amministrativo, era (come ancora oggi è) rimesso alla disciplina prevista dai vari ordinamenti nazionali in tema di accesso alle informazioni contenute nei fascicoli delle ANC, nonché, in ambito europeo, alla prassi della Commissione e alla normativa di carattere generale in materia di accesso agli atti delle Istituzioni⁸.

A livello UE, si è affermato un approccio estremamente restrittivo da parte della Commissione, che ha manifestato, in diversi documenti⁹, la propria ferma intenzione di negare l'accesso da parte di terzi

TFUE ed è stato riconosciuto a più riprese dalla Corte di giustizia (si vedano *inter plurimis* Corte di giustizia, C-453/99, *Courage c. Crehan*, 20 settembre 2001; Corte di giustizia, C-295-298/04, *V. Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e altri*, 13 luglio 2006). Sul punto si vedano anche, in dottrina, S. BASTIANON, *La tutela privata antitrust in Europa: dove siamo e dove stiamo andando*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1-24; B. NASCIMBENE, *L'interazione tra i programmi di clemenza e azioni di risarcimento del diritto antitrust comunitario: prospettive in tema di collective redress*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 04, 731; C. TESAURO, *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, in *Mercato concorrenza regole*, XIII, n. 3, 2011, 427-461.

⁷ Corte di giustizia, C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, 14 giugno 2011.

⁸ Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, in G.U. L145 del 31 maggio 2001, 43-48.

⁹ Cfr. la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE (2004/C 101/04, in G.U. C101 del 27 aprile 2004, 54-64, di seguito "Cooperation Notice"), ove al pt. 26 si legge che: "la Commissione non trasmetterà alle giurisdizioni nazionali le informazioni presentate volontariamente da un'impresa che abbia richiesto un trattamento favorevole senza il consenso di quest'ultima"; la Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11, in G.U. C298 dell'8 dicembre 2006, 17-22), ai sensi della quale l'accesso alle dichiarazioni ufficiali è concesso solo ai destinatari della comunicazione degli addebiti (peraltro alle stringenti condizioni previste al pt. 33 della medesima Comunicazione); il Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, cit., nel quale la Commissione evidenziava che "nelle azioni di risarcimento

alle dichiarazioni ufficiali (*i.e.* alle informazioni spontaneamente trasmesse da un'impresa, circa l'esistenza di un cartello ed il ruolo da essa svolto, e alla documentazione predisposta appositamente da detta impresa per la partecipazione al *leniency program*), in nome del prevalente interesse pubblico di mantenere attrattivi i programmi di clemenza, tenuto conto del fondamentale ruolo da essi svolto nella lotta alle più gravi infrazioni *antitrust*.

A giustificazione di tale posizione, la Commissione adduce il fatto che, in caso di *disclosure* a terzi delle dichiarazioni ufficiali, il *leniency applicant* si troverebbe in una posizione di ingiustificato svantaggio rispetto ai coautori del cartello, nell'ambito delle successive azioni risarcitorie¹⁰.

Per quanto invece attiene all'accesso da parte di terzi (che non abbiano partecipato al procedimento istruttorio) ai documenti allegati da un'impresa alla propria richiesta di trattamento favorevole, ma ad essa preesistenti, la Commissione sembra aver ammesso, in linea di principio, l'opportunità di valutare un eventuale accoglimento della richiesta caso per caso, in considerazione degli interessi che vengano di volta in volta in rilievo¹¹.

del danno intraprese da privati deve essere garantita una tutela adeguata contro la divulgazione delle dichiarazioni rilasciate dalle imprese che presentano richiesta di trattamento favorevole. [...] La Commissione propone pertanto che tale tutela si applichi: a tutte le dichiarazioni rilasciate da tutti i richiedenti di trattamento favorevole, relativamente ad una violazione dell'articolo 101 TFUE (anche quando la normativa nazionale antitrust viene applicata in parallelo); indipendentemente dal fatto che la richiesta di trattamento favorevole venga accettata, respinta o non determini alcuna decisione da parte dell'autorità di concorrenza [...]", nonché "sia prima che dopo l'adozione di una decisione da parte dell'autorità per la concorrenza" (pt. 2.9).

¹⁰ Cfr., ad esempio, il Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, cit., pt. 2.9.

¹¹ Tale posizione si ricava da quanto sostenuto dalla Commissione nel caso *Pfleiderer* (Corte di giustizia, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, cit.). In particolare, nelle conclusioni presentate dall'AG *Mazák* in data 16 dicembre 2010 (pt. 17) si legge che, a dire della Commissione, l'accesso da parte di terzi ai documenti preesistenti, prodotti dal richiedente il trattamento favorevole, andrebbe "valutato e deciso caso per caso", anche in analogia con quanto previsto dall'art. 15 del Regolamento 1/2003 in tema di trasmissione delle informazioni in possesso della Commissione ai giudici nazionali. A questo riguardo, si ricorda che la *Cooperation Notice*, cit., prevede che "la Commissio-

Nella pratica, comunque, la Commissione ha dimostrato di prediligere un atteggiamento di tendenziale “chiusura” nei confronti di richieste di accesso ai documenti contenuti nel proprio fascicolo istruttorio, ivi inclusi i *leniency materials*, formulate da soggetti terzi ai sensi della disciplina in tema di accesso agli atti delle Istituzioni (contenuta nel Regolamento 1049/2001)¹². Tale normativa, nello stabilire in via generale le modalità di esercizio di tale diritto all’accesso, prevede che esso possa essere rifiutato solo in casi eccezionali (elencati all’art. 4) e, ai fini che nella specie più interessano, qualora detto accesso arrechi pregiudizio alla tutela *i)* degli interessi commerciali di una persona fisica e giuridica o *ii)* degli obiettivi delle attività ispettive e di indagine dell’Istituzione, nonché *iii)* del processo decisionale di quest’ultima, sempre che non vi sia un prevalente interesse pubblico alla *disclosure*.

Tali eccezioni sono state sistematicamente utilizzate in modo estensivo dalla Commissione per respingere le richieste di accesso al proprio fascicolo istruttorio, sebbene tale orientamento sia poi stato, altrettanto regolarmente, censurato dal Tribunale europeo.

In particolare, la Commissione ha cercato di far rientrare, nelle eccezioni alla *disclosure* previste dal Regolamento 1049/2001, il rischio di dissuadere le imprese dal collaborare con essa nell’ambito di programmi di clemenza, e dunque di un pregiudizio alla propria futura attività di indagine, per arrivare a negare, nel caso *Verein für Konsumenteninformation*¹³, l’accesso a tutti i documenti contenuti nel fascicolo

ne può rifiutare di trasmettere informazioni alle giurisdizioni nazionali per preminenti motivi attinenti alla necessità di salvaguardare i suoi interessi o di evitare che siano compromessi il funzionamento e l’indipendenza della Comunità, in particolare pregiudicando l’assolvimento dei compiti affidate” (pt. 26).

¹² Per un commento su recenti casi di applicazione di tale Regolamento alla materia *antitrust* si veda I. VANDERBORRE, *The confidentiality of EU Commission cartel records in civil litigation: the ball is in the EU court*, in *E.C.L.R.*, 2011, 122-124.

¹³ Tribunale UE, T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation c. Commissione*, 13 aprile 2005. Un’associazione di consumatori austriaca aveva richiesto l’accesso al fascicolo istruttorio del caso Banche austriache - “Club Lombard” (COMP/36.571/D-1) al fine di reperire documenti utili nell’ambito dei giudizi civili che essa aveva instaurato nei confronti di una delle banche sanzionate dalla Commissione, per far accertare l’eccessivo livello dei tassi di interesse applicati da detta banca ai prestiti a tasso d’interesse variabile concessi ai propri clienti.

istruttorio (solo in parte forniti nell'ambito di un *leniency program*)¹⁴, e, nel recente caso *CDC*¹⁵, finanche l'accesso alla versione confidenziale dell'indice dei documenti contenuti nel fascicolo istruttorio¹⁶. In entrambe le occasioni, il Tribunale ha contestato l'approccio della Commissione, affermando che un diniego all'accesso deve essere adeguatamente motivato e supportato dalla specifica dimostrazione che la *disclosure* richiesta pregiudichi concretamente ed effettivamente gli interessi tutelati dalle eccezioni di cui all'art. 4 del Regolamento 1049/2001, che vanno restrittivamente interpretate¹⁷. Inoltre, nel caso *CDC*, il Tri-

¹⁴ La Commissione, nel respingere integralmente la richiesta di accesso al proprio fascicolo istruttorio, aveva addotto *inter alia* che ampia parte dei documenti ivi contenuti era stata comunicata dalle imprese sanzionate in base alla *Leniency Notice* del 1996 (applicabile all'epoca dei fatti), con la conseguenza che "riconoscere a terzi la possibilità di accedervi dissuaderebbe le imprese dal collaborare con la Commissione e sarebbe pregiudizievole per le sue attività ispettive e d'indagine in casi futuri" (Tribunale UE, *Verein für Konsumenteninformation c. Commissione*, cit., pt. 81).

¹⁵ Tribunale UE, T-437/08, *CDC Hydrogen Peroxide Cartel Damage Claims c. Commissione*, 15 dicembre 2011. La società CDC, incaricata dalle imprese lese dal cartello Perossido di idrogeno e perborato (COMP/F/C.38.620) di far valere i propri diritti di credito nei confronti delle imprese sanzionate dalla Commissione, aveva richiesto l'accesso alla versione confidenziale dell'indice del fascicolo istruttorio per valutare quali documenti avrebbero potuto essere utilizzati nelle azioni risarcitorie in corso. Per un commento si veda J. ZÖTTL, *The EU General Court grants access by a private antitrust plaintiff to the Commission's files in cartel proceedings (CDC Hydrogen Peroxide)*, in *e-Competitions*, n. 50122 (www.concurrences.com).

¹⁶ Ciò, essenzialmente sulla base del fatto che, accedendo all'indice dei documenti, CDC avrebbe potuto ottenere precisazioni ulteriori, anche con riguardo a documenti trasmessi nell'ambito di un programma di clemenza, rispetto a quanto già ad essa noto grazie alla decisione non confidenziale della Commissione. Conseguentemente, le imprese che avevano collaborato con quest'ultima, avrebbero potuto essere esposte in via preferenziale ad azioni risarcitorie (Tribunale UE, *CDC Hydrogen Peroxide Cartel Damage Claims c. Commissione*, cit., pt. 46).

¹⁷ Tribunale UE, *Verein für Konsumenteninformation c. Commissione*, cit., pt. 52, 53, 55 e 106; Tribunale UE, *CDC Hydrogen Peroxide Cartel Damage Claims c. Commissione*, cit., pt. 35, 36. Sul punto l'approccio della Corte di giustizia sembra meno rigoroso di quello seguito dal Tribunale UE. Si vedano ad esempio i recenti casi Corte di giustizia, C-404/10P, *Commissione c. Édition Odile Jacobs*, 28 giugno 2012 e Corte di giustizia, C-477/10P *Commissione c. Agrofert Holding*, 28 giugno 2012 nelle quali è stato esaminato per la prima volta il tema dell'accesso ai documenti raccolti dalla Commissione nel contesto dei procedimenti di valutazione di un'operazione di concen-

bunale ha censurato le motivazioni utilizzate dalla Commissione, per negare l'accesso alla versione confidenziale dell'indice del proprio fascicolo istruttorio, ritenendo che il riferimento al pregiudizio che tale *disclosure* avrebbe verosimilmente arrecato ai richiedenti il trattamento favorevole, sotto il profilo di una più facile esposizione di questi ultimi ad azioni risarcitorie, avrebbe di fatto sottratto all'applicazione del Regolamento 1049/2001 qualunque documento contenuto in un fascicolo in materia di concorrenza "mediante il semplice riferimento ad un possibile futuro pregiudizio" al programma di clemenza della Commissione¹⁸.

trazione. In particolare, la Corte di giustizia, nell'annullare le sentenze del Tribunale che aveva, a sua volta, censurato le decisioni della Commissione di diniego all'accesso ai propri fascicoli, ha affermato che, nel valutare la sussistenza delle eccezioni previste dall'art. 4 del Regolamento 1049/2001, un'Istituzione può anche "basarsi (...) su presunzioni di carattere generale che si applicano a determinate categorie di documenti, in quanto a domande di divulgazione riguardanti documenti della stessa natura possono applicarsi considerazioni di ordine generale analoghe" (Corte di giustizia, *Commissione c. Agrofert Holding*, cit., pt. 64; in termini Corte di giustizia, *Commissione c. Édition Odile Jacobs*, cit., pt. 116). Per un commento si veda R. HEMPEL, *Access to DG Competition's Files: An Analysis of Recent EU Court Case Law*, in *E.C.L.R.*, 2012, p. 195.

¹⁸ Tribunale UE, *CDC Hydrogen Peroxide Cartel Damage Claims c. Commissione*, cit., pt. 69, 70. Il Tribunale ha altresì evidenziato che la collaborazione delle imprese è sicuramente importante per gli obiettivi di tutela della concorrenza, ma "i programmi di clemenza e di cooperazione, la cui efficacia la Commissione tenta di preservare, non sono i soli strumenti per garantire il rispetto delle norme in materia di concorrenza dell'Unione", poiché, "al mantenimento di una concorrenza effettiva" contribuiscono "in modo sostanziale" anche "le azioni per risarcimento danni, dinnanzi ai giudici nazionali" (pt. 77). Il medesimo orientamento è stato ribadito anche più di recente dal Tribunale UE, nel caso T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG c. Commissione*, 22 maggio 2012, avente ad oggetto una richiesta di *EnBW* per ottenere l'accesso a tutti i documenti contenuti nel fascicolo istruttorio della Commissione relativo al cartello Apparecchiature di comando con isolamento in gas (caso COMP/F.38.899 - *Gas Insulated Switchgear*, 2007), nel quale erano compresi anche documenti forniti nell'ambito di domande di clemenza. Anche in tal caso, la richiesta di accesso era finalizzata a valutare l'avvio di una *follow-on action* nei confronti delle imprese sanzionate dalla Commissione. La sentenza del Tribunale è attualmente al vaglio della Corte di giustizia (C-365-12P, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG c. Commissione*). Per un commento si veda F. MURPHY, F. LIBERATORE, *The EU General Court confirms that leniency documents produced under the Commission's leniency program are not exempt from disclo-*

In Italia, la posizione dell'AGCM sul tema dell'accesso ai *leniency materials* da parte di terzi (che non abbiano partecipato al procedimento amministrativo) si è dimostrata sostanzialmente in linea con quella formatasi a livello europeo ed anzi, per certi versi, più restrittiva. In particolare, a seguito di una modifica apportata nel 2010 alla propria Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990 n. 287¹⁹, l'AGCM ha espressamente previsto che “ai soggetti terzi, anche se intervenuti nel procedimento, non è accordato l'accesso né alle dichiarazioni confessorie né alla documentazione allegata” (art. 10 *bis*), così “codificando”, seppur in un testo privo di valore normativo, un generale diniego all'accesso anche con riguardo ai documenti prodotti dai richiedenti il trattamento favorevole, senza effettuare un'espressa distinzione tra documenti formati appositamente per la partecipazione al programma di clemenza e documenti preesistenti²⁰.

Tale restrittiva regolamentazione dell'accesso ai *leniency materials* si accompagna, peraltro, al consolidato orientamento dell'Autorità nazionale (avallato dalla giurisprudenza amministrativa) di tendenziale rigetto delle richieste di accesso al fascicolo istruttorio (e normalmente anche alla versione confidenziale della decisione conclusiva), formulate

sure in civil actions (Energie Baden-Württemberg), in *e-Competitions*, n. 50035 (www.concurrences.com).

¹⁹ Modifica al programma di clemenza nazionale, 6 maggio 2010, in *Boll.* 18/2010.

²⁰ L'AGCM ha sostanzialmente ribadito la posizione espressa nella propria Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 come modificata nel 2010, anche nella segnalazione AS988 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013*, cit. In tale documento, l'AGCM ha proposto che la regolamentazione dell'accesso alle dichiarazioni confessorie ed ai documenti ad esse allegati *inter alia* da parte di terzi venisse recepita in una norma di rango primario, mediante un'integrazione dell'art. 15, comma 2-*bis*, della l. 287/90. Tale proposta è stata accompagnata da una modifica del precedente approccio adottato dall'AGCM in relazione all'accesso alla documentazione allegata alle dichiarazioni confessorie, con riferimento alla quale l'Autorità si riservava di definire, con successivo provvedimento generale, le modalità per garantirne l'accesso a terzi. Ad oggi tale modifica normativa non si è ancora realizzata e, per contro, con provvedimento del 31 gennaio 2013, in *Boll.* 11/2013, l'AGCM ha abrogato l'art. 10*bis* del programma di clemenza nazionale.

da terzi dopo la chiusura di un procedimento *antitrust*, per reperire prove da utilizzare nei giudizi risarcitori civili²¹.

Nel contesto appena descritto è venuto ad inserirsi, nel 2011, il *dictum* della Corte di giustizia nel caso *Pfleiderer*²², in cui la Corte è

²¹ Tali richieste di accesso rientrano nell'ambito di applicazione della l. 241/1990 (legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, in G.U. n. 182 del 18 agosto 1990) ai sensi della quale detto accesso può garantirsi solamente con riferimento a "documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici" (art. 24, comma 7). Come sostenuto da consolidata giurisprudenza amministrativa, "l'interesse giuridico al quale fa riferimento l'articolo 24 [della l. 241/1990, n.d.r.], la cui tutela determina la garanzia dell'accesso ai documenti, non può essere individuato in un qualsivoglia interesse giuridicamente rilevante da un qualsiasi soggetto dell'ordinamento, ma deve, piuttosto, integrare un interesse attinente all'azione amministrativa in relazione alla quale l'istanza di accesso è presentata. Un interesse del tutto eterogeneo rispetto all'oggetto dell'attività amministrativa [quale viene ritenuto quello del soggetto che chiedi l'accesso al fascicolo per ottenere prove a sostegno della propria pretesa risarcitoria in ambito civile, n.d.r.] posta in essere dall'Autorità infatti, non può ritenersi un interesse giuridico ai sensi dell'articolo 24, comma 7 della legge 241/1990 in quanto totalmente estraneo alle finalità, non solo di carattere partecipativo, ma anche di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa, cui sono preordinate le norme sull'accesso ai documenti dell'Amministrazione" (*inter plurimis*, TAR Lazio, sez. I, 2 novembre 2009, n. 10615). Nel caso menzionato, la curatela di Elinet S.p.A. aveva richiesto l'accesso al fascicolo istruttorio del procedimento A375 - *Sfruttamento di informazioni commerciali privilegiate*, 11 dicembre 2008, in *Boll.* 47/2008, chiuso dall'AGCM con l'accettazione degli impegni proposti da Telecom Italia, per servirsi dei documenti ivi contenuti nell'ambito dell'azione risarcitoria intentata in sede civile nei confronti del predetto operatore telefonico. Nel confermare la decisione di diniego all'accesso dell'AGCM, il TAR Lazio ha altresì affermato che "per acquisire i documenti in questione, parte ricorrente ben avrebbe potuto proporre istanza al giudice civile ai sensi dell'art. 210 c.p.c., per cui la richiesta di accesso all'amministrazione neppure può essere supportata da un'eventuale mancanza di altri strumenti previsti dall'ordinamento per ottenere l'esibizione di documentazione da utilizzare nel processo civile". Per un commento sul punto, si veda A. LALLI, *Il procedimento istruttorio*, in A. CATALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 1248 ss.

²² Corte di giustizia, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, cit. La controversia nazionale, che ha dato origine al rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, contrapponeva *Pfleiderer*, impresa danneggiata da un cartello fra tre imprese produttrici di carte decorative sanzionato dal *Bundeskartellamt*, e quest'ultimo, cui *Pfleiderer* aveva

stata chiamata a pronunciarsi, in via pregiudiziale, in merito alla compatibilità con il sistema di applicazione decentrata del diritto *antitrust* europeo delineato dal Regolamento 1/2003 (segnatamente, con il sistema di cooperazione tra Commissione e ANC dallo stesso previsto), della divulgazione da parte di una ANC, ad un soggetto interessato a promuovere un'azione di risarcimento del danno, delle informazioni ad essa spontaneamente trasmesse da un membro del cartello nel contesto di una domanda di trattamento favorevole.

Come noto, la Corte di giustizia ha dapprima affermato che, in assenza di una normativa europea, spetta agli Stati membri disciplinare l'accesso da parte di terzi ai documenti relativi a procedimenti di clemenza spontaneamente trasmessi ad una ANC, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività. Inoltre, la Corte ha evidenziato la tensione sussistente tra l'interesse pubblico di non sminuire l'efficacia e l'attrattiva dei programmi di clemenza e l'interesse dei privati a non vedere ingiustificatamente sacrificato il proprio diritto ad ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa di illeciti *antitrust*. Partendo da tali premesse, i giudici europei hanno ritenuto in linea di principio compatibile con il diritto dell'Unione (e, in particolare, con il Regolamento 1/2003), il fatto che un soggetto, danneggiato da un'infrazione del diritto della concorrenza UE, "ottenga l'accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l'autore di tale infrazione" (pt.

chiesto, allo scopo di intentare azioni risarcitorie, di accedere al fascicolo istruttorio relativo al predetto cartello (ivi inclusi le domande di trattamento favorevole e i documenti volontariamente trasmessi dai richiedenti a supporto delle stesse). La decisione con cui il *Bundeskartellamt* aveva rigettato parzialmente la richiesta di *Pfleiderer* (negando a quest'ultima l'accesso *inter alia* alle predette domande di clemenza ed ai documenti ad esse allegati) è stata impugnata da tale società dinanzi all'*Amtsgericht* (Tribunale di Primo Grado) di Bonn che, dopo averne accolto in un primo momento le richieste, ha poi sospeso l'operatività della propria decisione, ritenendo opportuno adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia. Per un commento della sentenza della Corte di giustizia, si vedano tra gli altri M. TODINO, E. BOTTI, *Azioni risarcitorie per illecito antitrust. Recenti sviluppi e interazione con il public enforcement*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EU Law and National Law*, Bruxelles, 2013, 97 ss.; C. LACCHI, *L'accesso dei soggetti lesi ai documenti acquisiti nei programmi antitrust di clemenza; la sentenza Pfleiderer*, in *Giust. Civ.*, 2011, 11, 2528; S. BASTIANON, *op. cit.*, 17.

32) per servirsene nell'ambito di un'azione risarcitoria civile, chiarendo che spetta, tuttavia, al giudice nazionale effettuare "caso per caso, nell'ambito del diritto nazionale, e tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti della fattispecie" (pt. 31) il bilanciamento tra i sopra menzionati interessi contrapposti (entrambi tutelati dal diritto dell'Unione), al fine di decidere le condizioni alle quali un simile accesso debba essere autorizzato o negato.

In altre parole, la sentenza *Pfleiderer* ha ricondotto la soluzione del delicato problema dell'accesso ai documenti relativi ad un programma di clemenza da parte di terzi ad un *balancing test* sostanzialmente rimesso all'apprezzamento delle autorità giurisdizionali degli Stati membri, da effettuarsi in concreto ed individualmente. Inoltre, nel dettare tale principio, la Corte di giustizia, discostandosi da quanto (a nostro avviso, più correttamente) sostenuto dall'AG *Mazák* nelle proprie conclusioni²³, non ha fatto alcun cenno all'opportunità di trattare diversamente le richieste di accesso alle dichiarazioni confessorie, spontaneamente rese dai richiedenti l'ammissione ad un programma di clemenza, e le richieste aventi ad oggetto i documenti preesistenti allegati a tali dichiarazioni. In tal modo, il *balancing test* previsto dalla pronuncia in commento è stato esteso, stando al tenore letterale del *dictum* dei giudici della Corte, a tutti i *leniency materials*.

È innegabile, pertanto, che la sentenza *Pfleiderer*, pur essendo stata considerata un punto di svolta importante per tentare di risolvere le tensioni emerse tra *public* e *private enforcement* in relazione all'accesso ai *leniency materials*, non abbia in realtà fornito indicazioni chiare e decisive sul tema e si sia limitata a sancire un principio che, come si vedrà, ha dato luogo a molteplici dubbi interpretativi nella sua concreta applicazione, e non ha in alcun modo contribuito ad armonizzare

²³ Nelle proprie conclusioni, infatti, l'AG *Mazák* si era lungamente soffermato sull'opportunità di assoggettare a regole diverse le richieste di accesso relative alle dichiarazioni autoincriminanti rese da un *leniency applicant* (accesso, a suo avviso, da negare in ogni caso) e quelle concernenti documenti preesistenti alla richiesta di trattamento favorevole (ai quali l'accesso da parte di terzi avrebbe dovuto essere sempre consentito, ferme restando eventuali eccezioni legate a ragioni di confidenzialità/protezione di segreti commerciali delle imprese, non ostandovi il rischio di pregiudicare l'efficacia dei programmi di clemenza).

la prassi delle ANC e dei giudici nazionali dei vari Stati membri, come sarebbe stato invece auspicabile, anche nell'ottica di garantire a tutti gli operatori del mercato un'adeguata certezza giuridica²⁴.

Ad esempio, l'*Amtsgericht* di Bonn, applicando i principi affermati nella sentenza resa dalla Corte di giustizia ad esito del rinvio pregiudiziale dallo stesso disposto, ha ritenuto definitivamente di negare a *Pfleiderer* l'accesso alle informazioni relative alla procedura di clemenza, adducendo che l'attrice, avendo ricevuto le versioni non confidenziali delle decisioni del *Bundeskartellamt* di accertamento dell'illecito, l'indice del fascicolo istruttorio della ANC e altri documenti ivi contenuti, diversi da quelli legati al programma di clemenza, disponeva di elementi sufficienti per instaurare la propria azione di risarcimento del danno, non avendo peraltro dimostrato la necessità di disporre delle ulteriori informazioni richieste per quantificare il danno subito²⁵. Come è stato rilevato dai primi commentatori²⁶, in tale decisione l'*Amtsgericht* di Bonn sembra aver voluto affermare una tendenziale contrarietà all'interesse pubblico, volto a garantire l'efficacia dei programmi di clemenza, della *disclosure* di documenti e informazioni fornite dal *leniency applicant*.

A conclusioni parzialmente differenti è giunta, invece, la *High Court* inglese nel caso *National Grid*²⁷, relativo ad un'azione *follow-on*

²⁴ Cfr. sul punto P. IANNUCELLI, *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement del diritto antitrust UE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 04, 709; M. TODINO, E. BOTTI, *op. cit.*, 98; C. TESAURO, *op. cit.*, 450; B. NASCIMBENE, *op. cit.*, 3.

²⁵ *Amtsgericht Bonn, Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, 18 gennaio 2012. Nel respingere la richiesta di accesso di *Pfleiderer*, l'*Amtsgericht* ha fatto *inter alia* riferimento all'indimostrata necessità degli ulteriori documenti richiesti per provare il *quantum* del danno subito dalla *Pfleiderer*, dal momento che quest'ultima era esonerata dal provare l'esistenza dell'illecito, in forza del valore vincolante nei confronti dei giudici nazionali tedeschi di cui sono dotate, sotto tale profilo, le decisioni di accertamento di infrazioni *antitrust* del *Bundeskartellamt*, ai sensi dell'art. 33.4 dell'*Act Restraints of Competition* tedesco.

²⁶ Si veda S. HEINZ, *The District Court of Bonn denies access to leniency applications for third parties in cartel case (Pfleiderer)*, in *e-Competitions*, n. 43904 (www.concurrences.com).

²⁷ *High Court of Justice - Chancery Division, National Grid Electricity Transmission Plc c. Abb Ltd e altri*, 4 aprile 2012.

promossa da tale società inglese di gestione della rete elettrica e del gas nei confronti di diversi produttori di apparecchiature di comando con isolamento in gas, sanzionati dalla Commissione per un cartello nel 2007²⁸. In particolare, *National Grid*, proprio dopo la sentenza *Pfleiderer*, ha chiesto al giudice della *High Court* di ordinare alle controparti (in particolare ABB e Siemens) la *disclosure* della versione non confidenziale della decisione finale della Commissione, nonché di altri documenti redatti e/o prodotti dai *leniency applicants* (es. risposte allo *Statement of Objections*, risposte a richieste di informazioni formulate dalla Commissione nel corso del procedimento), che potevano contenere *leniency documents* (segnatamente, riferimenti / citazioni ai *corporate statements* resi oralmente dai richiedenti il trattamento favorevole)²⁹.

Prima di dare seguito alla richiesta di *disclosure* avanzata dall'attrice, il giudice della *High Court* ha ritenuto però opportuno (anche su istanza di *National Grid*) sollecitare un intervento della Commissione in qualità di *amicus curiae*, ai sensi dell'art. 15, comma 3, del Regolamento 1/2003³⁰, al fine di ottenere una risposta ai seguenti quesiti: (i) se i principi statuiti dalla sentenza *Pfleiderer*, che aveva avuto ad oggetto un caso di *disclosure* di *leniency materials* in possesso di una ANC, fossero applicabili anche nel contesto di un procedimento svolto-

²⁸ Commissione, caso COMP/F.38.899 - *Gas Insulated Switchgear*, 24 gennaio 2007.

²⁹ Prima della pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Pfleiderer*, *National Grid* aveva richiesto ed ottenuto l'accesso ad alcuni documenti relativi al procedimento svoltosi dinanzi alla Commissione grazie al meccanismo di scambio di informazioni tra Commissione e giudici nazionali previsto dall'art. 15, comma 1, del Regolamento 1/2003, ai sensi del quale "nell'ambito dei procedimenti per l'applicazione dell'articolo 81 [101 TFUE, n.d.r.] o dell'articolo 82 [102 TFUE, n.d.r.] del trattato le giurisdizioni degli Stati membri possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie".

³⁰ Cfr. articolo 15, comma 3, del Regolamento 1/2003, ai sensi del quale "[...] qualora sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme dell'articolo 81 [101 TFUE, n.d.r.] o dell'articolo 82 [102 TFUE, n.d.r.] del trattato, la Commissione, agendo d'ufficio, può presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni degli Stati membri. Previa autorizzazione della giurisdizione competente, essa può inoltre presentare osservazioni orali [...]".

si dinanzi alla Commissione europea; (ii) se il giudice nazionale avesse il potere di ordinare *ex officio*, in base alle norme del proprio ordinamento, la produzione di tali *leniency materials* alle parti, ovvero se tale richiesta dovesse essere necessariamente rivolta alla Commissione ai sensi dell'art. 15, comma 1, del Regolamento 1/2003; infine, (iii) in caso di risposta affermativa circa la sussistenza dei poteri di *disclosure* in capo al giudice nazionale, quali fattori quest'ultimo avrebbe dovuto prendere in considerazione nello svolgere il *balancing test* previsto dalla sentenza *Pfleiderer*.

La Commissione, nelle osservazioni presentate nel novembre 2011, ha espresso la propria posizione sulla portata del principio sancito nel caso *Pfleiderer*, affermando, *in primis*, che la *disclosure* dei *leniency documents*, cui era stato chiesto l'accesso³¹, poteva essere disposta dal giudice nazionale, in base ai poteri ad esso attribuiti dal diritto procedurale del proprio ordinamento, e che i principi sanciti dalla sentenza *Pfleiderer* dovevano ritenersi di portata generale e, pertanto, applicabili alle richieste di accesso aventi ad oggetto informazioni fornite volontariamente da imprese nell'ambito di qualsiasi programma di clemenza (nazionale o europeo). Quanto al terzo quesito, la Commissione ha, in primo luogo, ribadito la propria consolidata posizione in merito al fatto che le dichiarazioni ufficiali dei *leniency applicants* non dovrebbero mai essere rese accessibili a terzi³²; con riferimento poi al *balancing test* da effettuarsi con riferimento alle richieste di accesso ai documenti

³¹ Documenti tra i quali, nel caso di specie, non figuravano né dichiarazioni confessorie né documenti preesistenti alla domanda di trattamento favorevole, ma, come detto, solo documenti riportanti riferimenti ai *corporate statements*.

³² La Commissione, infatti, anche dopo la sentenza *Pfleiderer*, ha continuato a tenere una posizione di netta "chiusura" circa la possibilità di concedere a terzi l'accesso alle dichiarazioni confessorie rese dai richiedenti un trattamento favorevole, al fine di non pregiudicare l'efficacia dei propri programmi di clemenza. Tale approccio dell'Istituzione europea è stata avallato anche da tutte le altre ANC, come comprovano non solo la già citata *Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities* del 23 maggio 2012, ma anche l'*ECN Model Leniency Programme* (versione rivista al novembre 2012, reperibile al seguente indirizzo internet: http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf). Da ultimo, la protezione assoluta accordata alle dichiarazioni ufficiali è stata ribadita dalla Commissione nella sua Proposta di Direttiva *private enforcement* (artt. 6-8).

che accompagnano le dichiarazioni ufficiali, la Commissione ha affermato che il giudice nazionale dovrebbe effettuare un bilanciamento caso per caso tra gli interessi contrapposti in gioco, evitando di disporre la *disclosure* qualora *i)* i *leniency applicants* siano, per effetto di ciò, esposti ad una maggiore responsabilità rispetto ai coautori del cartello che non abbiano prestato alcuna forma di cooperazione nell'ambito del procedimento amministrativo e *ii)* l'accesso risulti sproporzionato allo scopo perseguito dal richiedente e, in particolare, non rappresenti l'unico modo per ottenere l'accesso ai documenti di cui sia stata richiesta la *disclosure*.

Applicando le indicazioni fornite dalla Commissione nelle proprie osservazioni *ex art.* 15, comma 3, del Regolamento 1/2003, la *High Court* ha optato per un ordine di *disclosure* parziale a favore di *National Grid*, di alcune parti della versione confidenziale della decisione finale della Commissione ed alcuni passaggi delle risposte alle richieste di informazioni rese *inter alia* dell'*immunity applicant* ABB (seppur essenzialmente esplicativi di documenti preesistenti); la *High Court* non ha invece accolto le altre richieste di *disclosure* (ad esempio della risposta di ABB allo *Statement of Objections* e ad altri *leniency materials* forniti da detta società) ritenendo che tali documenti non fossero determinanti ai fini dell'azione risarcitoria e che dunque, in tal caso, prevalesse l'interesse di proteggere le informazioni fornite nell'ambito del programma di clemenza³³.

Ulteriore e significativa dimostrazione di come il *dictum* della sentenza *Pfleiderer* abbia dato luogo a problematiche interpretative di non poco conto, è il recente caso di rinvio pregiudiziale *Donau Chemie*³⁴.

³³ Per un commento, si vedano D. CHOCHITAICHVILI, *The English High Court grants disclosure of documents obtained by access to the Commission's file in a follow-on damages action in the switchgear cartel (Gas Insulated Switchgear - GIS)*, in *e-Competitions*, n. 38138 (www.concurrences.com), e K. JONES, R. PIKE, F. RICHMOND, T.K. CASSELS, *The English High Court orders disclosure of parts of the unredacted version of the EU Commission's switchgear cartel decision (National Grid / ABB)*, in *e-Competitions*, n. 51649 (www.concurrences.com).

³⁴ Corte di giustizia, C-536/11, *Bundeswettbewerbshörde c. Donau Chemie AG e altri*, 6 giugno 2013.

Tale rinvio pregiudiziale è originato da una controversia sorta tra un'associazione rappresentativa degli interessi di imprese attive nel settore della tipografia e il *Bundeswettbewerbshörde* (ANC austriaca), che aveva sanzionato un cartello tra diversi operatori della distribuzione all'ingrosso di agenti chimici per la stampa, tra cui *Donau Chemie*. In particolare, l'associazione in questione si era rivolta all'*Oberlandesgericht Wien* (in veste di Tribunale della concorrenza) per ottenere l'accesso al fascicolo della ANC relativo al predetto cartello, al fine di ottenere prove utili per predisporre un'azione *follow-on* per chiedere il risarcimento dei danni subiti dai propri associati, a causa di tale infrazione dell'art. 101 TFUE. Nel valutare tale richiesta il Tribunale austriaco avrebbe dovuto applicare l'art. 39 della legge nazionale sulle intese (*Kartellgesetz*), secondo il quale l'accesso agli atti di un fascicolo istruttorio in materia *antitrust* può essere concesso a terzi, che non abbiano partecipato al procedimento, solo con il consenso di tutte le parti coinvolte in tale procedimento. A fronte del prevedibile rifiuto delle imprese sanzionate dalla ANC austriaca a concedere all'associazione l'accesso al fascicolo istruttorio, l'*Oberlandesgericht Wien*, tenuto conto dei principi anteriormente sanciti dalla Corte di giustizia nel caso *Pfleiderer* e, in particolare, della statuita necessità di consentire al giudice nazionale di decidere sulle richieste di accesso agli atti di un fascicolo istruttorio procedendo ad un bilanciamento caso per caso degli interessi rilevanti, ha ritenuto necessario consultare nuovamente la Corte europea perché si pronunciasse sulla compatibilità dell'art. 39 della *Kartellgesetz* con il diritto dell'Unione e, segnatamente, con i principi di effettività ed equivalenza.

Prima di passare ad esaminare quanto affermato dalla Corte nella propria pronuncia, è interessante soffermarsi su alcuni passaggi delle conclusioni presentate dall'AG *Jääskinen* il 7 febbraio 2013³⁵.

Quest'ultimo, infatti, nel ritenere sostanzialmente contraria ai principi del diritto europeo una norma del tenore dell'art. 39 della *Kartellgesetz*³⁶, ha altresì affrontato il tema della protezione che, a suo av-

³⁵ Conclusioni dell'AG *Jääskinen*, C-536/11, *Bundeswettbewerbshörde c. Donau Chemie AG e altri*, 7 febbraio 2013.

³⁶ Considerata l'eccessiva ed ingiustificata compressione, da essa derivante, del diritto dei terzi lesi da un'infrazione *antitrust* ad ottenere il risarcimento dei danni subiti.

viso, i documenti e le informazioni forniti dai *leniency applicants*, eventualmente contenuti in un fascicolo istruttorio, avrebbero meritato alla luce della sentenza *Pfleiderer*, giungendo tuttavia a conclusioni che, anziché risultare in linea con il principio sancito in tale *leading case*, sembrano porvisi in contrasto.

In particolare l'AG *Jääskinen*, censurando la protezione, di fatto assoluta, riconosciuta dalla legge austriaca a tutti i documenti contenuti nel fascicolo istruttorio della ANC nazionale, ha affermato che:

“sarebbe più opportuna una norma di legge che conferisse protezione assoluta ai partecipanti di un programma di clemenza, ma che prevedesse una ponderazione tra gli interessi degli altri partecipanti ad una pratica restrittiva e quelli delle presunte vittime” (pt. 64).

Ed ancora:

“Il legislatore nazionale può disciplinare i fattori da prendere in considerazione ai fini di detta ponderazione [i.e. del *balancing test* previsto dalla sentenza *Pfleiderer*, n.d.r.], ma non può vietare che essa venga effettuata, salvo, forse, riguardo alle informazioni fornite dalle imprese che beneficiano del trattamento favorevole” (pt. 66).

In tal modo, l'AG *Jääskinen* ha esteso la necessità di un bilanciamento caso per caso in relazione alle richieste di accesso aventi ad oggetto documenti non presentati dai *leniency applicants* e ha ritenuto compatibile, con i principi stabiliti nel caso *Pfleiderer*, una norma nazionale che, in ipotesi, preveda un divieto assoluto di *disclosure* ai terzi delle informazioni spontaneamente fornite dai richiedenti un trattamento favorevole. Ciò, a dispetto del fatto che, come sopra visto, la Corte di giustizia, nel proprio precedente, avesse affermato che il *balancing test* tra gli interessi contrapposti in gioco deve essere svolto dai giudici nazionali proprio con riguardo ai documenti relativi ad un programma di clemenza (senza accordare ad essi una protezione assoluta *tout court*,

né pronunciarsi sul trattamento da riservare ad eventuali richieste di accesso relative ad altre tipologie di informazioni, contenute in un fascicolo istruttorio).

Quanto alla sentenza della Corte di giustizia, essa sembra voler attribuire una portata estremamente ampia al *dictum* del caso *Pfleiderer*.

La Corte, infatti, nel caso *Donau Chemie*, ha affermato l'incompatibilità con il principio di effettività di una norma nazionale, quale l'art. 39 della *Kartellgesetz*, che subordini l'accesso ai documenti contenuti in un fascicolo istruttorio relativo ad un procedimento ai sensi dell'art. 101 TFUE, "compresi i documenti comunicati nell'ambito di un programma di clemenza", al consenso di tutte le parti di detto procedimento, per il fatto che, in tal modo, è precluso al giudice nazionale "effettuare un bilanciamento degli interessi in gioco" (pt. 37 e 49), ai sensi di quanto stabilito nel caso *Pfleiderer*, ed è pertanto reso "eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento riconosciuto... dal diritto dell'Unione" ai soggetti danneggiati da una violazione *anti-trust* (pt. 39).

Con tale generale affermazione, la Corte ha riconosciuto la necessità di effettuare il *balancing test* non solo in relazione ai documenti relativi ad un programma di clemenza eventualmente contenuti in un fascicolo istruttorio (come sancito nel caso *Pfleiderer*), ma anche quando venga richiesto da terzi l'accesso a documenti che non abbiano alcun collegamento con una richiesta di trattamento favorevole. Se ne può trarre che non vi sarebbero documenti di per sé accessibili da parte dei terzi che si assumano lesi da un illecito *antitrust* (ferme restando le ovvie limitazioni dettate da esigenze di confidenzialità/protezione di *business secrets*), ma sarebbero sempre richiesti sia una valutazione individuale, che un bilanciamento tra interessi privati e pubblici, teoricamente anche quando non entri in gioco il rischio di compromettere l'efficacia dei programmi di clemenza³⁷.

³⁷ Rischio, che comunque la Corte di giustizia ha invitato i giudici nazionali a valutare in concreto, affermando che "soltanto l'esistenza del rischio che un determinato documento rechi concretamente pregiudizio all'interesse pubblico attinente all'efficacia del programma nazionale di clemenza può giustificare il fatto che tale documento non sia divulgato" (pt. 48).

Tutto quanto precede conferma le non trascurabili difficoltà interpretative dei principi enunciati dalla Corte di giustizia nel caso *Pfleiderer*, emerse in sede di applicazione pratica, e rende sempre più auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore di *Bruxelles*, che peraltro la recente Proposta di Direttiva *private enforcement* della Commissione ha opportunamente riportato all'ordine del giorno³⁸.

Al di là di tali auspici, resta però fermo il fatto che il caso *Pfleiderer* ha rappresentato, ad avviso di chi scrive, un'occasione mancata per anticipare gli effetti "benefici" di un'armonizzazione della prassi di ANC, Commissione ed autorità giurisdizionali sul tema³⁹.

Se, infatti, la Corte di giustizia avesse ripreso le conclusioni rese dell'AG *Mazák* e, segnatamente, la distinzione, da quest'ultimo ef-

³⁸ In tale Proposta, la controversa questione dell'accesso, da parte di terzi, alle prove contenute in un fascicolo di una ANC viene risolta prevedendo una protezione assoluta contro ogni *disclosure* per le dichiarazioni ufficiali di imprese legate ad un programma di clemenza (art. 6, comma 1); una protezione temporanea (sino alla chiusura del procedimento amministrativo) per i documenti appositamente preparati da persone fisiche o giuridiche ai fini del procedimento (ad esempio le risposte delle parti a una richiesta di informazioni) o elaborati dalla ANC nel corso di detto procedimento (ad esempio la comunicazione degli addebiti) (art. 6, comma 2); una generale previsione di *disclosure*, in qualunque momento, con riguardo a tutte le prove provenienti da un fascicolo istruttorio, diverse da quelle di cui ai commi 1 e 2 (quali, ad esempio, i documenti preesistenti ad una richiesta di trattamento favorevole) (art. 6, comma 3). L'AG *Mazák*, commentando la Proposta di Direttiva *private enforcement* (in un'intervista rilasciata a *MLex*, "Draft damages law is 'good basis' for solving litigation problems, former EU court official says", 8 luglio 2013) ha affermato che essa sembra suscettibile di risolvere, almeno sulla carta, tutti i problemi riscontrati sino ad oggi sul tema del bilanciamento tra la protezione dei *leniency applicants* e l'interesse dei soggetti lesi da infrazioni *antitrust* di ottenere il risarcimento dei danni subiti. In particolare, l'Avvocato Generale ha evidenziato come la soluzione prospettata dalla Commissione nella propria Proposta di Direttiva in tema di accesso alle prove contenute nei fascicoli istruttori, pur sembrando discostarsi dal *dictum* della Corte di giustizia nei casi precedenti, abbia in realtà utilizzato i principi statuiti nel caso *Pfleiderer* come punto di partenza.

³⁹ Come dichiarato dall'AG *Mazák* nella propria a *MLex* ("Draft damages law is 'good basis' for solving litigation problems, former EU court official says", cit.), la Corte di giustizia, sia nel caso *Pfleiderer* che nel successivo caso *Donau Chemie*, ha chiaramente dimostrato di non volersi sostituire al legislatore europeo nella risoluzione delle spinose questioni sorte con riguardo all'accesso alle informazioni ed ai documenti forniti dai *leniency applicants*.

fettuata, tra il trattamento da riservare alla *disclosure* delle dichiarazioni ufficiali e quello da utilizzare, invece, in caso di richieste di accesso a documenti preesistenti alle domande di trattamento favorevole⁴⁰, la sentenza *Pfleiderer* avrebbe potuto contribuire in modo molto più costruttivo e chiaro alla soluzione delle problematiche in questione, anticipando di fatto quanto previsto dalla Commissione nella propria Proposta di Direttiva *private enforcement*. Inoltre, sempre in linea con quanto affermato dall'AG *Mazák*, la Corte di giustizia avrebbe potuto includere espressamente le ANC tra i soggetti da essa chiamati ad effettuare il *balancing test*, anziché limitarsi ad un riferimento ai soli “giudici nazionali”, anche in considerazione del fatto che, proprio nel caso *Pfleiderer*, l'originario diniego all'accesso integrale al fascicolo istruttorio era stato opposto dal *Bundeskartellamt*.

Altri spunti di riflessione derivano inoltre dalle innegabili difficoltà con cui il principio sancito dal caso *Pfleiderer* sembra inserirsi nel nostro ordinamento.

In Italia, infatti, i giudici che *in primis* potrebbero valutare, caso per caso, l'opportunità di consentire a terzi l'accesso ai documenti contenuti in un fascicolo istruttorio dell'AGCM, ivi incluse le informazioni rese spontaneamente dai *leniency applicants*, sarebbero quelli amministrativi, nell'ambito di giudizi di impugnazione avverso provvedimenti di diniego all'accesso adottati dall'AGCM. Tuttavia, come *supra* visto, l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa⁴¹, che avalla una posizione di tendenziale chiusura della ANC italiana, è nel senso di escludere in radice la sussistenza di un diritto di accesso al fascicolo istruttorio in capo ai terzi (che lo invocano in vista di azioni risarcitorie) ai sensi della disciplina generale in tema di accesso agli atti amministrativi. Ciò anche in quanto, laddove l'accesso al fascicolo dell'AGCM sia richiesto per raccogliere prove da utilizzare nell'ambito di

⁴⁰ Si ricorda che l'AG *Mazák*, nelle proprie conclusioni del 16 dicembre 2010 rese nel caso *Pfleiderer*, aveva proposto di negare sempre l'accesso alle dichiarazioni ufficiali (inclusa la documentazione appositamente preparata da un'impresa in vista della propria partecipazione ad un programma di clemenza) e, al contrario, di rendere accessibili a terzi senza riserve i documenti preesistenti, seppur presentati da un soggetto nell'ambito di un *leniency program*.

⁴¹ TAR Lazio, sentenza n. 10615/2009, cit.

un giudizio civile risarcitorio *follow-on*, il richiedente, a dire dei giudici amministrativi, ben potrebbe ricorrere all'ordine di esibizione alla parte o al terzo, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., o alla richiesta di informazioni alla Pubblica Amministrazione prevista dall'art. 213 c.p.c.

È tuttavia noto che l'inottemperanza all'ordine di esibizione non è sanzionata, se posta in essere da un terzo (quale sarebbe l'AGCM), e che, anche a fronte di una richiesta rivolta ai sensi dell'art. 213 c.p.c., la Pubblica Amministrazione può di fatto rifiutarsi di eseguire l'ordine ricevuto, senza incorrere in alcuna conseguenza.

Infine, con specifico riferimento ai documenti e informazioni comunicate dai *leniency applicants*, vi è ragionevole motivo di ritenere che fino a quando non sarà chiarita la posizione dell'AGCM, che solo nella propria segnalazione per la Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013 ha anticipato l'intenzione di procedere ad una valutazione caso per caso con riguardo ai documenti prodotti spontaneamente dai *leniency applicants*, pur ribadendo il diniego all'accesso alle dichiarazioni ufficiali, non vi è comunque alcuna certezza in merito alla possibilità di accoglimento di una richiesta rivolta alla ANC per ottenere la disponibilità dei predetti documenti⁴².

In altre parole, si ritiene che, non solo, gli attuali orientamenti amministrativi in tema di accesso agli atti del procedimento dell'AGCM da parte di terzi, ma anche, e più in generale, lo stesso sistema di accesso alle prove, attualmente applicabile nel nostro ordinamento alle azioni risarcitorie in materia *antitrust*, meritino di essere oggetto di un'attenta e profonda riflessione per cercare di stimolare, anche nel nostro Paese e in attesa di un intervento normativo a livello europeo, una maggiore diffusione del *private enforcement*.

3. Le decisioni con impegni e il private enforcement

Come anticipato nell'introduzione, un altro tema in relazione al quale, in Italia, si è manifestata la necessità di raggiungere una più equilibrata interazione tra *public* e *private enforcement* è quello del ri-

⁴² Cfr. sul punto M. TODINO, E. BOTTI, *op. cit.*, 97 ss. e C. TESAURO, *op. cit.*, 447 ss.

lievo attribuibile alle decisioni di chiusura di istruttoria, mediante accettazione di impegni, nelle successive azioni di risarcimento del danno avviate in sede civile.

Significativa a tale riguardo è la sentenza del TAR Lazio n. 3964/2011 resa nel caso Conto TV/AGCM⁴³, nella quale i giudici amministrativi hanno assunto una posizione, che, ad avviso di chi scrive, rischia di snaturare l'istituto degli impegni e di creare una pericolosa commistione tra i diversi interessi che vengono in rilievo nell'ambito dell'applicazione pubblica e privata del diritto della concorrenza.

In particolare, con la sentenza in commento, il TAR Lazio ha annullato il provvedimento del 7 luglio 2010⁴⁴ con il quale l'AGCM aveva chiuso, con l'accettazione degli impegni proposti da Sky Italia, l'istruttoria avviata nei confronti di quest'ultima per presunta violazione dell'art. 102 TFUE, asseritamente posta in essere nei mercati italiani della *pay-tv* e dell'accesso *wholesale* alla piattaforma satellitare, nei quali Sky Italia deteneva una posizione dominante. Le riserve espresse dall'AGCM riguardavano principalmente le modalità di determinazione (non trasparenti) ed il livello (estremamente elevato) delle condizioni economiche applicate da Sky Italia ai propri *competitors*, e in fattispecie a Conto TV, per la fornitura di servizi *wholesale* per l'accesso alla propria piattaforma satellitare. Conseguentemente, l'AGCM aveva ipotizzato, in sede di avvio del procedimento, che Sky Italia avesse ingiustificatamente impedito alla ricorrente, non solo di presentare agli utenti finali offerte competitive dal punto di vista economico, ma anche di aggiudicarsi alcuni contenuti particolarmente appetibili c.d. *premium* (quali diritti audiovisivi relativi ad eventi calcistici), ponendo in essere una abusiva discriminazione a favore delle proprie divisioni interne.

In relazione alle preoccupazioni anticoncorrenziali sopramenzionate, l'AGCM ha ritenuto gli impegni presentati da Sky Italia⁴⁵

⁴³ TAR Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964, in *Foro Amm. TAR*, 2011, 6, 1926 ss., con nota di E.A. RAFFAELLI, *Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell'applicazione del diritto antitrust*. Avverso la sentenza del TAR Lazio è attualmente pendente il giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato.

⁴⁴ AGCM, A407-Conto TV/Sky Italia, 7 luglio 2010, in *Boll.* 27/2010.

⁴⁵ Sky Italia si era, in particolare, impegnata a: 1) inserire, nella propria contabilità regolatoria separata, un dettaglio delle condizioni economiche di accesso alla piatta-

“idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali delineati nel provvedimento di avvio dell’istruttoria, in quanto forniscono nuove garanzie per il rispetto del principio di non discriminazione nella fornitura dei servizi di accesso alla piattaforma satellitare”⁴⁶.

Tuttavia, il giudizio positivo espresso dalla ANC italiana è stato successivamente censurato dal TAR Lazio che, in accoglimento delle doglianze proposte nel merito da Conto TV, ha ritenuto che gli impegni proposti da Sky Italia, seppur atti a porre rimedio *pro futuro* ai profili anticoncorrenziali paventati dall’AGCM, non fossero comunque idonei “a far venire meno gli eventuali effetti pregiudizievoli già prodotti né ad incidere sui rapporti contrattuali in essere alla data di adozione della delibera impugnata”⁴⁷. Per tale motivo – secondo il Collegio –, l’AGCM avrebbe violato l’interesse della ricorrente ad ottenere una decisione di accertamento dell’infrazione, che sarebbe stata invece idonea a soddisfare la pretesa sostanziale, in considerazione della valenza probatoria che detta decisione potrebbe assumere in un eventuale contenzioso civile di risarcimento danni.

Il TAR Lazio ha dunque ritenuto che, in presenza di condotte che abbiano *medio tempore* prodotto effetti potenzialmente anticompetitivi, l’AGCM non potrebbe accettare impegni che non siano suscettibili di riparare integralmente detti effetti *ex post*, in quanto un siffatto provvedimento si risolverebbe in un’inaccettabile rinuncia da parte dell’Autorità all’esercizio della propria funzione istituzionale (*i.e.* l’accer-

forma applicate alla propria divisione operativa DisCo, in modo da quantificare il costo dei servizi in questione forniti internamente; 2) predisporre specifiche informative, da pubblicare sul proprio sito *internet*, volte a rendere edotti tutti i soggetti editori di canali in forma codificata del diritto di accesso alla propria piattaforma satellitare e delle relative condizioni economiche (con indicazione dei principali corrispettivi *una tantum* di attivazione, di quelli periodici nonché dei corrispettivi su base giornaliera); 3) definire una procedura *standard* per la gestione delle richieste di accesso alla piattaforma, in modo da rendere chiaro e rapido l’avvio della negoziazione dei contratti di accesso; 4) inviare all’AGCM una relazione semestrale relativa all’attuazione dell’impegno *sub* 2.

⁴⁶ AGCM, A407-Conto TV/Sky Italia, cit., pt. 64.

⁴⁷ TAR Lazio, sentenza n. 3964/2011, cit., pt. 3.

tamento delle infrazioni *antitrust*), non essendo ammissibile che, in simili casi, sia il giudice civile a dover verificare – incidentalmente – la sussistenza di una violazione della normativa a tutela della concorrenza (e, nel caso di specie, di un abuso di posizione dominante) nell’ambito della controversia sottoposta al suo esame.

Il *dictum* del TAR Lazio si espone, ad avviso di chi scrive, a censure sotto diversi profili.

In primo luogo, quanto affermato in merito al necessario effetto retroattivo degli impegni, a fronte di presunte infrazioni dalle quali siano derivati, prima della chiusura dell’istruttoria, possibili effetti anti-competitivi, rischia di limitare eccessivamente la possibilità riconosciuta all’AGCM di ricorrere all’istituto di cui all’art. 14 *ter* della legge 287/1990⁴⁸. Infatti, seguendo tale logica, è ragionevole ritenere che sarebbero davvero ben pochi i casi in cui le imprese potrebbero presentare impegni suscettibili di accettazione, considerato che è assai arduo individuare misure correttive che vadano a riparare tutti gli eventuali (e, si badi bene, solo ipotizzati) effetti negativi che i terzi potrebbero aver subito a causa della condotta asseritamente anticompetitiva, oggetto dell’indagine avviata dall’AGCM.

Inoltre, l’individuazione di siffatte misure sembra richiedere un livello di accertamento delle condotte, in relazione alle quali l’Autorità abbia espresso perplessità, che pare incompatibile con il comune tenore dei provvedimenti di avvio di un’istruttoria e che rischia di non essere facilmente raggiungibile in caso di condotte complesse, il cui impatto sul mercato non possa essere immediatamente percepito, richiedendo, ad esempio, approfondite analisi economiche.

Infine, in relazione a tale aspetto, il *dictum* del TAR sembra discostarsi dal principio costantemente affermato dai medesimi giudici amministrativi, secondo cui l’area “naturale” di applicazione degli impegni sarebbe proprio quella di “comportamenti, la cui contrarietà alla legge non è ancora accertata, che destano nell’attualità preoccupazione sotto un profilo concorrenziale per gli eventuali riflessi sul mercato” e

⁴⁸ Sul punto cfr. E.A. RAFFAELLI, *Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell’applicazione del diritto antitrust*, cit., 1926 ss. e A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement, nel diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza e regole*, a. XIV, aprile 2012, 1, 95.

con riguardo ai quali gli impegni siano in grado di offrire una soluzione efficace per il futuro⁴⁹.

L'attenzione riservata dal TAR Lazio, nel caso in commento, all'idoneità degli impegni ad eliminare *ex tunc* gli eventuali effetti anti-competitivi riconducibili alla condotta oggetto dell'indagine dall'AGCM desta più di una perplessità anche sotto un altro profilo.

Ed infatti, le motivazioni addotte dai giudici amministrativi a sostegno della decisione di annullamento del provvedimento dell'AGCM nel caso Conto TV/Sky Italia attribuiscono, come visto, notevole rilievo alla preoccupazione che il soggetto, asseritamente danneggiato dalla condotta anticoncorrenziale ipotizzata nel provvedimento di avvio dell'istruttoria, venga ostacolato nell'esercizio del suo diritto all'ottenimento del risarcimento dei danni in sede civile da una decisione dell'Autorità che, da un lato, non accerti la sussistenza dell'infrazione, e, dall'altro, non sia in grado di rimediare integralmente ad ogni possibile ed eventuale danno subito da tale soggetto e, con ciò, a soddisfare pienamente gli interessi risarcitori che quest'ultimo potrebbe far valere dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

Tale conclusione, oltre a porsi in contrasto con i principi sanciti a livello europeo dal Regolamento 1/2003, che, come noto, fa espressamente salvo il potere delle giurisdizioni nazionali di applicare gli articoli 101 e 102 TFUE in presenza di preve decisioni di accettazione di impegni (considerando 22), sembra altresì incomprensibilmente trascurare "l'ontologica diversità degli interessi posti alla base" degli interventi dell'AGCM e dei giudici nazionali in applicazione delle norme *antitrust*⁵⁰.

In particolare, il TAR Lazio sembra richiedere all'AGCM di considerare gli interessi dei soggetti privati, eventualmente lesi dal comportamento anticompetitivo da essa analizzato, prima di decidere se accettare o meno gli impegni proposti dall'impresa interessata, così

⁴⁹ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 29 dicembre 2007, n. 14157; in termini, *inter plurimis*, TAR Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902; TAR Lazio, sez. I, 16 novembre 2010, n. 33474 e TAR Lazio, sez. I, 11 luglio 2011, n. 6173.

⁵⁰ Come riconosciuto in giurisprudenza, *inter plurimis*, da Corte Appello Roma, 16 gennaio 2001, in *Giur. Comm.*, 2002, II, 362.

creando un concreto rischio di sovrapposizione dei due ben diversi piani su cui devono svolgersi *private e public enforcement*⁵¹.

Inoltre, nel ritenere “frustrato” l’interesse risarcitorio sostanziale di un soggetto (asseritamente) vittima di un comportamento anticompetitivo per effetto dell’accettazione di impegni che risolvano solo per il futuro le perplessità anticoncorrenziali espresse dall’AGCM nel provvedimento di avvio dell’istruttoria, il TAR Lazio sembra aver eccessivamente sminuito il valore che la decisione di accettazione degli impegni è comunque destinata ad avere nell’ambito di azioni *follow-on*.

In particolare, seppur in tale ipotesi l’onere probatorio dell’attore risulti “aggravato” rispetto al caso in cui questi possa contare su una decisione di accertamento dell’infrazione⁵², essendo necessario dimostrare la stessa sussistenza dell’illecito lamentato, ciò non pare tuttavia costituire un ostacolo insormontabile a far valere il diritto al risarcimento dei danni subiti a causa di un’infrazione *antitrust* in sede civile⁵³.

⁵¹ E.A. RAFFAELLI, *Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell’applicazione del diritto antitrust*, cit., 1944. Tale rischio può, tuttavia, ritenersi superato da una successiva presa di posizione del Consiglio di Stato (sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393), che, pronunciandosi sulla *ratio* dell’istituto degli impegni, ha espressamente ribadito il “carattere ontologicamente pubblico” del potere esercitato dall’AGCM ai sensi dell’art. 14 *ter* della Legge 287/1990 ed ha rilevato come “il provvedimento di accettazione degli impegni costituisca (...) modalità di espressione di un potere autoritativo del medesimo segno di quello esercitato nel caso di esercizio del potere sanzionatorio finale” (pt. 4.4.).

⁵² Come si ricorderà *infra* (cfr. par. 4, nt. 60) a livello nazionale è ormai consolidato l’orientamento secondo cui la decisione con la quale l’AGCM accerti un’infrazione *antitrust* assume valore di “prova privilegiata” nell’ambito di eventuali azioni *follow-on*.

⁵³ In dottrina, si vedano sul punto E.A. RAFFAELLI, *Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell’applicazione del diritto antitrust*, cit., 1940 ss.; M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 Anni di antitrust - L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, 392 e A. PERA, M. CARPAGNANO, *Le decisioni con impegni tra teoria e prassi: un’analisi comparata*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2, 2008, 774. Inoltre, è interessante tenere presente che, come affermato da P. CASSINIS, *I nuovi poteri dell’Autorità nell’ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2, 2006, 732-36, le difficoltà di prova che normalmente caratterizzano gli illeciti *antitrust* raggiungono livelli diversi a seconda del tipo di infrazione. In particolare, se può risultare particolarmente arduo dimostrare l’esistenza di un cartello, in assen-

Ed infatti, nel caso di azioni risarcitorie avviate a seguito di una decisione di accettazione di impegni, l'attore potrà comunque contare (differentemente da quanto accade nel caso di azioni *stand-alone*) sul provvedimento di avvio dell'istruttoria, che contiene una preliminare valutazione della natura anticoncorrenziale dalla condotta oggetto del procedimento, sugli esiti del *market test*, cui gli impegni proposti vengono soggetti, nonché sul provvedimento con cui viene chiusa l'istruttoria⁵⁴.

A questo ultimo riguardo, va considerato che, come i giudici amministrativi hanno riconosciuto, il provvedimento con cui l'AGCM rende vincolanti gli impegni, pur avendo natura evidentemente prognostica, ha come suo presupposto l'effettiva sussistenza di profili di anti-concorrenzialità delle condotte oggetto di indagine⁵⁵ e “non può prescindere (...) dalla compiuta idoneità delle condotte rivenienti dall'attuazione degli impegni a rimuovere i profili anticompetitivi oggetto di contestazione”⁵⁶.

Il TAR Lazio, nella sentenza resa nel caso Conto TV/AGCM, sembra dunque avere davvero eccessivamente sminuito l'importanza che una decisione di accettazione degli impegni può assumere nell'ambito di successive azioni *follow-on*, tanto più se si considera che il Consiglio di Stato, solo pochi mesi dopo la pronuncia qui in commento, è arrivato addirittura ad affermare che al provvedimento di accoglimento degli impegni “resta pur sempre sotteso un comportamento del soggetto interessato dai connotati sostanzialmente confessori in ordine alla sussistenza dell'illecito”⁵⁷.

za di un previo provvedimento di accertamento di un'autorità *antitrust*, diverso sembra essere il caso degli abusi di posizione dominante, la cui prova, oltre ad essere normalmente nella disponibilità dell'attore, sarà spesso anche di natura documentale.

⁵⁴ A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, 83.

⁵⁵ Cfr. sul punto TAR Lazio, sez. I, 16 novembre 2010, n. 33474, ptt. 3.1 e 3.3.

⁵⁶ TAR Lazio, sez. I, 11 luglio 2011, n. 6173, pt. 4.3.1.

⁵⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393, pt. 5.2.8. Il *dictum* del Consiglio di Stato sembra in linea con l'opinione di parte della dottrina, tra cui M. SOUSA FERRO, *Committing to Commitment decision - unanswered questions on article 9 decisions*, in *E.C.L.R.*, 2005, 451 ss., che seppur con riguardo alle decisioni con impegni delle Commissione, ritiene che queste ultime potrebbero verosimilmente influenzare i giudici nazionali nel senso di ritenere sussistente un'infrazione delle norme *antitrust*,

In definitiva, l'auspicio è che il Consiglio di Stato, nel pronunciarsi sull'appello proposto avverso la sentenza del TAR Lazio, superi il pericoloso orientamento che quest'ultimo ha espresso nella sentenza Conto TV/AGCM, evitando di avallare un'impostazione che, oltre a ridurre eccessivamente l'operatività dell'istituto degli impegni, finisce con il porre l'applicazione pubblica del diritto della concorrenza "a servizio" di quella privata, effettuando un'inaccettabile commistione dei diversi interessi che questi due tipi di *enforcement* perseguono.

Il superamento del *dictum* dei giudici amministrativi di primo grado pare anche opportuno in considerazione della rilevanza che gli impegni hanno ormai assunto nell'attività di *enforcement* pubblico. Ed infatti, sia a livello nazionale che europeo, tale istituto ha dimostrato di essere un mezzo particolarmente efficace per ripristinare con immediatezza condizioni concorrenziali nel mercato⁵⁸, specialmente in settori

qualora siano chiamati a decidere su richieste risarcitorie fondate su condotte tenute nel periodo di tempo preso in considerazione dalla decisione della Commissione.

⁵⁸ L'importanza degli impegni nell'ambito del *public enforcement* è stata ribadita dalla Commissione anche nella Relazione sulla politica di concorrenza 2012 (datata 7 maggio 2013 e reperibile all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2012/part1_it.pdf), così come dall'AGCM nella Relazione sull'attività svolta nel 2012 (datata 31 marzo 2013 e reperibile all'indirizzo internet http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3746-relazione2012testocompleto.html; cfr. pt. 3 della Presentazione del Presidente Giovanni Pitruzzella). Entrambe le Autorità hanno peraltro evidenziato come l'efficacia e la credibilità di tale istituto non possa prescindere da una seria e costante attività di controllo del rispetto degli impegni assunti dalle imprese a chiusura di un'istruttoria avviata nei loro confronti. A questo riguardo è significativo il recente caso COMP/39.530 - *Microsoft (vendita abbinata)*, ad esito del quale la Commissione ha comminato al colosso informatico statunitense una sanzione di Euro 561.000.000 per inottemperanza degli impegni assunti a chiusura del procedimento originario (si veda in merito il discorso pronunciato il 6 marzo 2013 dal Vicepresidente della Commissione europea Joaquín Almunia, SPEECH/13/192, *Statement by VP Almunia on Microsoft*, reperibile all'indirizzo internet http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-192_en.htm).

Anche a livello nazionale, l'AGCM ha confermato la propria attenzione all'effettivo rispetto degli impegni accettati a chiusura di un'istruttoria, riaprendo di recente le indagini nel caso I689C - *Organizzazione servizi marittimi nel Golfo di Napoli* (30 maggio 2013, in *Boll.* 24/2013) per presunta violazione degli impegni assunti dalle imprese attive nei servizi locali di trasporto marittimo passeggeri nei golfi di Napoli e

caratterizzati da alti livelli di innovazione, per i quali è indispensabile una rapida reazione per contrastare gli effetti di comportamenti anti-competitivi⁵⁹.

4. Il valore delle decisioni delle Autorità che tutelano la concorrenza e il sistema di applicazione “decentrata” del diritto antitrust UE

Come si è già avuto modo di rilevare nel paragrafo che precede con specifico riguardo alle decisioni di accettazione di impegni, un ulteriore aspetto in relazione al quale vengono in rilievo le tensioni ancora oggi esistenti tra *private* e *public enforcement* è quello della valenza probatoria, nell’ambito delle azioni di risarcimento del danno *follow-on*, dei provvedimenti con cui le ANC o la Commissione abbiano accertato una violazione delle norme *antitrust* in materia di intese restrittive della concorrenza e/o di abuso di posizione dominante.

A questo riguardo, nel nostro ordinamento è principio ormai consolidato quello secondo cui la decisione amministrativa di accertamento di un’infrazione *antitrust* adottata dall’AGCM ha il valore di “prova privilegiata” nell’ambito di eventuali azioni risarcitorie successive, salvo prova contraria⁶⁰, pur restando ferma l’assenza di qualsivoglia

di Salerno, a chiusura del precedente procedimento I689-*Organizzazione servizi marittimi nel Golfo di Napoli*, 15 ottobre 2009, in *Boll.* 41/2009.

⁵⁹ Recentemente il Vicepresidente della Commissione europea Joaquín Almunia, nel proprio discorso “Remedies, commitments and settlements in antitrust” (SPEECH/13/210, reperibile all’indirizzo internet http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-210_en.htm) tenuto in occasione dell’incontro dell’8 marzo 2013 organizzato dall’*Association of competition lawyers* a Bruxelles, ha ribadito l’importanza dell’istituto e ha reso noto che a livello europeo, su un totale di 41 provvedimenti adottati dalla Commissione a partire dall’emanazione del Regolamento (CE) n. 1/2003, 15 avevano ad oggetto l’accertamento della violazione e 26 l’accettazione degli impegni.

⁶⁰ Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che, anche in presenza di una decisione di accertamento di un’infrazione *antitrust* da parte dell’AGCM, al convenuto deve essere garantita la possibilità di dimostrare l’interruzione del nesso causale fra l’illecito accertato in sede amministrativa e il danno lamentato dall’attore (ad esempio, allegando l’esistenza di fattori causali diversi rispetto a quelli considerati nel Provvedimento dell’AGCM che siano stati da soli idonei a produrre il danno, o che abbiano comunque

glia rapporto di pregiudizialità tra l'azione amministrativa e quella giurisdizionale intentata in sede civile.

Sotto tale profilo, dunque, il nostro ordinamento non sembra, per il momento⁶¹ esporsi ai rischi che, ad avviso di chi scrive, sono riconducibili al sistema delineato dal Regolamento 1/2003, con specifico

concorso a produrlo). Il convenuto non può tuttavia rimettere in discussione le medesime circostanze di fatto il cui accertamento è già contenuto nel provvedimento sanzionatorio. Si vedano sul punto Cass. Civile, sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro it.*, 2011, 10, I, 2675; Cass. Civile 26 maggio 2011, n. 11610, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 5, 808; Cass. Civile 18 agosto 2011, n. 17362, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 7-8, 1175; Cass. Civile, sez. III, 9 maggio 2012, n. 7040; Cass. Civile, sez. III, 3 aprile 2013, n. 8091, Cass. Civile, sez. III, 30 maggio 2013, n. 13667. In particolare, nei casi menzionati, tutti relativi alle varie azioni *follow-on* avviate dinanzi ai giudici civili a seguito del provvedimento con cui l'AGCM ha sanzionato un'intesa tra le principali compagnie di assicurazione operative nel ramo RC Auto nel 2000 (AGCM, I377-RC AUTO, 28 luglio 2000), la Suprema Corte ha precisato che la prova contraria spettante al convenuto rispetto alla decisione di accertamento di infrazione dell'AGCM non può avere ad oggetto circostanze attinenti al mercato generale del settore assicurativo, bensì deve riguardare situazioni e comportamenti specifici posti in essere dall'impresa di assicurazione interessata, che "siano tali da dimostrare che il livello di premio non è stato determinato dalla partecipazione all'intesa illecita, ma da altri fattori" (Cass. Civile, sentenza n. 7040/2012, cit.). Sul tema, si veda anche la recente decisione del Tribunale di Milano, I sez. civ., 13 febbraio 2013, nella quale, richiamando quando disposto in una precedente sentenza della Cassazione (Cass. Civile, sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640), si è ribadito che nell'ambito di un'azione *follow-on* la decisione dell'AGCM o quella dei giudici amministrativi, che definitivamente confermino o riformino tale decisione, riveste un ruolo significativo nell'accertamento dell'infrazione *antitrust* e costituisce prova privilegiata della sussistenza di quest'ultima.

⁶¹ Come si è già avuto modo di sottolineare, la situazione potrebbe cambiare se entrerà in vigore la Proposta di Direttiva *private enforcement* della Commissione nella quale, all'art. 9, si attribuisce valore vincolante alle decisioni definitive di accertamento di un'infrazione *antitrust* delle ANC nell'ambito dei giudizi risarcitori avviati dinanzi ai giudici nazionali ed aventi ad oggetto le medesime condotte previamente esaminate in sede amministrativa. Ad avviso della Commissione, è infatti opportuno conferire efficacia vincolante a queste decisioni in quanto, "se una decisione relativa ad un'infrazione è già stata adottata ed è divenuta definitiva, sarebbe inutile, per l'impresa autrice dell'infrazione, adire nuovamente il giudice sulle stesse questioni intentando successive azioni. Ciò causerebbe inoltre incertezza del diritto e genererebbe costi superflui per tutte le parti coinvolte e per la giustizia" (cfr. Proposta di Direttiva *private enforcement*, pt. 4.3.1).

riguardo al valore da esso attribuito alle decisioni della Commissione, in applicazione degli artt. 101 e/o 102 TFUE, *in primis* nei confronti di tutti i giudici nazionali. Come noto, infatti, l'art. 16, comma 1, del predetto Regolamento prevede espressamente che, qualora le giurisdizioni degli Stati membri siano chiamate a pronunciarsi, ai sensi degli articoli 101 e/o 102 TFUE, su accordi e/o pratiche che siano oggetto di una decisione già "adottata" o anche solo "contemplata" in un procedimento in corso dalla Commissione, esse devono astenersi dall'emettere provvedimenti che siano in contrasto con le predette decisioni dell'Istituzione europea.

Al fine di garantire il rispetto di tale disposizione è stato inoltre previsto che i giudici nazionali possono valutare l'opportunità di "sospendere i procedimenti" dinanzi ad essi avviati, in attesa della pronuncia "contemplata" dalla Commissione, ovvero della conclusione di eventuali giudizi di impugnazione dinanzi alle autorità giurisdizionali comunitarie di una decisione già "adottata"⁶², disponendo – se necessario – le opportune misure provvisorie per la tutela degli interessi delle parti⁶³.

L'art. 16 del Regolamento 1/2003 lascia in ogni caso impregiudicata la facoltà del giudice nazionale di ricorrere al rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, qualora il giudice dubiti della legittimità della decisione della Commissione cui è tenuto a conformarsi. Facoltà, che è da considerarsi un vero e proprio obbligo per le giurisdizioni nazionali quando, in presenza di una decisione della Commissione definitiva, esse intendano discostarsi dal contenuto della medesima cui sarebbero, altrimenti, vincolate⁶⁴.

È evidente che tale articolo non ha solo consacrato una sorta di primato "rafforzato" del diritto europeo, ma ha anche favorito la creazione di un sistema che, lungi dal realizzare la "decentralizzazione" nell'applicazione delle norme *antitrust* europee, obiettivo espresso del Regolamento 1/2003 e, più in generale, delle varie iniziative adottate dal legislatore europeo con il c.d. "pacchetto modernizzazione", risulta ca-

⁶² Cfr. sul punto la *Cooperation Notice*, cit., pt. 12-13.

⁶³ Cfr. la *Cooperation Notice*, cit., pt. 14.

⁶⁴ Cfr. la *Cooperation Notice*, cit., pt. 13.

ratterizzato da un’“ingombrante” supremazia della Commissione in primo luogo nei confronti dei giudici nazionali⁶⁵.

Lo scenario che ne risulta rischia così di sacrificare da un lato, l’efficacia diretta della normativa *antitrust* europea e, dall’altro, il diritto dei singoli di ottenere un’effettiva e rapida tutela giurisdizionale dei propri diritti soggettivi, lesi da un comportamento anticoncorrenziale, in nome dell’esigenza di garantire l’uniforme e coerente applicazione delle norme *antitrust* europee⁶⁶.

Diversi aspetti confermano tale conclusione.

In primo luogo, l’art. 16, comma 1, “codifica” la subordinazione dei giudici nazionali alla Commissione, creando in capo a questi un inaccettabile vincolo, che li rende di fatto soggetti alle decisioni di un organo amministrativo (peraltro con funzioni anche esecutive). In tal modo, non si trascura solo la diversità degli interessi che sono rispettivamente tutelati dall’attività di *enforcement* pubblico e da quella di *enforcement* privato delle norme *antitrust*, ma si crea altresì un vero e proprio (inaccettabile) rapporto di pregiudizialità tra l’attività amministrativa, svolta dalla Commissione, e quella giurisdizionale, demandata ai giudici nazionali, che dovrebbero invece poter decidere, parallelamente e in via autonoma all’Istituzione europea, le cause portate alla loro attenzione.

In secondo luogo, la disposizione in commento favorisce il moltiplicarsi dei casi in cui i giudici nazionali risultano *de facto* costretti a sospendere i procedimenti dinanzi ad essi pendenti. Ed infatti, l’“invito” a valutare la sospensione, rivolto ai giudici nazionali dall’art. 16, comma 1, del Regolamento 1/2003, si risolve in un vero e proprio obbligo nell’ipotesi di contemporanea pendenza di giudizi di impugnazione di una decisione della Commissione dinanzi al Tribunale o alla Corte

⁶⁵ Per ulteriori commenti e dettagli sul punto si rimanda a E.A. RAFFAELLI, *National Judges and the application of regulation 1/2003: remarks and proposals*, in B.E. HAWK (a cura di), *International Antitrust Law & Policy*, Huntington (NY), 2011, 247 ss.

⁶⁶ Ai sensi del considerando 22 del Regolamento 1/2003, infatti, la regola codificata dall’art. 16, comma 1, troverebbe la propria giustificazione nel fatto che “per assicurare il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell’applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie in un sistema di competenze parallele devono essere evitati i conflitti fra decisioni”.

di giustizia, nel caso in cui il giudice nazionale decida di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia volendo discostarsi da quanto accertato dalla Commissione e, infine, nell'ipotesi di attesa della decisione solo "contemplata" dalla Commissione medesima⁶⁷.

Tale situazione appare senz'altro criticabile sotto diversi profili. Occorre innanzitutto rilevare che le ipotesi di "sospensione necessaria" sopra esaminate non si inseriscono agevolmente in tutti gli ordinamenti quale, a titolo esemplificativo, quello italiano⁶⁸. A ciò si deve aggiungere che detta sospensione, quand'anche possibile, potrebbe rivelarsi finanche inutile⁶⁹ e si risolve, in ogni caso, in una violazione del diritto dei singoli ad ottenere in tempi rapidi il risarcimento dei danni subiti a causa di un'infrazione *antitrust*, con la conseguenza che tali soggetti potrebbero, nel frattempo, soffrire un pregiudizio irreversibile⁷⁰.

In definitiva, la situazione creata dall'art. 16, comma 1, del Regolamento 1/2003 pare porsi in evidente contrasto, non solo, con diversi principi di rango costituzionale e, segnatamente, con le disposizioni che, quantomeno nell'ordinamento italiano, sanciscono l'autonomia e l'indipendenza dei giudici, soggetti soltanto alla legge, e riconoscono a tutti il diritto di agire in giudizio per ottenere la tutela dei propri drit-

⁶⁷ Per una più accurata disamina di tali ipotesi si rinvia a E.A. RAFFAELLI, *National Judges and the application of regulation 1/2003: remarks and proposals*, cit., 256 ss.

⁶⁸ In Italia, infatti, la sospensione può essere disposta d'ufficio solo in caso di pregiudizialità ex art. 295 c.p.c. e, se richiesta dalle parti, non può comunque eccedere i tre mesi ex art. 296 c.p.c.

⁶⁹ Si pensi all'ipotesi in cui la decisione della Commissione sia invalidata dai giudici europei per motivi procedurali o per insufficienza di prove.

⁷⁰ Sotto tale profilo, non sembra risolutivo ritenere che il giudice nazionale potrebbe comunque adottare misure cautelari per tutelare, nel corso della sospensione, gli interessi delle parti che potrebbero risultare lese dalla sospensione; è infatti dubbio che il giudice nazionale possa adottare misure cautelari contrarie alla decisione già adottata o anche solo contemplata dalla Commissione.

ti⁷¹, ma anche con il principio del giusto processo di cui agli articoli 6 CEDU e 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE⁷².

La situazione di sostanziale subordinazione del *private enforcement* al *public enforcement* che risulta dal dettato dell'art. 16, comma 1, del Regolamento 1/2003, si ripropone peraltro in termini analoghi anche nell'ambito dell'applicazione pubblica (teoricamente) "decentrata" delle norme *antitrust* europee da parte delle varie ANC. Ed infatti, l'art. 16, comma 2, attribuisce efficacia vincolante alle decisioni di accertamento dell'infrazione adottate dalla Commissione anche con riguardo alle ANC che siano chiamate a pronunciarsi sui medesimi accordi/decisioni o pratiche oggetto della previa decisione della Commissione.

La chiara "supremazia" della Commissione, rispetto alle varie ANC, nell'applicazione del diritto *antitrust* europeo, risulta anche confermata dalla sentenza resa in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia nel caso *Tele2 Polska*⁷³, nella quale la Corte è stata chiamata a valutare se fosse compatibile con il diritto dell'Unione europea, e in particolare con l'art. 5 del Regolamento 1/2003, attribuire ad una ANC il potere di constatare l'assenza di una violazione degli articoli 101 e/o 102 TFUE, in forza di una norma nazionale che attribuiva a detta ANC tale facoltà con riguardo ad infrazioni della legge *antitrust* dello Stato membro (in fattispecie, la Polonia).

⁷¹ Ci si riferisce, in particolare, agli articoli 24, 101, 104 e 111 della Costituzione italiana. A questo riguardo, è opportuno ricordare la sentenza della Corte d'Appello di Milano n. 6185 dell'8 maggio 2009 dove, nell'ambito dell'azione adita le parti attrici avevano *inter alia* sollevato una questione di costituzionalità dell'art. 16, comma 1, del Regolamento 1/2003.

⁷² Ciò, *in primis*, per il fatto che l'art. 16, comma 1, sottopone i giudici nazionali al rispetto di una decisione amministrativa che non può essere considerata come adottata ad esito di un procedimento che abbia rispettato il diritto delle parti ad un tribunale imparziale, indipendente e preconstituito per legge. Per ulteriori profili problematici relativi al rapporto tra il principio del giusto processo e l'art. 16, comma 1, del Regolamento 1/2003, si rinvia a E.A. RAFFAELLI, *National Judges and the application of regulation 1/2003: remarks and proposals*, cit., 266-270.

⁷³ Corte di giustizia, C-375/09, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c. Tele2 Polska sp. z o.o., divenuta Netia SA*, 3 maggio 2011.

I giudici europei hanno dapprima rilevato che l'art. 5 del Regolamento 1/2003, nell'elencare i provvedimenti che le ANC sono legittimate ad adottare quando applicano le norme *antitrust* europee, non menziona le decisioni di "accertamento negativo", limitandosi a prevedere che "qualora, in base alle informazioni di cui dispongono, non sussistono le condizioni per un divieto, [le ANC, n.d.r.] possono anche decidere di non avere motivo di intervenire".

Partendo dal tenore letterale di tale disposizione, la Corte ha statuito che quest'ultima deve essere interpretata nel senso che osta a che una ANC possa adottare una decisione in cui constata l'assenza di una violazione degli artt. 101 e/o 102 TFUE e che, dunque, l'art. 5 del Regolamento 1/2003 costituisce il fondamento normativo (nell'assenza di una norma nazionale, o in presenza di norma nazionale contraria) per l'adozione da parte della ANC di un provvedimento con il quale quest'ultima, non riscontrando i presupposti per contestare un'infrazione delle predette disposizioni europee a tutela della concorrenza, si limiti a dichiarare di non aver motivo di intervenire.

Al di là dei molteplici spunti critici che la sentenza appena citata presenta, è interessante soffermarsi sulle motivazioni principali che la Corte di giustizia ha utilizzato per giungere a tale conclusione.

In primo luogo, il principio stabilito nella sentenza in esame è stato giustificato sulla base del fatto che, ai sensi dell'art. 10 del Regolamento 1/2003⁷⁴, la Commissione sarebbe l'unica autorità competente ad accertare l'inapplicabilità degli articoli 101 e/o 102 TFUE ad una determinata condotta; secondariamente, sempre stando a quanto affermato dai giudici della Corte europea, riconoscere alle ANC la facoltà di adottare decisioni constatanti l'assenza di un'infrazione degli articoli 101 e/o 102 TFUE rischierebbe di pregiudicare il sistema di coopera-

⁷⁴ Secondo il quale: "Per ragioni di interesse pubblico comunitario relative all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato [101 e 102 TFUE, n.d.r.], la Commissione, d'ufficio, può stabilire mediante decisione che l'articolo 81 del trattato è inapplicabile a un accordo, a una decisione di associazione di imprese o a una pratica concordata, o perché le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 1 del trattato, non sono soddisfatte, o perché sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato. La Commissione può effettuare una tale constatazione anche in relazione all'articolo 82 del trattato".

zione tra le ANC e la Commissione, come istituito dal Regolamento 1/2003, a garanzia dell'uniforme applicazione del diritto *antitrust* UE. Ciò, in quanto un siffatto tipo di decisioni “potrebbe impedire alla Commissione di constatare successivamente che la prassi di cui trattasi costituisce un'infrazione delle disposizioni [...] del diritto dell'Unione” (pt. 28).

Entrambe le richiamate argomentazioni risultano difficilmente condivisibili. Ed infatti, il riferimento all'art. 10 del Regolamento 1/2003 non è convincente in quanto tale disposizione disciplina, come noto, decisioni ben diverse da quelle di accertamento dell'insussistenza di un'infrazione delle norme *antitrust* europee in un singolo caso e, segnatamente, attribuisce alla Commissione il potere di constatare l'inapplicabilità degli articoli 101 e/o 102 a prassi nuove, peraltro solo in ipotesi eccezionali (giustificate dall'interesse pubblico dell'Unione)⁷⁵. Il riferimento all'art. 10 sembra dunque un espediente, per il vero poco riuscito, cui la Corte ha fatto ricorso per rivendicare la diversità del ruolo svolto dalla Commissione e dalle ANC nell'applicazione del diritto *antitrust* europeo.

Del pari, nell'affermare che le decisioni delle ANC di “accertamento negativo” circa la sussistenza di un'infrazione delle norme *antitrust* europee sarebbero suscettibili di pregiudicare il meccanismo di cooperazione istituito con la Commissione dal Regolamento 1/2003, la Corte non spiega in alcun modo perché tale effetto non potrebbe ugualmente derivare dalla riconosciuta possibilità per le ANC di constatare la violazione degli articoli 101 e/o 102 in casi individuali⁷⁶.

Quanto poi al riferimento che simili decisioni di “accertamento negativo” delle ANC si porrebbero in contrasto con il Regolamento

⁷⁵ Lo stesso AG Mázak nelle proprie conclusioni (presentate nel caso C-375/09, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c. Tele2 Polska sp. z o.o., divenuta Netia SA*, 7 dicembre 2010) ha riconosciuto che le decisioni della Commissione ex art. 10 del Regolamento 1/2003 non potrebbero mai essere adottate nell'interesse di un'impresa, né a chiusura di casi specifici (in quanto il loro scopo sarebbe quello di evitare di reintegrare le vecchie decisioni di esenzione individuale).

⁷⁶ Si veda, *inter alia*, J. VOGEL, *The European Court of Justice rules that a national competition authority cannot adopt a decision ruling Articles 101 and 102 TFEU inapplicable (Tele2 Polska)*, in *e-Competitions*, n. 38644 (www.concurrences.com).

1/2003 perché impedirebbero alla Commissione di poter successivamente accertare la contrarietà delle medesime pratiche, oggetto di tali decisioni nazionali, agli artt. 101 e/o 102 TFUE, non si può non rilevare come la situazione paventata dalla Corte potrebbe invero crearsi solo in casi limitati, e segnatamente qualora fosse invocabile il principio del *ne bis in idem*⁷⁷, restando per il resto impregiudicato il potere della Commissione di constatare l'infrazione delle norme *antitrust* europee con riguardo a profili della condotta non "coperti" dalla decisione di "accertamento negativo" della ANC.

Alla luce di queste brevi considerazioni emerge come la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Tele2 Polska* sia incentrata sul riconoscimento alla Commissione di una innegabile preminenza, anche nei confronti delle ANC, con l'effetto che l'applicazione "decentrata" del diritto *antitrust* europeo sembra sempre più destinato a rimanere, quantomeno in parte, "lettera morta".

A conferma di questa "tendenza" si è di recente aggiunto il principio sancito dalla Corte di giustizia nel caso *Schenker*⁷⁸, nel quale

⁷⁷ Sul tema del *ne bis in idem*, si veda, di recente, Corte di giustizia, C-17/10, *Toshiba Corporation e altri c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, 14 febbraio 2012.

⁷⁸ Corte di giustizia, C-681/11, *Bundeswettbewerbshörde e Bundeskartellanwalt c. Schenker & Co. AG e altri*, 18 giugno 2013. La vicenda da cui trae origine il caso in questione può essere così riassunta: un gruppo di società attive nel settore delle spedizioni (tra cui Schenker) si erano riunite nella Conferenza austriaca degli spedizionieri per il trasporto a collettame ("SSK"), facente parte dell'Associazione nazionale austriaca degli spedizionieri. Quest'ultima, nel 1995 aveva fatto richiesta al *Kartellgericht* (Tribunale competente in materia di imprese) di dichiarare che la SSK costituiva un'intesa minore ai sensi della legge *antitrust* austriaca, suscettibile, in quanto tale, di essere attuata senza previa autorizzazione. Il predetto Tribunale, confermava l'anno successivo, con propria decisione che la SSK era un'intesa minore. Tale conclusione era stata anche avallata da un parere reso da uno studio legale specializzato in diritto della concorrenza, cui l'associazione si era rivolta. Molti anni dopo (nel 2007), la Commissione ha svolto alcune ispezioni senza preavviso presso i locali commerciali di varie imprese attive nei servizi di spedizione internazionali, sospettando l'esistenza di pratiche restrittive della concorrenza. A seguito di ciò, si era deliberato lo scioglimento della SSK. Tuttavia, nel 2010, il *Bundeswettbewerbshörde* (ANC austriaca) ha avviato un procedimento nei confronti delle imprese che avevano fatto parte dello SSK (tra cui, Schenker), addebitando alle stesse di aver concordato le tariffe applicabili al trasporto nazionale di merci al collettame in tutta l'Austria, in violazione della legge *antitrust* naziona-

la Corte è stata adita in via pregiudiziale dall'*Oberster Gerichtshof* (Corte suprema di cassazione austriaca) al fine di valutare *inter alia* se le violazioni dell'articolo 101 TFUE da parte di un'impresa possano essere sanzionate con un'ammenda qualora detta impresa sia incorsa in errore circa la legittimità del proprio comportamento, in specie per aver fatto affidamento su un parere fornitole da un consulente giuridico esperto in diritto della concorrenza, nonché su una decisione di una ANC che aveva ritenuto lecita, ai sensi della legge *antitrust* nazionale, la condotta successivamente considerata in asserita violazione dell'art. 101 TFUE.

La Corte, richiamando i principi sanciti nel caso *Tele2 Polska*, ha ricordato che una ANC non può constatare l'assenza di una violazione delle norme *antitrust* europee, e, dunque, far sorgere in capo alle imprese un affidamento circa la liceità del proprio comportamento ai sensi degli articoli 101 e/o 102 TFUE, essendo del pari irrilevanti a tal fine decisioni che abbiano constatato la liceità del medesimo comportamento ai sensi della normativa *antitrust* nazionale. Conseguentemente:

“[...] L'articolo 101 TFUE deve essere interpretato nel senso che un'impresa che abbia violato tale disposizione non può sottrarsi all'infrazione di un'ammenda qualora l'infrazione in parola abbia origine in un errore della medesima impresa quanto alla legittimità del proprio comportamento a motivo del contenuto di un parere giuridico di un avvocato o di quello di una decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza” (pt. 43).

le e dell'art. 101 TFUE. Conseguentemente, detta ANC aveva chiesto l'accertamento dell'infrazione con la condanna al pagamento di sanzioni, a carico di tutte le imprese coinvolte, fatta eccezione per Schenker (che aveva partecipato al programma di clemenza). A loro difesa le imprese hanno addotto il fatto di avere riposto affidamento nel parere specialistico del legale, nonché nel fatto che la SSK era stata considerata dal *Kartellgericht* quale intesa di entità minima, che, come tale, non avrebbe a loro avviso potuto comportare l'applicazione ad essa del diritto europeo della concorrenza. Mentre, in primo grado, la Corte d'appello di Vienna ha accolto la tesi difensiva delle imprese, ritenendo che ad esse non potesse essere imputata alcuna consapevole violazione *antitrust*, la Corte suprema di cassazione, adita da *Bundeswettbewerbshörde e Bundeskartellanwalt* ha ritenuto opportuno rimettere la questione alla Corte di giustizia.

Tale principio, seppur in linea con la posizione della Corte di giustizia, non può non far sorgere qualche perplessità circa la situazione di totale assenza di certezza giuridica, cui gli operatori sembrano destinati ad essere esposti. E ciò, è bene evidenziarlo, solo per effetto della supremazia riconosciuta alla Commissione nei confronti delle altre ANC, nell'applicazione del diritto *antitrust* europeo, e in nome dell'esigenza di garantire un'uniforme applicazione di tali disposizioni.

5. Rilevi conclusivi

Dall'analisi condotta è emerso che sono ancora molti i profili in relazione ai quali si manifesta la necessità di raggiungere un punto di equilibrio tra gli interessi sottesi al *public enforcement* e quelli perseguiti dal *private enforcement*.

Ad avviso di chi scrive, al di là delle specificità di ogni problema rilevato, resta ancora molto da fare, in ambito sia nazionale sia europeo, per raggiungere un livello di soddisfacente interazione tra i due strumenti di *enforcement* e un sistema che garantisca effettivamente un'applicazione decentrata della normativa dell'Unione a tutela della concorrenza, senza sacrificare il diritto dei singoli ad ottenere in tempi brevi il risarcimento dei danni subiti a causa di illeciti *antitrust*, né il diritto di tutti gli operatori del mercato di poter contare su un'adequata certezza giuridica.

Una strada senz'altro da percorrere è quella di puntare sempre di più sulla specializzazione di tutti i giudici nazionali chiamati ad applicare la normativa *antitrust* e, dunque, non solo dei giudici dinanzi ai quali siano incardinate le azioni civili risarcitorie, ma anche quelli che siano chiamati a pronunciarsi sulla validità delle decisioni delle ANC.

In Italia, passi in avanti in questo senso sono stati senza dubbio compiuti con l'attribuzione, ad opera dell'art. 2 del d.l. 1/2012⁷⁹, alle sezioni specializzate in materia di impresa (c.d. Tribunale delle Imprese) della competenza a conoscere di tutte le violazioni *antitrust*, a pre-

⁷⁹ D.l. 24 gennaio 2012-*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo e la competitività* (G.U. n. 19 del 24-1-2012) convertito in l. 24 marzo 2012 n. 27.

scindere dalla normativa violata e dagli eventuali profili di afferenza con violazioni di diritti di proprietà intellettuale⁸⁰. Oltre a quanto già attuato, si dovrebbe anche garantire un'adeguata specializzazione dei giudici amministrativi chiamati a sindacare la legittimità dei provvedimenti dell'AGCM, anche al fine di scongiurare i rischi che sono stati evidenziati con riguardo alla sentenza del caso Conto TV/AGCM.

La specializzazione dei giudici risulta essere fondamentale anche con riguardo al problema dell'accesso ai documenti e alle informazioni spontaneamente forniti dai *leniency applicants* in quanto consentirebbe ai giudici nazionali di affrontare e svolgere, con la dovuta competenza, il delicato bilanciamento di interessi richiesto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Pfleiderer* e di applicare le disposizioni che verranno, si spera a breve, adottate sul tema a livello europeo.

⁸⁰ L'unica eccezione continua ad essere la competenza dei Tribunali per le azioni di classe di cui all'art. 140 *bis* Codice consumo (d.lgs. 206/2005) ai sensi del quale "La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale".

L'ECCEZIONE DI TRASFERIMENTO DI COSTI IN AZIONI *FOLLOW-ON*

Carmen Herrero Suárez

SOMMARIO: *I. Introduzione; II. La ripercussione dei costi da una prospettiva economica. I danni derivati di un cartello; III. Trascendenza giuridica; 1.1. La soluzione statunitense; 1.2. La soluzione europea; 1.3. Spagna; IV. Conclusioni.*

I. Introduzione

Le condotte contrarie al diritto della concorrenza, quali possono essere i cartelli o gli abusi di posizione monopolistica nei mercati, di solito comportano prezzi supracompetitivi. È per questa ragione, che, spesso, i danni concreti derivati da queste pratiche s'identificano con i sovrapprezzi che i clienti o gli acquirenti diretti sono stati costretti a pagare alle imprese trasgreditrici. Spesso, inoltre, al soffrire un incremento dei loro costi, questi sovrapprezzi finiscono con il ripercuotersi a cascata sui successivi acquirenti dei beni, che rientrano nella catena di produzione o distribuzione, fino ad arrivare ai consumatori finali. Vale a dire, in definitiva, sugli acquirenti indiretti che non hanno nessun rapporto con gli autori della violazione.

L'argomento della ripercussione dei costi o *passing-on* si crea proprio in quest'ultimo scenario, all'interno del quale l'acquirente del prodotto cartellizzato non è il suo destinatario finale. Con questo termine, importato dall'ambito statunitense, si fa riferimento alla possibile considerazione giuridica del fatto che un'impresa che compra a un provveditore o fornitore che attua un comportamento anticoncorrenziale potrebbe limitare le proprie perdite economiche trasferendo la maggiorazione di prezzo sui propri clienti. Un comportamento che ci porta a formulare due distinte domande dal punto di vista giuridico: può essere presentata per il convenuto questa situazione come prova a discarico

rispetto ad una causa per risarcimento? Ci troveremo di fronte in questo caso alla *passing-on defense* propriamente detta. Gli acquirenti indiretti, su cui sono stati scaricati i sovrapprezzi, sono legittimati ad esigere alle imprese trasgreditrici le responsabilità per danni e perdite? S'infoca la ripercussione dei costi da una prospettiva offensiva.

Tale questione, sviluppatasi all'interno di diversi casi della giurisprudenza statunitense, è entrata a far parte del dibattito europeo sul fomento dell'applicazione privata o *private enforcement*. Così emerge nelle linee del Libro Verde e del Libro Bianco della Commissione su azioni di risarcimento, così come nella bozza della non nata Direttiva, arrivandosi in questi due ultimi documenti a una proposta concreta per la sua risoluzione.

Nell'ambito spagnolo, il problema della ripercussione dei costi da una prospettiva difensiva costituisce uno dei principali argomenti utilizzati in una sentenza relativamente recente. Si tratta della Sentenza dell'AP de Madrid del 3 ottobre 2011, all'interno del famoso cartello dello zucchero. Concretamente, in questo caso, il Tribunale, sulla base della ripercussione dei sovrapprezzi, assolse il convenuto (la Ebro Foods) delle pretese risarcitorie sollevate da diverse imprese di dolci. Bisogna ricordare che Ebro, accanto ad altre cooperative, partecipò in un cartello di fissazione del prezzo dello zucchero per uso industriale. Questo cartello fu sanzionato dall'Autorità garante della concorrenza spagnola, e questa risoluzione, confermata in via giudiziale (giudiziarica).

Per capire i problemi che porre l'applicazione dell'argomento della ripercussione dei costi nel marco dell'esercizio di azioni di danno, e proporre risposte o eventuali soluzioni, consideriamo conveniente partire da una piccola analisi, che da una prospettiva economica, permetta di comprendere la linea centrale o basica di quest'argomento. In funzione del risultato di quest'analisi, procederemo ad analizzare la risposta giuridica che ha ricevuto questo fenomeno, tanto nell'Unione europea come negli Stati Uniti e nell'ordinamento spagnolo. In conclusione, ci spingeremo sino a dare brevemente conto di diverse scelte di politica giuridica.

II. La ripercussione dei costi da una prospettiva economica. I danni derivati di un cartello

Esaminiamo adesso la ripercussione dei costi da una prospettiva economica, inquadrandola nel dibattito più generale sui possibili danni che un cartello (o un'altra pratica anticoncorrenziale di effetti analoghi) può produrre nel patrimonio di un compratore diretto dai cartellisti. Certamente, non si pretende qua fare un'analisi economica esaustiva né esatta sugli effetti economici derivati di un cartello, ma vogliamo solo fornire un'analisi approssimativa che consenta di porre in rilievo quale sia lo scheletro o idea centrale di questa ripercussione dei costi, ai fini di abordare il suo trattamento giuridico in maniera coerente.

Nel dibattito sulla *passing-on* esiste la convinzione che gli acquirenti diretti, che sono obbligati a pagare sovrapprezzi ai loro fornitori a conseguenza di una pratica anticoncorrenziale sono in condizione di rifarsi scaricandoli totalmente sui loro clienti, e così recuperare le eventuali perdite patite. Un'affermazione non del tutto veritiera, che mal si inquadra all'interno delle regole che reggono il mercato basate sulle leggi dell'offerta e della domanda.

In questo senso, tale affermazione è esatta solo in determinati casi, del tutto eccezionali, come quando gli acquirenti diretti si trovano di fronte ad una domanda totalmente rigida, cioè, insensibile alle variazioni dei prezzi, che li permette di vendere la stessa quantità indipendentemente dal prezzo fissato.

Nonostante, come regola, se l'acquirente diretto cercasse di trasferire integralmente sui suoi clienti (gli acquirenti indiretti) il sovrapprezzo pagato al trasgressore delle norme della concorrenza, la menzionata analisi indica che non ci riuscirebbe, e che questa ricarica (il sovrapprezzo) finirebbe coll'essere nella realtà condivisa da entrambi. Ciò con una proporzione che dipenderà, non dalla volontà dell'acquirente diretto, se non dalla elasticità di mercato relativa all'offerta e alla domanda dei beni e mercati sotto analisi. Se la domanda è molto inelastica rispetto all'offerta, la ricarica del sovrapprezzo ricadrà soprattutto sul compratore finale indiretto. Ma, in caso contrario, in presenza di una

domanda molto elastica rispetto all'offerta, la ricarica ricadrà fondamentalmente sui venditori-acquirenti diretti.

Possiamo scomporre questo ragionamento. Così, in conseguenza degli effetti di un cartello, un compratore diretto può subire determinati danni di natura patrimoniale. In un computo globale, questi danni consisteranno nel sottrarre dai suoi profitti precartello gli incassi ottenuti durante il periodo di esistenza del regime monopolistico. Questo danno è il risultato della valutazione congiunta di tutti gli effetti economici che possono derivarsi per il compratore diretto di un cartello, che sono, in principio, tre¹:

1. effetto diretto: l'incremento dei costi come risultato del pagamento di un sovrapprezzo in un bene (overcharge);
2. effetti indiretti: derivano dalla ricollocazione del prodotto cartellizzato nella catena di produzione/distribuzione di beni nel mercato, cioè, del carattere intermedio dell'acquirente diretto. In questi casi, possono derivare due effetti economici per l'acquirente diretto di segno opposto (rispetto alla loro incidenza patrimoniale negativa o positiva):
 - 2.1. l'effetto di ripercussione o *passing-on*, ovvero la misura nella quale il compratore diretto può trasferire l'incremento dei suoi costi ai suoi prezzi di vendita, e:
 - 2.2. l'effetto sulla quantità venduta, effetto volume o effetto output, cioè la misura nella quale questo incremento di prezzi conduce a una riduzione del volume di vendite.

In conclusione, i danni totali subiti per il compratore diretto (perdita di benefici o entrate) sono il risultato dell'unione (somma) di tutti questi effetti di segno diverso:

$$DT = SP - RSP + PIRV$$

¹ Vid. F. VERBOVEN, T. VAN DIJK, *Cartel damages claims and the passing-on defense*, *The Journal of Industrial Economics*, vol. 57, 2009, pp. 457 ss.; H.W. FRIEDERISZICK, L.-H. RÖLLER, *Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases*, in http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/friederiszick_roeller.pdf.

Vediamo adesso un piccolo esempio (con tutte le sue semplificazioni) che permetta spiegare l'argomento da noi esposto, che l'applicazione coerente della *passing-on defence* deve tenere conto non solo dell'incremento dei prezzi di vendita, ma anche di altre circostanze se si vuole ponderare realmente l'effetto del cartello sul patrimonio del compratore diretto.

Così, in uno scenario iniziale nel quale il prezzo d'acquisto di un bene è di 1 euro per unità. Il prezzo di vendita da parte del compratore diretto è di 1.5 (margine commerciale di 0.5). A questo prezzo vende 100.000 unità di prodotto (partiamo dal presupposto più semplice nel quale l'oggetto rivenduto è lo stesso prodotto), ottenendo così un beneficio netto di 50.000 (margine commerciale 0.5 x numero di unità vendute); IT-CT (prezzo vendita x numero di unità – prezzo di compra x numero di unità).

Introduciamo ora una variante in questo scenario iniziale dovuta alla formazione di un cartello tra i fornitori del bene, che porta ad un incremento del prezzo d'acquisto in 0.50 per unità e consideriamo un caso nel che si trapassi solo parzialmente questo incremento sull'acquirente finale. In questo modo, il compratore diretto, di fronte a (ante) la salita del costo in 0.5 per unità, fissa un nuovo prezzo di vendita di 1.8 (cioè, lo fa salire 0.3. assumendo lui stesso lo 0.2. restante). A questo prezzo vende 90.000 unità (legge della domanda decrescente). Qual è stata la variazione dei suoi profitti? Adesso, otterrebbe dei benefici netti di 27.000 euro [0.3 X 90.000 o 162.000 (PV) – 135.000 (C)]. Se li confrontiamo con le entrate precartello, osserviamo che ha subito una perdita di 23.000 euro.

Cercheremo adesso di arrivare a questo risultato di maniera diversa, tenendo conto in maniera indipendente, dell'effetto sovrapprezzo, ripercussione e quantità.

$$SP \ 45.000 \ (0.5 \times 90.000) \ - \ RSO \ 27.000 \ (0.3 \times 90.000) \ + \ PIRV \ 5000^2$$

² Equivalente alle entrate che avrebbe ottenuto dalle vendite che non si sono realizzate come conseguenza dell'incremento dei prezzi.

In questo caso, osserviamo che se teniamo in considerazione per calcolare il danno subito unicamente il sovrapprezzo pagato (45.000) si fornirebbe al compratore diretto un indennizzo maggiore rispetto al danno effettivamente subito, perché questo non è di 45.000 se non di 23.000, dato che è riuscito a trasferire parte del sovrapprezzo al compratore indiretto. Ciò nonostante, se teniamo in considerazione unicamente l'effetto *passing-on*, cioè la ripercussione del sovrapprezzo al prezzo di vendita, per sottrarlo dal sovrapprezzo, otterrebbe un indennizzo (18.000) inferiore rispetto al danno patito perché non si terrebbe conto dell'effetto quantità, cioè, quello che smette di guadagnare per l'incremento del prezzo di rivendita, che conduce a una diminuzione nel volume delle vendite.

III. *Trascendenza giuridica*

Che rilevanza giuridica si può dare a questi effetti indiretti derivati della pratica anticoncorrenziale nell'esercizio di azioni di danno antitrust?

1.1. *La soluzione statunitense*

La possibilità di utilizzare la ripercussione del sovrapprezzo nel marco di azioni di danno antitrust è stata vista con enorme sfiducia nel diritto antitrust degli Stati Uniti, che non riconosce, con carattere generale, la *passing-on*, né nella sua vertente offensiva né nella sua vertente difensiva³.

³ Sul fondamento e critica della *passing-on defence* negli Stati Uniti vid. A.I. GAVIL, *Thinking outside of the Illinois Brick Box: A Proposal for Reform*, 76, *Antitrust Law Journal*, 2009, pp. 167 ss.; B.D. RICHMAN, C.R. MURRAY, *Rebuilding Illinois Brick: A Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule*, 81, *Southern California Law Review*, 2007, pp. 70 ss.; L.A. SULLIVAN, W.S. GRIMES, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson West (St. Paul, Minn.), 2006, pp. 952 ss.; H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, Thomson West (St. Paul, Minn.), 2005, pp. 626 ss.; R.G. HARRIS, L.A. SULLIVAN, *Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis*, 128 *U. Pa. L.*

In questo senso, già al principio degli anni venti, la Corte Suprema rifiutò la possibilità di utilizzare la ripercussione dei costi per il convenuto per respingere una causa per danni, allegando la necessità della semplificazione giuridica delle ramificazioni associate alle condotte delle imprese in un'economia dinamica, e di permettere l'elaborazione di regole giudiziali interpretative semplici ed effettive. Questa linea di giudizio si conferma nella causa *Hannover Shore v. United Shoes Machines Corp.*⁴, ove si insiste di nuovo sulle difficoltà pratiche legate al computo dei danni da stimarsi l'argomento della ripercussione. Inoltre, si aggiunge una nuova tesi, vincolata alla finalità dissuasoria dell'applicazione privata. Si parte dell'idea che gli acquirenti diretti sono demandanti (attori) più efficienti degli indiretti che, di solito, avranno meno incentivi per sollevare questo tipo di azioni (frammentazione del danno, difficoltà di prova...). Il rifiuto della *passing-on* si spiega, così, come una forma d'incentivare e facilitare al compratore diretto l'esercizio di azioni, eliminando uno dei principali ostacoli contro i quali potrebbero scontrarsi le sue pretese, concedendogli il diritto alla totalità del sovrapprezzo.

Come corollario logico di questa sentenza, o almeno così fu giustificato, nove anni più tardi si decise *Illinois Brick Co. v. Illinois*⁵, che negò, con alcune eccezioni⁶, la legittimazione degli acquirenti indiretti per avviare cause per danni. Non vi si apportano argomenti nuovi, bensì s'insiste sulla necessità di semplificare l'amministrazione della giustizia e sulle ragioni di coerenza che impedirebbero di rifiutare la *passing-on* nella sua vertente difensiva e riconoscerla nella sua vertente attiva o offensiva, i quali potrebbero, inoltre, condurre a una situazione

Rev., 1979-1980, pp. 269 ss.; W.M. LANDES, R.A. POSNER, *The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan*, 128, *U. Pa. L. Rev.*, 1979-1980, pp. 1274 ss.

⁴ 392 U.S. 481 (1968).

⁵ 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061 (1977).

⁶ La Corte Suprema solo riconosce due eccezioni alla regola di *Illinois Brick*: i casi nei quali l'acquirente diretto è sotto il controllo del convenuto e i casi nei quali l'acquirente diretto ha un contratto di costo o quantità fissa con i suoi clienti, cioè, quando la vendita di una quantità fissa di prodotto è rassicurata con indipendenza del suo prezzo. In questi due casi, l'acquirente diretto non ha nessun incentivo per incardinare un'azione contro il trasgressore e denunciare i sovrapprezzi anticoncorrenziali.

di responsabilità multipla del convenuto che potrebbe vedersi obbligato ad affrontare la totalità dell'indennizzo su due o più livelli.

La decisione della Corte Suprema in *Illinois Brick* sollevò un'enorme polemica. Le eccezioni furono denunciate come insufficienti per alcuni autori e diversi Stati reagirono permettendo ai consumatori indiretti di reclamare i danni e pregiudizi sotto la normativa antitrust statale. In conclusione, un demandante federale ha il diritto al rimborso della totalità del sovrapprezzo monopolistico, anche se la maggior parte di questo sia stata scaricata, senza che si producano riduzioni in funzione dei danni sofferti dagli acquirenti indiretti. Teoricamente, questi potrebbero recuperare il triplo dei danni sofferti – danni traslati – secondo quanto previsto dai diritti statali.

Pertanto, oggi, la regola generale negli Stati Uniti, almeno a livello federale, è non riconoscere nessun tipo di rilevanza giuridica agli effetti economici indiretti di un cartello, né dall'ottica del trasgressore, né dall'ottica del compratore indiretto. La protezione giuridica si centra nel riconoscimento e calcolo dei danni diretti o sovrapprezzi. Questa interpretazione ubbidisce a determinate caratteristiche del sistema di applicazione del diritto privato americano, nel quale la finalità dissuasoria gioca un ruolo più importante della finalità compensatoria (con manifestazioni in altre norme, come il meccanismo di danni tripli o *treble damages*). Tuttavia, questa soluzione non è esenta da polemiche e continua ad essere l'oggetto di furiosi dibattiti tra i difensori del suo mantenimento e i propugnatori di una deroga da questi principi e del riconoscimento della trascendenza giuridica della *passing-on*, nelle sue due vertenti. Così, per esempio, l'*American Modernization Commission* appoggia quest'ultima soluzione, e propone che tutte le azioni di danno antitrust s'incardinino in un unico foro di carattere federale. In questo foro i danni sarebbero quantificati (con il limite massimo del triplo del valore dei sovrapprezzi sofferti dal compratore diretto) e distribuiti tra tutti i danneggiati.

1.2. La soluzione europea

Nell'ambito europeo, il tema della ripercussione dei danni non costituisce una novità assoluta, perché è già stato sollevato in scenari

nei quali si chiedeva il rimborso di tasse pagate in contrapposizione al diritto comunitario e, quindi, indebitamente⁷. Questa giurisprudenza, all'interno della quale si realizza una lettura o interpretazione restrittiva di quest'argomento, può costituire un'utile referenza per determinare lo scopo nella pratica di un effetto di ripercussione e i criteri che devono essere presi in considerazione per ponderarlo.

All'interno delle responsabilità per illeciti antitrust, la Commissione europea ha deciso l'eventuale ammissibilità della ripercussione di costi o danni, nelle sue due prospettive, difensiva e attiva. Sebbene il Libro Verde raccogliesse diverse possibilità, finalmente la Commissione sceglierà una soluzione opposta a quella americana, e ammetterà tanto la *passing-on* come la legittimazione degli acquirenti indiretti. Così, il Libro Bianco riconosce ai convenuti il diritto di invocare a propria difesa l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo a fronte di una richiesta di compensazione di detto sovrapprezzo⁸. Parimenti, si riconosce la legittimazione degli acquirenti indiretti per invocare il trasferimento del sovrapprezzo come base per dimostrare il danno subito. Anzi, per facilitare l'interposizione di azioni da parte degli acquirenti indiretti, la Commissione propone agli Stati Membri l'adozione di una regola che semplifichi la prova del nesso causale, concretamente, la fissazione di una presunzione semplice che il sovrapprezzo illegale sia stato loro trasferito nella sua interezza.

Questa soluzione si spiega con l'importanza che, nell'ambito europeo, si attribuisce alla finalità compensatoria (principio compensativo) dell'applicazione privata delle norme di concorrenza e della responsabilità civile in generale, e presenta la *passing-on* come una manifestazione del principio generale che proibisce nella maggior parte degli ordinamenti europei l'arricchimento senza causa.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003, *Commissione c. Repubblica Italiana* (C-129/00) e sentenza della Corte di giustizia del 2 ottobre 2002, *Weber's Wine World* (C-147/01).

⁸ L'onere della prova per quest'argomentazione non deve essere inferiore a quello previsto per la dimostrazione del danno da parte dell'attore.

1.3. Spagna

In Spagna, in assenza di norme speciali relative al risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust, bisogna rifarsi alla normativa generale che regola il risarcimento di danni, cioè, alle norme e principi generali di responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale.

Cercheremo, quindi, di esaminare la viabilità e scopo della *passing-on* all'interno di questi principi e raccomandazioni generali. Il primo principio, colonna portante di tutta la teoria della responsabilità nel nostro sistema è la funzione essenzialmente compensatoria o risarcitoria ad essa attribuita. In questo senso, la compensazione è orientata a riparare il danno subito e a riportare la vittima nella situazione che avrebbe avuto al non essersi commessa l'infrazione. Dunque, la compensazione non si può considerare né una fonte d'arricchimento né una sanzione dell'autore della violazione.

Consideriamo che è, precisamente, in questa finalità generale compensatoria e nel principio, da essa derivato, che vieta l'arricchimento senza causa, ove trova il suo fondamento teorico, la *passing-on defence*. Questo principio impedisce l'inclusione dentro i calcoli dei danni di quelli che sono stati trasferiti ad altri soggetti, e che, conseguentemente, nella realtà la vittima non ha subito. Una soluzione contraria darebbe luogo al fatto che il risarcimento porrebbe la vittima in una situazione migliore di quella che avrebbe avuto al non essersi prodotta l'infrazione.

Vediamo brevemente il caso spagnolo, prima accennato. In confronto alle pretese di risarcimento di diverse imprese di dolci (biscotti, cioccolato, etc.) dei danni derivati della sua partecipazione ad un cartello di fissazione del prezzo dello zucchero industriale, l'impresa convenuta, Ebro Foods, allegò che le demandanti (acquirenti diretti), in realtà non avevano subito nessun danno, perché erano riuscite a trasferire l'incremento dei prezzi ai loro clienti (supermercati ed altre superfici di distribuzione). Quest'argomento venne accolto dal tribunale, che assolse il convenuto in conformità ad un ragionamento centrato esclusivamente sulla constatazione del fatto che le demandanti avevano aumentato il prezzo dei loro prodotti. Questo innalzamento dei prezzi si basa

in manifestazioni pubbliche in questo senso delle proprie demandanti (sollecitudine nel rendere pubblica la decisione dell'autorità garante della concorrenza per proteggere la sua reputazione commerciale) e nella constatazione di un aumento di prezzi, parallelo o superiore all'incremento del prezzo dello zucchero in determinati prodotti (prodotti derivati del cioccolato, cacao e succedanei).

La sentenza realizza un'analisi economica parziale degli effetti economici indiretti derivati dal cartello, considerando unicamente l'effetto sovrapprezzo e l'effetto ripercussione (e quest'ultimo in maniera puramente indiziaria), ma senza analizzare la trascendenza dell'eventuale effetto quantità o volume, cioè, la possibile diminuzione del volume di vendita quale conseguenza dell'incremento dei prezzi.

Da una prospettiva giuridica, a nostro parere, il principale errore della sentenza, è che non prende in considerazione tutti i danni derivati dalla pratica anticoncorrenziale perché non considera nella sua analisi il computo delle perdite subite o la perdita dei benefici. Si centra nell'esame della perdita effettiva (*dannus emergens*) ma omette di considerare l'eventuale mancato profitto che si sarebbe dovuto ponderare giacché la vittima diretta è un imprenditore. In questo senso, non prende in considerazione che qualsiasi ripercussione dei prezzi dal compratore diretto, di solito, determinerà una minore vendita, dovuta a una contrazione della domanda causata dall'incremento del prezzo, e la percezione finale di un sovrapprezzo inferiore all'aumento dei suoi costi.

Da una prospettiva politico-giuridica, consideriamo che delle interpretazioni molto ampie della *passing on defence* determinano, nella pratica, che l'autore della violazione sia il principale beneficiario delle contraddizioni o difficoltà che possano sollevarsi in un procedimento. La *passing-on* significa, come abbiamo detto prima, prendere in considerazione da un punto di vista giuridico, gli eventuali effetti indiretti derivati da un cartello. Sebbene abbiamo considerato che i principi generali della responsabilità civile impediscono il rifiuto di questa trascendenza giuridica, non è meno certo, che bisogna essere particolarmente cauti nella sua applicazione e rifiutare interpretazioni semplicistiche o incomplete. In caso contrario, c'è il rischio di vedere l'applicazione privata ridotta a un mero riconoscimento di diritti privo di effettiva praticità. La *passing-on defence* funzionerebbe come un parapetto

quasi automatico dei trasgressori di fronte a pretese risarcitorie, ed eliminerebbe gli incentivi delle vittime che, in principio, sono in una posizione migliore per avviare questo tipo di azioni.

IV. Conclusioni

In virtù dell'analisi sopra effettuata, consideriamo che la quantificazione dei danni nei casi in cui chi pretenda il risarcimento non sia il consumatore finale, può realizzarsi grazie ad una di queste due possibilità che partono da diversi parametri per poter fissare il quantum risarcitorio.

In primo luogo, si può disestimare il sovrapprezzo come parametro iniziale di riferimento in base al quale calcolare il danno e basare il ricorso secondo una valutazione integrale dei danni subiti in attenzione all'impatto (incidenza) della condotta nel conto di risultato dell'acquirente diretto. Si utilizzerebbe come parametro la perdita di benefici derivata dalla condotta anticoncorrenziale (*lost profits*), in maniera simile all'analisi che si realizza nella determinazione dei danni derivati da altri illeciti competitivi, come le pratiche escludenti. Il demandante dovrebbe realizzare quest'analisi valutativa integrale, di tutta la situazione venutasi a creare quale conseguenza dell'iniziale violazione delle regole di concorrenza dai cartellisti o monopolisti. Cioè, se i costi siano, trasferiti o no nelle vendite successive agli acquirenti indiretti; l'incidenza che questa transazione ha avuto sui prezzi effettivamente fissati e le quantità vendute, etc. e conforme a questo calcolo fissare il montante sul quale basare la pretesione di risarcimento. Questa soluzione limita considerabilmente, nella pratica, il gioco della *passing-on*. Tuttavia, è possibile che questo calcolo conduca a delle quantità inferiori di quelle che potrebbero essere ottenute dell'applicazione del sovrapprezzo come parametro di calcolo dei danni.

Una seconda possibilità sarebbe il mantenimento del sovrapprezzo (*overcharge*) come parametro di calcolo dei danni. Il demandante chiederebbe come risarcimento, quindi, le quantità pagate in eccesso per l'acquisto del prodotto cartellizzato. Se il convenuto considera che questa quantità non corrisponda al danno realmente sofferto, e che in

questo caso il demandante verrebbe ingiustamente premiato con una somma superiore, dovrà provare l'ammontare effettivo del danno. In questo senso, dovrà dimostrare non solo il trasferimento del sovrapprezzo ma altresì dovrà dimostrare, che quest'aumento dei prezzi non ha prodotto una riduzione del volume delle vendite (quota di mercato, benefici) o d'altre entrate.

In quest'ultimo caso, il carico probatorio del convenuto è certamente complesso e può accadere che non riesca a dimostrarlo. Dovrà, pertanto, fare fronte alla totalità del risarcimento chiesto dal demandante. E ciò può dare luogo a una situazione d'arricchimento senza causa del demandante, consideriamo che, in ogni caso (di non accogliere la prima soluzione, che ci sembra la più sensata), questa situazione sia preferibile al rigetto della pretesione motivato da una lettura, ampia della *passing-on defence*, che può derivare in un arricchimento ingiusto del demandato. In conclusione, consideriamo preferibile una situazione d'arricchimento ingiusto del demandante-vittima che del convenuto-trasgressore.

In questo senso, è conveniente ricordare quale sia lo scenario all'interno del quale si solleveranno i problemi legati al trasferimento dei costi. Generalmente, ci troveremo alla presenza di un cartello, cioè, di un'infrazione specialmente grave del diritto della concorrenza, che implica una condotta dolosa. Cartelli, la cui esistenza e gravità saranno spesso state stabilite dalle autorità amministrative garanti della concorrenza nei mercati, e cartelli dai quali deriva una ripercussione patrimoniale immediata e diretta nel patrimonio dell'acquirente.

Inoltre, considerando la mancanza d'incentivi degli acquirenti indiretti per avviare cause legali di danni antitrust (difficoltà probatoria, costi processuali, frammentazione del danno, etc.) è molto più probabile lo scenario dove il convenuto-trasgressore s'arricchisca ingiustamente rispetto all'altro dove deve affrontare una indebita compensazione multipla.

In conclusione, consideriamo che la soluzione più equa sarebbe quella che le eventuali indeterminazioni o difficoltà che possano sollevarsi nel computo dei danni, siano sopportati da quello che viola la norma e non dai soggetti vittime dell'infrazione.

ONERI PROBATORI, CONTROFATTUALE E *PASSING-ON*: ALCUNE OSSERVAZIONI SULLA RECENTE GIURISPRUDENZA EUROPEA*

*Luigi Prosperetti**

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *Prova del nesso causale*; 2.1. *Intese*; 2.2. *Abusi escludenti*; 2.3. *Oneri probatori diversi per fattispecie diverse?*; 3. *Il controfattuale e la valutazione del danno*; 4. *Il passing-on*; 5. *Conclusioni*; *Riferimenti bibliografici*.

1. Premessa

Mentre a Bruxelles prosegue il complesso itinerario, avviato con il Libro Verde del 2005, verso provvedimenti che accompagnino lo sviluppo delle azioni civili per danno concorrenziali¹, i tribunali nazionali stanno accumulando risposte – non sempre tra loro congruenti – alle principali questioni specifiche poste da tali azioni, che vengono qui sinteticamente discusse, riferendoci sia a casi italiani sia stranieri: ci occuperemo in particolare di onere probatorio, dei criteri di scelta dello scenario controfattuale, della possibilità di valutare quantitativamente i fenomeni di *passing-on*.

* Chi scrive ha partecipato come consulente di parte nei procedimenti italiani citati nel testo. Ringrazio, per le cortesi osservazioni su una versione precedente del lavoro, Gaja Bellomo, Gabriella Muscolo e Marina Tavassi.

¹ L'intervento è stato tenuto prima della pubblicazione da parte della Commissione Europea della Proposta di Direttiva COM (2013) 404, che quindi non viene qui discussa.

2. *Prova del nesso causale*

Una delle proposte più controverse da parte della Commissione, che ha ricevuto diverse declinazioni nei vari documenti che si sono nel tempo succeduti, è stata quella di riconoscere valore di presunzione (refutabile o meno, a seconda dei documenti) ad ogni decisione di un'Autorità per la concorrenza, debitamente vagliata dalle corti nazionali competenti, che fosse stata adottata in qualsiasi altro paese membro dell'Unione.

È ben nota l'ampia opposizione che ha trovato una tale proposta, nella grande maggioranza dei paesi², con la rilevante eccezione della Germania, e in parte del Regno Unito. In attesa di vedere quale posizione assumerà, alla luce di questa ampia reazione, la Commissione, è utile analizzare le sentenze che si sono occupate, nei principali Paesi, di tale questione: come vedremo questo esame ci consente di chiarire meglio in quale misura, e con quali limiti, in una Corte nazionale vengono valutate, sotto il profilo dell'accertamento del nesso causale, le decisioni delle Autorità per la concorrenza.

Come vedremo, da un esame della giurisprudenza più recente sembra emergere una rilevante dicotomia: nel caso delle intese, una decisione amministrativa genera di fatto una presunzione (talvolta refutabile, talvolta refutabile con difficoltà) dell'esistenza del danno; nel caso degli abusi escludenti, non sussiste una presunzione di questo genere, e l'attore deve assolvere pienamente all'onere probatorio di dimostrare che l'illecito gli abbia causato un danno.

2.1. *Intese*

Recenti sentenze in Spagna, Olanda, ed una giurisprudenza ormai consolidata della nostra Cassazione, evidenziano come nelle intese l'onere probatorio per l'attore in una causa civile *follow-on* sia alquanto contenuto: le considerazioni che portano ad un tale sostanziale risultato, sono però diverse da Paese a Paese.

² *Ex multis* si vedano i contributi raccolti in Rossi dal Pozzo, Nascimbene (2009).

Partendo dalla decisione più recente di cui abbiamo notizia, il Tribunale di Arnhem, in Olanda, ha deciso nel caso *Tennet v. ABB*³ che un'intesa cui il convenuto aveva partecipato, volta alla ripartizione geografica del mercato, aveva senz'altro determinato un aumento dei prezzi. Dopo aver notato in generale che "In order to be allowed [to obtain damages] (...) Tennet will have to prove plausibly to have actually suffered a harm", prosegue: "The court finds this very plausible, [as] the nature and scope of the alleged cartel agreements is precisely, almost by definition, to make customers pay for the product more than it would have been the case", ed inoltre, ABB "disputes that the price was affected by the cartel, but they [do not provide] any particular insight into the composition of the price, which can be in the circumstances of this case be required of them"⁴.

Il Tribunale dunque ritiene che l'effetto sui prezzi sia *in re ipsa*, presunzione che appare davvero poco fondata alla luce delle risultanze alquanto esili relative al mercato olandese nel Provvedimento.

L'intesa tubi preisolati (Caso n. IV/35.691/E-4) – sanzionata dalla Commissione nel 1998 – era infatti consistita in un "sistema integrato di accordi *orizzontali*" (par. 146), nato sul mercato danese, esteso a quello tedesco, e poi ad altri paesi europei: tuttavia l'evidenza per il mercato olandese registrava più disaccordi che accordi tra i partecipanti all'intesa⁵ e – a differenza che per altri mercati – la Commissione non trovava concreti effetti sui prezzi di quel mercato.

³ Per una sintesi, si veda De Nerée *et al.* (2013), che allega la sentenza.

⁴ Sentenza, par. 4.26 e 4.27. La traduzione è stata effettuata da chi scrive utilizzando Google Translate come base iniziale.

⁵ Cfr. i par. 79-81 del Provvedimento. Più in generale la Commissione notava che "Nessuno contesta sostanzialmente che l'accordo esplicito di ripartizione del mercato tra i quattro produttori danesi, risalente alla fine del 1990, avesse tutte le caratteristiche di un vero e proprio «accordo» ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1. (...) L'accordo tra i quattro produttori danesi contemplava anche aumenti concordati di prezzo sui mercati d'esportazione. Mentre l'intesa registrava il suo massimo sviluppo in Danimarca (il mercato più redditizio), la collaborazione si estendeva anche ad altri mercati, seppure in forma frammentaria e incompleta" (par. 135). Notava peraltro che "Alcuni aspetti anti-concorrenziali del cartello qui menzionati riguardavano solo alcuni mercati, erano più sviluppati in alcuni mercati che in altri o sono durati per un periodo limitato" (par 148 (c)), anche se sottolineava a tratto generale che "Il successo del piano può rilevarsi dalle

Alla luce dell'esilità dell'evidenza circa gli effetti dell'intesa sul mercato olandese, la presunzione su cui il Tribunale ha basato la sua decisione appare poco fondata, proprio dal punto di vista dell'assioma di razionalità degli operatori economici su cui essa esplicitamente si basa: se è certamente vero che le imprese si comportano *in media* in modo razionale, da ciò non discende che *ogni singola* decisione assunta da un'impresa sia necessariamente razionale, fatto del quale del resto si può trovare ampia traccia nella storia economica di questi ultimi anni. E dunque non vi è una base economica per assumere una presunzione così radicale, che – se applicata a tratto generale – porterebbe qualunque intesa avente oggetto distorsivo, ad avere certamente anche un effetto: se no, infatti, perché mai l'impresa avrebbe partecipato all'intesa?

In secondo luogo, tema sul quale torneremo, il Tribunale ritiene la presunzione provata perché essa non è stata refutata dalla convenuta fornendo una giustificazione economica dei prezzi praticati che risultasse alternativa rispetto alla spiegazione basata sugli effetti dell'intesa.

In Spagna, la Corte Suprema ha confermato nel 2012 i danni che erano stati liquidati agli utilizzatori di zucchero industriale in seguito ad un'intesa distorsiva dei produttori sanzionata dal Tribunal de Defensa de la Competencia, accettando la decisione della Audiencia Provincial de Valladolid, che aveva ritenuto sufficiente, per provare il nesso causale, il fatto che l'intesa avesse coinvolto la totalità dei produttori, e che nel provvedimento di sanzione fosse stato affermato che “il danno causato fosse di estrema gravità, specialmente in quanto esso aveva influenzato prezzi di prodotti sottoposti alla concorrenza internazionale”⁶, argomentazione di carattere generale, che nel caso era però stata considerata adeguata.

Ambedue queste sentenze, paiono dunque ritenere che non sia necessario provare l'esistenza del nesso causale perché, in pratica, il danno era da ritenersi *in re ipsa*.

Una tesi di questo genere è stata nettamente rifiutata dalla nostra Cassazione, quando essa ha vagliato nel 2007 le prime sentenze

note della riunione del club dei direttori di marzo o aprile 1995, rinvenute negli uffici di Pan-Isovit: vi sono riportati aumenti del 15-20% sulla maggior parte dei mercati menzionati”.

⁶ Si veda Pérez-Fernandez (2012), che allega le due sentenze.

relative a danni derivanti dall'intesa RC Auto sanzionata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) nel 2000.

Come ricordava il prof. Frignani proprio qui a Trento nel 2011⁷, nel caso *Fonsai c. Nigriello*⁸ essa infatti cassava una sentenza che si era “esclusivamente ed acriticamente adagiata sul mero contenuto del provvedimento amministrativo, quasi ad avallare l'aberrante tesi che il danno sia in re ipsa”, tesi che non poteva essere condivisa “se si tiene conto del fatto che il provvedimento antitrust in questione (...) si limita all'accertamento dell'illiceità dello scambio di informazioni, ponendo in termini di mera potenzialità l'alterazione del gioco concorrenziale e, dunque, l'aumento dei prezzi praticati al consumatore finale”⁹. D'altro lato la Cassazione sottolineava che “il giudice potrà accertare l'esistenza [del nesso causale] in termini probabilistici o presuntivi, (...) ma dovrà consentire all'assicuratore di provare contro le presunzioni o contro la sequenza probabilistica posta a base del ragionamento che fa derivare il danno dall'intesa illecita”¹⁰.

Insomma, nel 2007, la Cassazione riteneva che un provvedimento amministrativo che sanzionava un'intesa restrittiva, avente un oggetto distorsivo, consentiva di presumere l'esistenza di un nesso causale, presunzione che tuttavia poteva essere refutata. Negli anni successivi, la posizione della Cassazione – che ha esaminato un numero elevato di cause derivanti dal medesimo illecito – si è però evoluta in senso restrittivo, sostanzialmente restringendo gli spazi di cui il convenuto può disporre per reclutare tale presunzione.

Come sintetizza una recente Ordinanza¹¹ della Suprema Corte, che ricapitola le sentenze che ne definiscono l'attuale orientamento, quantomeno con riferimento alle cause RC auto, e cui qui ci riferiamo per praticità, in un “giudizio promosso dal consumatore, ed avente ad oggetto il risarcimento del danno da questi patito in conseguenza di un'intesa restrittiva della concorrenza”:

⁷ Frignani (2012).

⁸ Cass. civ., III, 2.2.2007, n. 2305.

⁹ Frignani, *op. cit.*, p. 61.

¹⁰ Sul punto, si veda anche il commento di Pardolesi (2007).

¹¹ Cass. civ., VI, 16.1.2013, R.G.N. 13239/2011.

- a) “[il provvedimento AGCM costituisce] una prova privilegiata, nel senso che al professionista è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati, senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell’affermazione di sussistenza della violazione (...) in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede (Cass. 20 giugno 2011, n. 13486)”¹²;
- b) “l’assicurato ha il diritto di avvalersi della presunzione [di aver pagato un premio inflazionato dall’intesa]”;
- c) “[il convenuto] può fornire prova contraria concernente sia la sussistenza (...) del nesso causale tra l’illecito concorrenziale e il danno sia l’entità di quest’ultimo”;
- d) “qualora, tuttavia, esso abbia partecipato al giudizio svoltosi davanti all’autorità, riportando condanna, non può limitarsi a considerazioni generali (...) già tenute presenti dall’autorità, ma deve fornire precise indicazioni di situazioni e comportamenti specifici dell’impresa interessata e del singolo assicurato idonei a dimostrare che il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all’intesa illecita ma da altri fattori (Cass. 26 maggio 2011, n. 11610)”;
- e) tali fattori “non basta siano genericamente affermati, ma (...) debbono essere documentati, indicando se del caso i criteri seguiti per la determinazione dei premi”¹³.

Un tale orientamento pone diversi interrogativi sul piano giuridico, che non sono qualificato a discutere. Osservo tuttavia che, in una prospettiva economica, la Cassazione sta in realtà adottando una duplice presunzione, ovvero che:

i. l’oggetto anticompetitivo dell’intesa (nel caso in esame, uno scambio di informazioni tra concorrenti) abbia concretamente generato un aumento dei prezzi;

ii. che l’attore abbia effettivamente subito tale aumento.

Nessuna di queste presunzioni appare particolarmente robusta.

Se la prima appare ragionevole nei casi in cui l’intesa sia simile ad un “cartello perfetto”, poiché la quota di mercato dei suoi parteci-

¹² *Ibidem*, pag. 4.

¹³ *Ibidem*, pag. 6.

panti è prossima al 100%¹⁴, non bisogna dimenticare come l'analisi economica delle intese mostri come queste siano inerentemente instabili: raggiunto l'accordo sul prezzo da praticare, ciascun partecipante ha un incentivo razionale a cercare di aumentare la propria quota di mercato vendendo ad un prezzo lievemente inferiore a quello comunemente stabilito. Il cartello OPEC è in materia il caso di scuola più noto¹⁵. Dal punto di vista pratico, ciò suggerisce come, particolarmente in quei casi in cui l'intesa abbia avuto una estesa durata temporale, sia probabilmente eccessivo presumere che essa abbia determinato un costante innalzamento dei prezzi, al di sopra di un loro livello "normale", da parte di ciascuno dei suoi partecipanti, lungo l'intero periodo: se non vi è dubbio (OPEC *docet*) che i cartelli siano in grado di innalzare permanentemente i prezzi, questi possono presentare fluttuazioni, anche significative, particolarmente per i cartelli di lunga durata temporale.

Anche la presunzione che l'attore abbia subito l'aumento dei prezzi derivato dall'intesa appare ragionevole soltanto in quei casi in cui il prodotto sia omogeneo (le differenze qualitative rendono particolarmente facile ai partecipanti all'intesa "tradire" gli altri partecipanti), e siano relativamente omogenei anche gli acquirenti (se non lo sono, soprattutto sotto il profilo del potere contrattuale che possono esercitare nei confronti dei venditori, è probabile che abbiano pagato prezzi diversi).

Considerata nel suo insieme, questa duplice presunzione può risultare utile sotto il profilo processuale, ma non particolarmente solida sotto quello fattuale: occorrerebbe pertanto lasciare ampio spazio ad una sua refutazione da parte del convenuto.

La posizione attuale della nostra Cassazione in materia di RC Auto, sopra riassunta, è però esattamente contraria, dato che – si veda-

¹⁴ Questo fattore accomuna il caso italiano RC Auto a quello spagnolo e a quello olandese, dato che in tutti e tre i casi partecipava all'intesa la quasi totalità delle imprese.

¹⁵ In un recente contributo, Almoquera ed Herrera (2011) mostrano ad esempio come, nel trentennio 1974-2004, in alcuni periodi vi sia effettivamente traccia di un equilibrio collusivo, ma in altri sia evidente un comportamento concorrenziale tra i Paesi OPEC. Concludono come il modello che meglio interpreta il comportamento sull'intero periodo sia quello di una concorrenza alla Cournot.

no più sopra i paragrafi (d) ed (e) – essa pone limiti severi agli argomenti che questi può efficacemente utilizzare per confutare la presunzione riguardante il nesso causale: se intende argomentare il punto sul piano generale, esso dovrà infatti servirsi soltanto – per così dire – di “argomenti freschi”, non già vagliati nel procedimento innanzi all’Autorità per la concorrenza, oppure dovrà utilizzare argomenti che siano specifici al caso in esame, e dunque facciano leva sulle caratteristiche dell’attore, e, oppure, su quelle del convenuto.

Fatta salva l’assoluta rilevanza degli argomenti specifici (se la Commissione ha sanzionato un cartello europeo di venditori di animali di compagnia, ciò non vuol dire necessariamente che il cartello abbia riguardato anche i gatti, né che abbia interessato anche il mercato ungherese), frequentemente gli argomenti generali già utilizzati nel corso del procedimento amministrativo possono assumere una rilevanza diversa sotto il profilo del nesso causale. Ciò può ad esempio verificarsi quando il convenuto argomenti in materia di prodotti interessati dall’intesa, la sua durata, il livello organizzativo attraverso il quale l’impresa è stata coinvolta nei contatti, la mancanza di effetti concreti, e così via.

Lasciando ai giuristi una discussione approfondita di questi temi, vale qui la pena di concludere rilevando come, all’atto pratico, l’esame della giurisprudenza che si va formando nei principali Paesi europei in materia di danni derivanti da intese in ogni caso evidenzia come in questi casi l’onere probatorio per l’attore in materia di nesso causale sia molto contenuto.

2.2. *Abusi escludenti*

Ciò d’altra parte non sembra verificarsi nei casi di abuso escludente, come possiamo verificare considerando tre recenti precedenti del *Competition Appeal Tribunal* (CAT) britannico, e la recente sentenza del Tribunale di Milano nel caso *OKCom*.

Prima di esaminare i casi britannici, è opportuno ricordare che, secondo la legge inglese¹⁶, nei casi *follow-on* il CAT, in materia di esistenza dell’illecito, è strettamente vincolato dalla decisione sanzionato-

¹⁶ Section 47A del Competition Act.

ria amministrativa, ed ha esclusivamente giurisdizione in materia di causazione e di determinazione del danno. Inoltre, a meno che il Tribunale non ritenga – motivatamente – altrimenti, esso è anche vincolato agli accertamenti di fatto (“finding of facts”) contenuti in quella decisione¹⁷.

Le tre sentenze del CAT in materia di danno ad oggi disponibili (*Enron Coal Services, 2 Travel e Albion Water*)¹⁸, tutte relative a casi di abuso escludente, mostrano chiaramente come, pur in presenza di tali vincoli, l’analisi della sussistenza di un nesso causale adeguato e la valutazione del danno da parte del Tribunale sia senz’altro piena.

In *Enron Coal Services*, l’attore basava gran parte della sua tesi in materia di causazione su un passo della decisione dell’Autorità per la concorrenza competente¹⁹, che rilevava come il comportamento dell’impresa sanzionata “aveva posto Enron Coal in una posizione di svantaggio competitivo nella negoziazione di [contratti di fornitura di carbone]”²⁰.

Il CAT decideva tuttavia che occorre distinguere tra fatti accertati che sono indispensabili per la decisione sanzionatoria, e fatti accertati in via accessoria. L’Autorità per la concorrenza, infatti, “may make findings which are directly relevant to a decision as to infringement, but it may also make findings of much less direct relevance. Findings in the

¹⁷ Section 58 del Competition Act.

¹⁸ Rispettivamente: *Enron Coal Service Ltd (in liquidation) v. English Welsh & Scottish Railway Ltd* [2011] EWCA Civ. 2; *2 Travel Group Plc (In Liquidation) v. Cardiff City Transport Services Limited* [2012] CAT 19; *Albion Water Limited v. Dwr Cymru Cyfyngedig* [2013] CAT 6.

¹⁹ In quel caso, l’*Office of Rail Regulation*.

²⁰ Il par B. 100 della Decisione dell’ORR rilevava: “On the basis of all the evidence set out above, and the points made in response to EWS’s arguments below, it is found that between May 2000 and November 2000, EWS pursued discriminatory pricing practices against ECSL. This discriminatory pricing placed ECSL at a competitive disadvantage when negotiating intermediary contracts (including E2E deals) with generating companies. EWS’s intention was to reduce the threat that ECSL posed to its position in the market for coal haulage by rail in Great Britain. EWS has advanced no credible objective justification for the higher prices charged to ECSL. EWS’s conduct distorted the competitive process and is inconsistent with the obligations of a dominant company. EWS’s behaviour towards ECSL is therefore found to be abusive”.

former category should be regarded as binding, because to challenge them would be tantamount to challenging the finding of infringement. However, if the finding is peripheral or incidental, on the one hand to question it may not involve subverting the infringement finding and on the other it may be fair and sensible because the undertaking may not have been concerned, for the purposes of the regulatory proceedings, to contest such a point, whereas if the finding is relied on in proceedings for damages it may have a much greater importance²¹. Decideva pertanto contro l'attore²².

Anche in *2 Travel*, gli accertamenti fattuali dell'Autorità per la concorrenza venivano attentamente esaminati dal CAT, con particolare riferimento ad un passo della decisione²³ che, secondo l'attore, statuiva l'esistenza di un nesso causale tra il comportamento escludente della Cardiff Bus e il fallimento di *2 Travel*²⁴. Il CAT tuttavia concludeva che l'affermazione del OFT era "tentative and equivocal", e comunque aveva carattere incidentale nell'analisi. Inoltre, le Parti avevano sottoposto al CAT un'ampia evidenza relativa al nesso causale, e pertanto il CAT riteneva di trovarsi in una posizione molto migliore di quella del OFT per valutare questo punto²⁵.

²¹ Ibidem, par. 50.

²² Come commenta sarcasticamente al par. 148 della sentenza uno dei giudici della Corte d'Appello, Lord Jacob, "It is not good enough for a party claiming damages in a follow-on claim to root around in the decision of the regulator to find stray phrases or sentences and say «look, here is a finding of fact, you cannot deny it»".

²³ Scriveva l'Office of Fair Trading: "On this basis, whilst there may be a question as to *2 Travel*'s long term viability, the OFT considers that it is likely that Cardiff Bus' predatory conduct was a contributory factor in *2 Travel*'s exit from the market, potentially accelerating its exit. Given how little actual competition Cardiff Bus faced at the time and the fragmented nature of the competition (...) this would have reduced actual competition". Citato al par. 73 della sentenza del CAT.

²⁴ Per una discussione più ampia di questo caso, si vedano Dietzel *et al.* (2012) ed Oxera (2012).

²⁵ Scrive il CAT: "The Tribunal has now seen and heard a great deal of evidence going only to the question of causation and quantum, and it has heard directly from both parties. The Tribunal is now in a far better position than the OFT was in determining precisely what loss and damage the Infringement caused (which was not a question the OFT needed to consider in this case)", par. 73.

In materia di nesso causale, il CAT rifiutava inoltre di adottare una teoria causale meno stringente di quella normalmente adottata in sede civile, che richiamava – riferendosi ad un testo classico sui *torts*²⁶ – come segue: “The first step in establishing causation is to eliminate irrelevant causes, and this is the purpose of the “but for” test. The courts are concerned, not to identify all of the possible causes of a particular incident, but with the effective cause of the resulting damage in order to assign responsibility for that damage. The “but for” test asks: would the damage of which the claimant complains have occurred “but for” the negligence (or other wrongdoing) of the defendant? Or to put it more accurately, can the claimant adduce evidence to show that it is more likely than not, more than 50 per cent probable, that “but for” the defendant’s wrongdoing the relevant damage would not have occurred. In other words, if the damage would have occurred in any event the defendant’s conduct is not a “but for” cause”.

L’attore argomentava invece che il comportamento del convenuto era stato “un fattore che aveva contribuito” al fallimento di 2 Travel, ma il Tribunale riteneva che l’attore fosse ben lungi dal provare che, in assenza di comportamento abusivo, non sarebbe stato costretto comunque ad uscire dal mercato: in base ai documenti, ed a numerose testimonianze, risultava invece che l’attore aveva molteplici problemi finanziari, manageriali, ed operativi, che ne avrebbero determinato il fallimento anche in assenza di comportamento dannoso. Rispetto a tali problemi strutturali, i profitti perduti per conseguenza dell’illecito erano “una goccia nel mare”.

In *Albion Water*, infine, l’analisi del nesso causale e della porzione di danno costituita dal lucro cessante derivante dalla fornitura di acqua ad una cartiera, che era stata impedita dal comportamento dell’operatore dominante, non poneva problemi particolari, perché il Tribunale disponeva delle informazioni e dei dati necessari.

L’analisi dell’esistenza di una perdita di *chance* derivante dalla mancata fornitura ad una acciaieria contigua alla cartiera veniva per conto dettagliatamente esaminata.

²⁶ Clerk & Lindsell (2010).

Richiamando *Allied Maples*²⁷ il *leading case* in materia²⁸, il Tribunale chiariva di dover intraprendere un'analisi in due stadi, prima valutando se fosse più probabile che no che Albion avrebbe fornito acqua anche all'acciaieria; in caso di conclusione positiva, sarebbe stato poi necessario valutare il *quantum* del profitto perduto, mediante una valutazione probabilistica della possibilità di conseguirlo. Specificamente escludeva che nel secondo stadio fosse necessario invece applicare nuovamente un criterio di preponderanza dell'evidenza. Decidendo in senso affermativo sul primo stadio, si chiedeva se, qualora Albion avesse potuto presentare un'offerta, essa avrebbe avuto "a substantial, rather than speculative, chance of winning the tender"²⁹, concludendo che il successo dell'offerta non era certo, ma era comunque molto probabile: riconosceva quindi a titolo di perdita di *chance* i due terzi del lucro che l'offerta all'acciaieria avrebbe assicurato ad Albion.

L'esame di questi tre casi, in una giurisdizione in cui le decisioni amministrative in materia di concorrenza hanno, come abbiamo visto, un effetto vincolante sulle decisioni successive del CAT, mostra come in ogni caso il giudice di merito effettui una ricognizione articolata e completa di tutto il materiale che gli viene reso disponibile nel procedimento, in ordine al nesso causale ed alla misura del danno. Tale analisi si spinge fino a riconsiderare anche fatti accertati nella decisione antitrust, che non abbiano tuttavia carattere fondamentale, nel senso

²⁷ *Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602.

²⁸ Che chiarisce: "What has to be proved to establish a causal link between the negligence of the defendants and the loss sustained by the plaintiffs depends in the first instance on whether the negligence consists in some positive act or misfeasance (...) Once established on the balance of probability, that fact is taken as true and the plaintiff recovers his damage in full. There is no discount because the judge considers that the balance is only just tipped in favour of the plaintiff; and the plaintiff gets nothing if he fails to establish that it is more likely than not that the accident resulted in the injury. Questions of quantification of the plaintiff's loss, however, may depend upon future uncertain events. (...) In many cases the plaintiff's loss depends on the hypothetical action of a third party, either in addition to action by the plaintiff, as in this case, or independently of it (...) In such a case the plaintiff succeed[s] provided he shows that he had a substantial chance rather than a speculative one, the evaluation of the substantial chance being a question of quantification of damages".

²⁹ Sentenza, par. 192.

che, anche in loro assenza, non sarebbe stata raggiunta una decisione diversa.

Nella stessa direzione si muove peraltro l'unico recente caso *follow-on* per abuso escludente (*OKcom c. Telecom Italia*)³⁰, nel quale il Giudice ha ribadito che le decisioni AGCM costituiscono “prova privilegiata della sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso”, pur rimanendo “il naturale diritto delle parti nel giudizio civile di offrire sia prove a sostegno di tale accertamento, che riguardino più direttamente la posizione del singolo danneggiato, sia prove contrarie”, e si è riferito sul punto alla nota sentenza della Cassazione nel caso *INAZ Paghe*³¹.

Applicando tale principio, il Giudice rigettava la richiesta di lucro cessante dell'attore: nonostante il Provvedimento AGCM avesse accertato un abuso escludente da parte di Telecom Italia nei confronti degli operatori concorrenti, OKCom non aveva infatti fornito alcuna “valida prova” di aver subito un lucro cessante. In particolare, il giudice rilevava l'insufficienza e la genericità, sotto il profilo probatorio, della documentazione contabile fornita dall'attore, e concludeva che pertanto non vi erano in atti “elementi dai quali desumere che [questi] abbia avuto richieste di traffico alle quali non abbia potuto fare fronte” per causa degli illeciti sanzionati. In materia di danno emergente, il Giudice riteneva invece che, anche in base ai risultati di una CTU, sussistessero sufficienti prove dell'esistenza di un nesso causale, anche se l'attore era in un mercato diverso da quello nel quale si trovavano gli operatori nei

³⁰ Tribunale di Milano, Sez. I Civile, 13 febbraio 2013.

³¹ *Associazione Nazionale dei Consulenti del Lavoro v. Inaz Paghe*, Cass. civ., I, 13.2.2009, n. 3640. Questa aveva statuito che “È indubbio che la decisione dell'Autorità Garante o dei Giudici amministrativi, che definitivamente confermano o riformano tale decisione, riveste un ruolo significativo nell'accertamento dell'intesa, della pratica concordata o dell'abuso di posizione dominante, costituendo prova privilegiata della sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso. Tuttavia, nel giudizio in sede civile è possibile offrire sia prove a sostegno di tale accertamento, che riguardino più direttamente la posizione del singolo danneggiato, sia prove contrarie”.

confronti dei quali Telecom Italia aveva adottato i comportamenti che erano stati sanzionati da AGCM³².

Ancora, un'Ordinanza emessa dal Tribunale di Milano in un procedimento *follow-on*, oggi ancora in corso, per abuso escludente, ha ribadito che “pur nell'ambito di un'azione di tipo *follow-on*, appare necessario accertare l'effettiva sussistenza del danno subito e della sua riconducibilità all'abuso denunciato”. Ha inoltre chiarito che “posto che l'accertamento dell'AGCM è limitato all'infrazione, ma non alle sue conseguenze con riferimento alle posizioni dei singoli concorrenti”, vi è la “necessità che il competitor che agisce per il risarcimento del danno si faccia carico di dimostrare che in uno scenario controfattuale egli avrebbe realizzato (...) maggiori guadagni, (...) [e che] la riduzione dei propri guadagni (...) è da ricondurre in rapporto causa-effetto proprio all'infrazione”.

2.3. *Oneri probatori diversi per fattispecie diverse?*

La sentenza *OKcom* e l'Ordinanza citata rimangono dunque strettamente aderenti ai precedenti che restringono all'esistenza dell'illecito il valore di prova privilegiata del Provvedimento AGCM.

Se confrontiamo queste recenti pronunce con i casi che abbiamo sopra discusso in materia di intese, emerge tuttavia una differenza di approccio, che immagino presenti interessanti problemi giuridici, ma che dal punto di vista economico appare ragionevole: in materia di comportamento abusivo, non può essere presunto che l'attore abbia patito un danno, in assenza di elementi probatori inerenti alla effettiva concorrenzialità tra convenuto e attore, che ben potevano trovarsi su segmenti di mercato diversi, ed alla reazione che l'attore ha posto in essere nei confronti dei comportamenti del convenuto, che certamente devono essere attentamente valutati sotto il profilo sostanziale, e sotto

³² Come argomentato da TI, la posizione di OKCom (che chiedeva il ristoro dei danni in qualità di *reseller*) era diversa da quella degli OLO espressamente considerati nel Provvedimento di AGCM, che non aveva stabilito che tali operatori *reseller* (che operavano nel mercato intermedio *wholesale* attraverso un arbitraggio tra tariffe F-M e tariffe M-M *on net* basato su un utilizzo improprio del Contratto Multibusiness), avessero patito un abuso escludente.

quello dell'articolo 2056 c.c., che al II comma fa espresso riferimento ai criteri di accertamento del danno da illecito contrattuale ed in particolare all'art. 1227 comma II c.c., sul concorso del fatto colposo del creditore.

Tale norma si presta ad essere utilizzata dal convenuto che intenda dimostrare come la parte attrice in un procedimento di accertamento e ristoro del danno da illecito anticoncorrenziale avrebbe potuto evitare di esporsi alle conseguenze pregiudizievoli della condotta, qualora avesse posto in essere, con l'ordinaria diligenza, scelte di mercato differenti. Gioverà a tal fine fare riferimento alle scelte imprenditoriali degli altri concorrenti nello stesso settore di mercato e indicare gli ulteriori accadimenti e le diverse circostanze che hanno contribuito all'aggravio del danno.

D'altro lato, nei casi in cui si abbia motivo di ritenere che un comportamento collusivo, sia pure configuratosi come un'intesa avente oggetto restrittivo, abbia avuto un effetto sui prezzi, appare in pratica ragionevole assumere come presunzione refutabile che qualsiasi acquirente da un'impresa del cartello abbia pagato il prezzo di cartello.

Il problema qui naturalmente diventa in base a quali elementi si presume che l'oggetto anticompetitivo si trasformi in effetto anticompetitivo. Come abbiamo visto, nel caso olandese, si è prossimi ad accettare la tesi che il danno sia *in re ipsa*, in quanto l'unica motivazione razionale per dare luogo ad un'intesa è appunto quella di innalzare i prezzi. Nel caso spagnolo la Corte ha assegnato valore probatorio a quella che era probabilmente un'affermazione incidentale nella decisione dell'autorità amministrativa (si contrasti il punto con la giurisprudenza inglese).

Nel caso italiano l'atteggiamento appare da un lato più cauto, e meglio in grado di bilanciare prove diverse, anche se appaiono senza dubbio importanti all'atto pratico le limitazioni agli argomenti difensivi che possono essere efficacemente spesi.

Appare inoltre significativo che tracce di tale limitazione si colgano anche nella sentenza *OKcom*, nella quale il Giudice ha ritenuto che il Convenuto non avrebbe né "offerto concreti elementi di novità, limitandosi a contestare la corrispondenza dei temi trattati dall'AGCM con quelli oggetto del precedente giudizio", e neppure "elementi che

consentano di differenziare la posizione di OKCom rispetto agli altri OLO espressamente considerati”: anche qui dunque sembra emergere un orientamento giudiziale volto a sollecitare al convenuto, come abbiamo rilevato nel caso RC auto ed utilizzare (o utilizzare soltanto?) “argomenti freschi”, punto che certamente merita un’approfondita analisi giuridica.

3. *Il controfattuale e la valutazione del danno*

La valutazione del lucro cessante nel danno concorrenziale è normalmente basata sul confronto tra la situazione effettiva dell’attore e quella in cui questi si sarebbe trovato in assenza dell’illecito: si confronta quindi lo scenario effettivo con uno scenario controfattuale.

Da un punto di vista logico³³, questa è un’attività sempre in qualche modo paradossale, non solo perché lo scenario controfattuale dipende da una pluralità di fattori esogeni, che nulla hanno a che fare con il comportamento del convenuto, ma perché esso dipende anche, a volte in misura rilevante, dal comportamento dell’attore stesso.

I casi britannici che abbiamo sopra citato rendono evidenti tre punti importanti di questa costruzione:

- essa deve essere congruente con le prove, documentali e testimoniali, acquisite dalla corte;
- non è in particolare sufficiente che lo scenario controfattuale sia logico dal punto di vista economico;
- la costruzione stessa dello scenario controfattuale deve essere condotta in base alle regole decisorie generalmente utilizzate.

In *Enron Coal*³⁴, caso che abbiamo sopra analizzato da una diversa prospettiva, il CAT doveva valutare se, in assenza di illecito concorrenziale, l’attore avrebbe effettuato una fornitura di carbone ad una terza parte.

³³ Ma anche giuridico: si veda la discussione di Carbone (2010).

³⁴ *Enron Coal Service Ltd (in liquidation) v. English Welsh & Scottish Railway Ltd* [2011] EWCA Civ. 2.

Nella sua decisione, il Tribunale esamina separatamente se, in un tale mondo controfattuale, l'attore avrebbe formulato un'offerta di fornitura, e se tale offerta sarebbe stata eventualmente accettata. Applicando separatamente ad ambedue questi interrogativi il criterio del "più probabile che non" il tribunale concludeva positivamente sul primo punto: in assenza del comportamento escludente, l'attore aveva i requisiti necessari per formulare l'offerta e l'avrebbe formulata.

L'accettazione di una tale offerta dipendeva dal comportamento del terzo, destinatario dell'offerta, ma il Tribunale decideva che quest'onere della prova non era stato assolto dall'attore. Questi infatti aveva presentato un dettagliato parere economico volto a mostrare come tale offerta sarebbe stata fatta ad un prezzo vantaggioso, che il terzo non avrebbe potuto razionalmente rifiutare. Il convenuto d'altro lato mostrava come la scelta di accettare o meno l'offerta non sarebbe dipesa soltanto dal prezzo ma da varie altre caratteristiche dell'offerta, nonché dalla storia dei (non facili) rapporti tra le due imprese. Inoltre, un testimone, già dipendente del terzo, affermava che difficilmente l'offerta di Enron Coal sarebbe stata in effetti accettata.

La costruzione controfattuale proposta dall'attore era pertanto rifiutata, perché non era congruente con alcune delle prove raccolte: in altre parole, l'intrinseca logicità dello scenario non era considerata, di per sé, sufficiente.

In *2 Travel* l'analisi del controfattuale da parte del Tribunale era ancora più pervasiva: partendo da dettagliati modelli presentati dagli esperti delle due parti, il CAT costruiva un proprio modello descrittivo dello scenario controfattuale, molto articolato, valutando il numero di passeggeri che sarebbe stato trasportato, e se una linea addizionale sarebbe o meno stata avviata. Esso esplicitamente chiariva che, nonostante avesse apprezzato il lavoro dei consulenti delle Parti, "we certainly do not consider that the opinion evidence in their reports must be used on a "take it or leave it" basis. It is for the Tribunal – based upon the factual evidence – to make an assessment of what would have happened in the counter-factual scenario, and this may very well involve re-working calculations done by the experts or adopting an approach which – although it draws on the work of both experts – adopts neither approach completely. That is what has occurred in this case. Our ap-

proach (...) based upon the factual evidence we have heard – represents our concluded view as to what would have occurred in the counterfactual scenario”³⁵.

Come abbiamo visto più sopra, anche in *Albion Water*, la questione della valutazione del controfattuale è stata sviluppata con particolare ampiezza, ricostruendo un controfattuale che teneva conto esplicitamente della capacità di fornire un'acciaieria, adiacente alla cartiera la cui fornitura era stata impedita dal comportamento dell'impresa dominante.

Nelle decisioni analizzate, quindi, la costruzione di un correlato puramente teorico come il controfattuale viene effettuata prestando grande attenzione ai fatti altrimenti accertati, con i quali il controfattuale non può trovarsi in contrasto, ed applicando comunque, ogni qual volta che vi sia incertezza su un suo aspetto significativo, il criterio del “più probabile che non”.

4. *Il passing-on*

I termini giuridici in cui si pone la questione della traslazione del danno (*passing-on*) sono ben chiari dopo la sentenza *Crehan*, interpretata dai documenti della Commissione (ma mi pare unanimemente) come la sanzione che non possono essere imposti limiti alla capacità di azione di “any person”, e dunque degli acquirenti, diretti o indiretti, di un cartello.

L'effetto per così dire corrosivo di questa sentenza è particolarmente evidente in Germania, dove la Corte Suprema, nella sentenza *ORWI*³⁶ del giugno 2011, ribaltando una consolidata giurisprudenza di segno opposto, ha ammesso che gli acquirenti indiretti di un prodotto il cui prezzo sia stato distorto da un'intesa illecita possono agire, con una *passing-on offence*, contro i membri del cartello; d'altro lato, questi ultimi possono invocare una *passing-on defence*, provando che il so-

³⁵ [2012] CAT 19, Par. 397.

³⁶ *ORWI*, Case n. KZR 75/10, German Federal High Court (Bundesgerichtshof), 28 giugno 2011, sintetizzata da Ahrens (2011).

vrapprezzo è stato in realtà a sua volta traslato dagli attori sui loro clienti.

Questa sentenza ha però aperto un vaso di Pandora, perché ha chiaramente statuito che gli acquirenti indiretti, per avere successo, devono dimostrare che gli aumenti di prezzi che essi hanno subito siano stati causalmente determinati dal cartello, e come a questo fine non sia sufficiente la decisione dell'autorità amministrativa.

In particolare gli acquirenti indiretti devono provare, secondo *ORWI*, che quelli diretti hanno innalzato i prezzi contemporaneamente a quando li ha innalzati il cartello, e con un incremento simile a quello praticato dal cartello. Enfatizzando come in ogni caso tale effetto non possa essere presunto, la Corte ha dettagliatamente indicato come possano esservi molteplici motivi per un aumento dei prezzi praticati dagli acquirenti diretti, tra cui principalmente l'elasticità dell'offerta e della domanda, la durata del cartello, e l'intensità della concorrenza nei diversi livelli della catena distributiva.

Concludeva quindi in senso favorevole agli acquirenti indiretti, basandosi però su un semplice elemento di prova che riteneva decisivo: gli acquirenti diretti avevano esplicitamente menzionato, per giustificare l'incremento di prezzi che si apprestavano a praticare a quelli indiretti, l'aumento che essi stessi avevano subito dai loro fornitori.

La Corte chiariva altresì che, qualora la tesi della traslazione del sovrapprezzo sia usata in chiave difensiva da un membro del cartello, essa deve essere valutata alla luce dei caratteri strutturali del mercato su cui vendono gli acquirenti indiretti, e dunque ancora considerando l'elasticità della domanda, dell'offerta, la durata dell'infrazione ed altre caratteristiche rilevanti dei prodotti in questione.

In particolare, quando l'attore acquirente diretto non ha semplicemente rivenduto il prodotto, ma lo ha utilizzato come input produttivo, il convenuto partecipante al cartello deve provare che gli incrementi di prezzo dell'attore non sono stati il risultato di cambiamenti nel processo produttivo o nelle caratteristiche del prodotto. La Corte ha quindi sottolineato come certamente un tale approccio imponga un onere probatorio elevato al convenuto, e si è esplicitamente chiesta se tale onere non debba essere invertito e posto in capo all'attore: ha però ritenuto di

rispondere negativamente sul piano generale, lasciando aperta la possibilità che in alcuni casi specifici ciò possa essere fatto.

Da un punto di vista economico, le considerazioni della Corte tedesca sono senz'altro ragionevoli, perché danno atto della pluralità di fattori che determinano la possibilità di trasferire un sovrapprezzo. Più in generale, come anche ampiamente discusso dalle Linee Guida della Commissione³⁷ la traslazione a valle dei prezzi è più probabile quando il mercato a valle è competitivo, il costo marginale per la produzione di un'unità aggiuntiva di prodotto non diminuisce sensibilmente se la produzione cala, l'infrazione ha un impatto sui costi variabili, ed essa è prolungata nel tempo.

All'atto pratico, sono ben pochi i casi in cui siano disponibili dati sufficienti per valutare la questione dal punto di vista econometrico, il che richiede di disporre di serie storiche lunghe relative a molteplici variabili economiche sul mercato degli acquirenti diretti, e probabilmente anche relative ad altri mercati: più modestamente, l'analisi economica può però consentire di costruire ragionevoli presunzioni, sulle quali potrebbe poggiare una determinazione equitativa.

5. Conclusioni

In questo lavoro, abbiamo sintetizzato alcune tendenze recenti della giurisprudenza a livello nazionale, che certamente interagiranno con il quadro regolamentare europeo che, nello scorso mese di giugno, ha segnato un passo avanti con la pubblicazione di una proposta di direttiva, di una guida pratica sulla quantificazione del danno, e di altri materiali complementari.

In attesa di vedere come questa originale impostazione della Commissione potrà evolversi nel processo legislativo europeo, certamente i tribunali continueranno a lavorare, e – quando finalmente entrerà in vigore – il quadro Comunitario si troverà ad interagire con quella che sarà ormai diventata un'abbondante produzione giurisprudenziale.

³⁷ Commissione Europea (2009).

Riferimenti bibliografici

Ahrens, B. (2011), *The German Federal High Court rules on damage claims by indirect purchasers and the passing-on defence in a cartel case (ORWI)*, in *e-Competitions*, n. 40926, disponibile all'indirizzo internet www.concurrences.com

Almoguera, P., Herrera, A.M. (2011), *Testing for the cartel in OPEC: non cooperative collusion or just non cooperative?*, in *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 27, n. 1

Carbone, V. (2010), *La quantificazione del danno*, in *Danno e Responsabilità – Numero Speciale: Convegno 'La quantificazione del danno patrimoniale Roma 1 ottobre 2010'*

Clerk, J., Lindsell, W. (2010), *On Torts*, Sweet & Maxwell

Colley, L., Marsden, P. (2010), *Use of the Counterfactual in Antitrust*, Competition Law Forum, British Institute of International and Comparative Law, disponibile all'indirizzo internet <http://www.biiicl.org>

Commissione Europea (2009), *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, 2009/C, 45/02

De Nerée, B., Leeflang, F., Deckers, M., Kuijper, M., Rosielle, A. (2013), *Groundbreaking judgment on cartel damages in the Netherlands*, 14 febbraio 2013, disponibile all'indirizzo internet <http://www.lexology.com>

Dietzel, K., Wisking, S., Herron, M. (2012), *Nearing the end of the line in Cardiff Bus*, in *Competition law online*, disponibile all'indirizzo internet <http://www.jordanscompetitionlaw.co.uk/articles/nearing-the-end-of-the-line-in-cardiff-bus>

Frignani, A. (2012), *L'onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito antitrust*, in Benacchio, Carpagnano (curatori), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law – Atti del III Convegno di Studio presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento 15-16 aprile 2011*, Cedam, 2012.

Oxera (2012), *What's driving damages? The 2 Travel v Cardiff Bus competition law ruling*, in *Agenda - Advancing economics in business*, settembre 2012

Pardolesi, R. (2007), *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*, in *Foro Italiano*, Vol. 1, 2007

Pérez Fernández, P. (2012), *The Spanish Supreme Court confirms the judgment of the Valladolid Provincial Court in the sugar cartel (Nestlé, Gullón, Zahor)*, in *e-Competitions*, n. 49040, disponibile all'indirizzo internet www.concurrences.com

Prosperetti, L. (2012), *Porcospini affettuosi: alcuni problemi di prova e misura del danno antitrust tra economia e diritto*, in Benacchio, Carpagnano (curatori), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law – Atti del III Convegno di Studio presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento 15-16 aprile 2011*, Cedam, 2012

Prosperetti, L., Pani, E., Tomasi, I. (2009), *Il danno antitrust: una prospettiva economica*, Il Mulino

Rossi dal Pozzo, F., Nascimbene, B. (curatori) (2009), *Il private enforcement nelle norme sulla concorrenza*, Giuffrè Editore.

LA LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO POSTALE COMUNITARIO

L'ESPERIENZA ITALIANA

Maurizio Raffaini e Dario Ruggiero

SOMMARIO: *1. La liberalizzazione del mercato postale comunitario; 1.1. Il Libro verde sullo sviluppo del mercato unico dei servizi postali; 1.2. La Direttiva 97/67/CE del 15/12/1997; 1.3. La Direttiva 2002/39/CE del 10/06/2002; 1.4. La Direttiva 2008/6/CE del 20/02/2008; 2. La liberalizzazione del mercato postale in Italia; 2.1. Il decreto legislativo n. 261/99 del 22/07/1999; 2.2. Il decreto legislativo n. 384/2003 del 23/12/2003; 2.3. Il decreto legislativo n. 58/2011 del 31/03/2011; 3. Le istruttorie antitrust; 3.1. Istruttoria AGCM n. A365 (posta elettronica ibrida); 3.2. Istruttoria AGCM n. A388 (bando gara Poste Italiane); 3.3. Istruttoria AGCM n. A413 ("Posta Time"); 3.4. Istruttoria AGCM n. A438 (piani di rientro); 3.5. Istruttoria AGCM n. A441 (esenzione IVA sui servizi negoziati individualmente); 4. Le asimmetrie concorrenziali; 4.1. La riserva postale; 4.2. Il servizio universale; 4.2.1. Il finanziamento del servizio universale; 4.2.2. L'esenzione IVA; 4.3. L'assegnazione del servizio universale.*

1. La liberalizzazione del mercato postale comunitario

I servizi postali, che pure rappresentano un significativo elemento di sviluppo e di integrazione della Comunità, se non altro in termini di occupazione¹, sono stati interessati dal processo di liberalizza-

¹ Già nell'ambito dei lavori preparatori della Direttiva 97/67/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari ed il miglioramento della qualità del servizio, in GUCE L15 del 21 gennaio 1998), la Commissione aveva evidenziato che il settore postale rappresentava l'1.3% del PIL della Comunità e dava lavoro a circa 1,8 milioni di persone (di cui circa 1,5 milioni impiegati dalle aziende postali e circa 300mila dalle Autorità competenti). Successivamente, nell'ambito della "Relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva posta-

zione con ritardo rispetto ad altri settori tradizionalmente considerati più redditizi, quali trasporti, telecomunicazioni ed energia.

Le ragioni più comunemente addotte per spiegare tale ritardo sono, invero, molteplici e di diversa natura. In primo luogo, è indubbio che le innovazioni tecnologiche nel settore delle telecomunicazioni abbiano diminuito la centralità dei servizi postali – intesi quali servizi di trasporto e consegna di informazioni cartacee – nell’ambito delle comunicazioni in generale. In secondo luogo, l’industria dei servizi postali – caratterizzata da un’elevata incidenza del fattore lavoro, che comporta notevoli problematiche di carattere sociale – si distingue dalle altre *public utilities* in virtù dei suoi ridotti margini di crescita. In terzo luogo, il costo del servizio universale nel settore postale è sensibilmente più elevato rispetto ad altri settori, soprattutto a causa degli elevati costi necessari per il recapito della corrispondenza in località scarsamente popolate.

Tutto ciò induce a ritenere che il settore in esame rappresenti una classica ipotesi di monopolio naturale, sia in virtù delle economie di scala che caratterizzano la fase di recapito, sia in virtù dell’esigenza di garantire l’universalità del servizio (intesa come necessità di fornire a tutti i cittadini, indipendentemente dalla loro collocazione geografica, l’accesso al servizio postale a condizioni eque e non discriminatorie)².

Tali considerazioni avevano determinato, nei singoli Stati membri, quadri normativi profondamente differenti e spesso divergen-

le 97/67/CE” (COM (2002) 632 del 25 novembre 2002), la Commissione ha precisato che le entrate del settore postale ammontavano, nel 2000, a circa 85 miliardi di Euro (pari all’1% del PIL) e che l’occupazione era stimabile intorno ad 1,6 milioni di posti di lavoro (di cui 1,2 milioni impiegati nell’ambito delle attività del servizio universale e 0,5 milioni impiegati nell’industria dei corrieri e dei servizi espresso). Considerando anche l’indotto, la Commissione ha stimato che oltre cinque milioni di posti di lavoro nell’UE erano direttamente dipendenti, strettamente collegati o indotti dal settore postale.

² In un sistema caratterizzato, essenzialmente per ragioni di equità, da tariffe uniformi, cioè indipendenti dalla distanza delle zone di recapito, l’universalità del servizio è assicurata dall’esistenza di un unico operatore che sia in grado di offrire il servizio di recapito ad un prezzo unico, compensando i maggiori costi del recapito in zone scarsamente popolate (zone rurali, isole, ecc.) con i maggiori ricavi derivanti dall’erogazione del servizio nelle zone urbane densamente popolate.

ti³. L'assenza di una qualsivoglia forma di armonizzazione tra le legislazioni nazionali, e la conseguente frammentazione dei mercati derivante dai monopoli concessi agli Operatori Pubblici, comportavano significative differenze nella qualità dei servizi postali dei diversi Stati membri, con inevitabili ripercussioni negative sullo sviluppo dell'attività commerciale di talune regioni della Comunità, oltre che sui prezzi finali (nella maggior parte dei casi non correlati ai costi) corrisposti dall'utente⁴.

La nuova regolamentazione del settore non poteva quindi prescindere dalla necessità di mediare le esigenze della liberalizzazione con quelle di interesse generale sottese alla prestazione dei servizi postali, e dalla correlata necessità di consentire agli Operatori Pubblici la fornitura del servizio in condizioni di equilibrio economico e finanziario.

Per tali motivi, tra i modelli astrattamente ipotizzabili per la realizzazione di un mercato unico, l'approccio seguito dal legislatore comunitario è stato quello della liberalizzazione graduale, cioè un approccio che giustificasse, sia pur entro limiti ben determinati, il mantenimento di diritti speciali e/o esclusivi a vantaggio delle imprese incaricate della fornitura del servizio postale universale⁵.

³ Negli ordinamenti dei singoli Stati membri, invero, esistevano differenti definizioni di "corrispondenza" e, soprattutto, differenti criteri per l'individuazione dei servizi riservati in via esclusiva all'Operatore Pubblico. In alcuni Stati, l'area riservata era, infatti, determinata in funzione del prezzo e/o del peso della corrispondenza, mentre in altri Stati (tra i quali l'Italia) era delimitata in funzione del suo contenuto.

⁴ In taluni Stati membri, ad esempio, l'obiettivo di recapitare la corrispondenza entro il giorno successivo a quello della sua impostazione (J+1) era raggiunto per il 90% degli invii, mentre in certe zone di altri Stati detto obiettivo era raggiunto solo per il 15-16% della corrispondenza.

⁵ Il servizio postale universale, in una delle prime definizioni della Commissione, "(...) implica l'offerta di un servizio di buona qualità su tutto il territorio, con una frequenza minima garantita, a prezzi accessibili a tutti e comprende la levata, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione della corrispondenza, nonché, entro certi limiti di prezzo e di peso, quella di pubblicazioni, cataloghi e colli. Include anche le spedizioni raccomandate e assicurate, copre tanto le spedizioni interne quanto quelle transfrontaliere e risponde ad esigenze di continuità, riservatezza, neutralità, parità di trattamento e adattabilità" (Comunicazione su "I servizi di interesse generale in Europa", in GUCE C281 del 26 settembre 1996, par. 38). Sulla scorta di tale definizione, la Direttiva

1.1. Il Libro verde sullo sviluppo del mercato unico dei servizi postali⁶

Con la presentazione, da parte della Commissione, del Libro verde sullo sviluppo del mercato unico dei servizi postali (il “Libro verde”) veniva individuata la necessità di una infrastruttura destinata a garantire un servizio postale universale.

Il Libro verde auspicava l’individuazione di un complesso di servizi riservati, mediante l’attribuzione di alcuni diritti esclusivi su determinate tipologie di corrispondenza privata e commerciale alle Amministrazioni nazionali interessate; nel contempo, si proponeva di sottrarre alcuni servizi postali al settore riservato agli Operatori Pubblici (corriere espresso, invio di pubblicazioni, impostazione diretta e spedizioni transfrontaliere). Per evitare, nel quadro della liberalizzazione, la creazione di servizi postali a più velocità, il Libro verde sottolineava la necessità di una più intensa armonizzazione fra gli Stati membri, attraverso la definizione normativa di alcune caratteristiche essenziali del servizio universale.

In particolare, il Libro verde auspicava il raggiungimento dei seguenti obiettivi:

- liberalizzazione graduale del mercato;
- realizzazione del mercato unico europeo;
- fornitura del servizio postale in tutta la Comunità;
- prezzi accessibili a tutti gli utenti;
- obblighi comuni per i fornitori;
- armonizzazione della normativa.

97/67/CE, all’art. 3, par. 1, definisce il Servizio Universale come l’offerta “(...) di servizi postali di qualità determinata forniti permanentemente in tutti i punti del territorio a prezzi accessibili a tutti gli utenti”.

⁶ Libro Verde della Commissione sullo sviluppo del mercato unico dei servizi postali, dell’11 giugno 1992, COM (91) 476 def.

1.2. La Direttiva 97/67/CE del 15/12/1997⁷

Le prime misure dettate a livello comunitario per l'armonizzazione del settore in esame sono contenute nella Direttiva 97/67/CE ("I Direttiva postale"), approvata dopo oltre cinque anni dalla pubblicazione del Libro verde della Commissione, e dopo un *iter* preparatorio alquanto travagliato⁸.

La I Direttiva postale definiva, in primo luogo, l'ambito del servizio postale universale, inteso come un'offerta di servizi postali di qualità determinata, forniti permanentemente in tutti i punti del territorio a prezzi accessibili a tutti gli utenti. Ciascuno Stato membro avrebbe dovuto provvedere a garantire la fornitura del servizio universale ed era tenuto a definire, nel rispetto del diritto comunitario, gli obblighi e i diritti del designando fornitore.

La fornitura del servizio universale rispondeva alle seguenti esigenze:

- a) offrire un servizio teso a garantire il rispetto delle esigenze essenziali;
- b) offrire a tutti gli utenti un trattamento identico;
- c) fornire un servizio senza discriminazioni, soprattutto di ordine politico, religioso o ideologico;
- d) fornire un servizio che non possa essere sospeso o interrotto, salvo casi di forza maggiore;
- e) evolvere in funzione del contesto tecnico, economico e sociale, nonché delle esigenze degli utenti.

⁷ Direttiva n. 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997, in GUCE L 15/15 del 21 gennaio 1998.

⁸ La Direttiva è stata adottata con la procedura di co-decisione e per la stesura del testo finale è stato necessario l'intervento del Comitato di Conciliazione. Ancor più complesso si è rivelato il processo di trasposizione della Direttiva nei singoli ordinamenti interni: infatti, le misure adottate dagli Stati membri non sono state tempestive né, in molti casi, conformi allo spirito della Direttiva. Diversi operatori privati ed Associazioni di categoria hanno presentato reclami formali per l'incompleta e/o non corretta trasposizione della Direttiva. Tra questi, la Commissione ha concentrato in particolare la propria attenzione su quelli presentati da imprese attive in Spagna, Italia e Grecia.

La I Direttiva postale prevedeva la possibilità che gli Stati membri riservassero taluni servizi di corrispondenza interna al fornitore del servizio universale, nella misura necessaria al mantenimento del servizio stesso (servizi riservati).

Per i servizi non riservati rientranti nel campo di applicazione del servizio universale (servizi universali non riservati), gli Stati membri avrebbero potuto introdurre procedure di autorizzazione, comprese licenze individuali, nella misura necessaria per garantire la conformità alle esigenze essenziali e per salvaguardare il servizio universale.

Per i servizi non riservati collocati al di fuori del campo di applicazione del servizio universale, gli Stati membri avrebbero potuto introdurre autorizzazioni generali nella misura necessaria per garantire la conformità con le esigenze essenziali.

Per garantire il finanziamento del servizio universale, la I Direttiva prevedeva, accanto all'istituzione di un'area riservata, la possibilità di istituire un Fondo di compensazione, al quale sarebbero stati tenuti a contribuire i titolari di licenze individuali, amministrato da un organo indipendente dal beneficiario⁹.

La I Direttiva postale prevedeva, inoltre, la designazione, da parte degli Stati membri, di Autorità nazionali di regolamentazione per il settore postale, giuridicamente distinte e funzionalmente indipendenti dagli operatori postali.

1.3. La Direttiva 2002/39/CE del 10/06/2002¹⁰

La Direttiva 2002/39/CE ("II Direttiva postale") ha posto le basi per l'ulteriore apertura del mercato, ferma restando l'esigenza di garantire all'interno della Comunità la fornitura del servizio postale universale, prevedendo, da un lato, la riduzione in due tappe successive

⁹ Nello schema tracciato dal legislatore comunitario, il Fondo avrebbe potuto essere attivato solo in via residuale, vale a dire nell'ipotesi in cui lo Stato membro avesse accertato che gli obblighi di Servizio Universale previsti dalla I Direttiva costituissero un onere finanziario non equo per il fornitore del servizio (art. 9, par. 4, della I Direttiva).

¹⁰ Direttiva n. 2002/39/CE che modifica la direttiva 97/67/CE per quanto riguarda l'ulteriore apertura alla concorrenza dei servizi postali della Comunità del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 giugno 2008, in GUCE L 176/21 del 5 luglio 2002.

(dal 1° gennaio 2003 e dal 1° gennaio 2006) dei limiti di prezzo e di peso funzionali alla delimitazione dell'area dei servizi riservati al fornitore del servizio universale e, dall'altro, fissando al 1° gennaio 2009 (poi posticipata, come diremo *infra*, al 1° gennaio 2011) la data della completa liberalizzazione del mercato.

Le principali modifiche introdotte dalla II Direttiva postale al quadro già delineato dalla I Direttiva riguardavano, in particolare:

- la menzionata riduzione dei limiti di peso e di prezzo al di sotto dei quali la corrispondenza sarebbe stata riservata in esclusiva al fornitore del servizio universale;
- la facoltà del fornitore del servizio universale di applicare tariffe speciali, strettamente correlate ai “costi evitati” rispetto ad un servizio ordinario, per particolari categorie di clienti (ad es. per imprese commerciali, utenti all'ingrosso), e nel rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione;
- il divieto di utilizzare le risorse provenienti da servizi riservati per il finanziamento di servizi universali non riservati, se non nella misura in cui ciò fosse strettamente necessario per il soddisfacimento di specifici obblighi del servizio universale;
- l'estensione delle procedure in materia di reclami degli utenti a tutti gli operatori, e la previsione di procedure finalizzate all'accertamento della responsabilità qualora fossero coinvolti più operatori;
- l'attribuzione alle Autorità di regolamentazione dell'ulteriore compito di predisporre controlli e procedure specifiche per garantire il rispetto dell'area dei servizi riservati.

Il grado di liberalizzazione che ne è derivato – peraltro già sensibilmente inferiore agli intendimenti espressi dalla Commissione in sede di lavori preparatori¹¹ – appariva, già all'epoca, qualitativamente e

¹¹ Cfr. COM (2000) 319 final, nel quale la Commissione proponeva di escludere dall'area riservata sia la corrispondenza con consegna “espressa” sia i “servizi speciali”. Nella definizione proposta dalla Commissione dovevano intendersi come tali “i servizi chiaramente distinti dal servizio universale, che soddisfano particolari esigenze degli utenti e che prevedono talune ulteriori caratteristiche ‘a valore aggiunto’ che il servizio postale tradizionale non offre. Tali ulteriori caratteristiche ‘a valore aggiunto’ sono, ad esempio, la consegna ‘su appuntamento’, la possibilità di modificare il luogo o il nome del destinatario prima della consegna o nel caso in cui il primo tentativo di consegna

quantitativamente insoddisfacente. Rispetto alla I Direttiva postale, infatti, la II Direttiva di fatto liberalizzava una percentuale d'invii di corrispondenza di circa il 10% dell'intero mercato dei servizi postali e, soprattutto, lasciava irrisolta una delle questioni più delicate sollevate già dalla I Direttiva postale, vale a dire la definizione dei “nuovi servizi” che, in quanto distinti dal servizio postale universale, avrebbero già dovuto essere offerti da qualsiasi operatore, in linea con una consolidata giurisprudenza comunitaria¹², in regime di libera concorrenza.

1.4. La Direttiva 2008/6/CE del 20/02/2008¹³

La Direttiva 2008/06/CE (“III Direttiva postale”) ha modificato ulteriormente la I Direttiva postale, imponendo la rimozione di qualsiasi diritto di esclusiva, dunque l'eliminazione dell'area dei servizi riservati al fornitore del servizio universale e la completa apertura del mercato, lasciando nella sostanza inalterati i principi e le ‘regole del gioco’ fissate dalla II Direttiva.

In particolare, la III Direttiva fissava il termine ultimo per la piena apertura del mercato al 31 dicembre 2010 per la maggioranza degli Stati membri, tra cui l'Italia¹⁴, e al 31 dicembre 2012 per gli altri Stati membri¹⁵.

fallisca, il *tracking and tracing*, la consegna ad una data od ora certa, una molteplicità di tentativi di recapito e la consegna secondo una sequenza predefinita dal cliente”.

¹² Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 19 maggio 1993, procedimento penale a carico di Paul Corbeau, causa C-320/91, in Raccolta I-2533.

¹³ Direttiva n. 2008/6/CE che modifica la direttiva n. 97/67/CE per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali comunitari del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 febbraio 2008, in GUCE L 52/3 del 27 febbraio 2008.

¹⁴ Gli Stati membri in questione rappresentavano, in termini di volume, il 95% dei mercati postali dell'UE.

¹⁵ Cipro, Grecia, Lituania, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Ungheria.

2. La liberalizzazione del mercato postale in Italia

Come visto, la normativa comunitaria prevedeva la liberalizzazione del mercato postale secondo un percorso graduale, che avrebbe dovuto portare l'industria verso un mercato interno caratterizzato da standard qualitativi omogenei e prezzi accessibili a tutti gli utenti, anche attraverso una sana competizione 'ad armi pari' tra l'*incumbent* ed i nuovi entranti.

In Italia, invece, il percorso tracciato dal legislatore comunitario si è ben presto rivelato particolarmente tortuoso.

2.1. Il decreto legislativo n. 261/99 del 22/07/1999

La I Direttiva postale è stata recepita in Italia con il decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 (il "Decreto 261/99"), emanato con diversi mesi di ritardo rispetto alla scadenza prevista, soprattutto a causa della difficoltà di modificare la risalente e peculiare struttura del c.d. Codice Postale¹⁶ nel quale la distinzione tra i servizi riservati all'Operatore Pubblico e i servizi liberalizzati era fondata essenzialmente sul contenuto della corrispondenza.

In particolare, apparteneva in esclusiva allo Stato la corrispondenza di tipo epistolare, intendendosi come tale "qualsiasi invio chiuso, ad eccezione dei pacchi, e qualsiasi invio aperto contenente comunicazioni a carattere attuale e personale"¹⁷. Per converso, i servizi aventi ad oggetto la corrispondenza non epistolare¹⁸ potevano essere forniti da qualsiasi operatore in regime di libera concorrenza¹⁹.

¹⁶ Decreto del Presidente della Repubblica 29 marzo 1973, n. 156, recante "Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni".

¹⁷ Art. 24 del d.P.R. n. 655/82.

¹⁸ Si trattava di tipologie di corrispondenza particolarmente importanti, quale, ad esempio, le fatture commerciali, la posta elettronica ibrida, il *direct mailing*, e le stampe periodiche e non periodiche.

¹⁹ Nei fatti, tuttavia, la distinzione tra servizi riservati e liberalizzati, quindi anche la distinzione tra Operatore Pubblico (monopolista) e operatori privati, non era così netta come sarebbe potuto sembrare a prima vista. In effetti, il settore postale italiano era

Il Decreto 261/99 riservava al fornitore del Servizio Universale, ossia Poste Italiane S.p.A. (“Poste Italiane”) i servizi di raccolta, trasporto, smistamento e distribuzione degli invii di corrispondenza, interna e transfrontaliera, di prezzo inferiore a € 3,10 e di peso inferiore a 350 grammi²⁰.

Conformemente a quanto previsto dalla I Direttiva postale, i servizi non riservati e quelli non rientranti nel servizio universale avrebbero potuto essere offerti da operatori alternativi previo ottenimento, rispettivamente, di una licenza individuale o di un’autorizzazione generale.

Ai titolari di licenze individuali, l’Autorità di regolamentazione (all’epoca individuata nel Ministero delle Comunicazioni), avrebbe potuto imporre obblighi di contribuzione al Fondo di compensazione, nella misura massima del 10% degli introiti lordi derivanti dall’attività autorizzata.

Al Ministero delle Comunicazioni, in qualità di Autorità di regolamentazione, veniva altresì attribuito il compito di determinare le tariffe dei servizi riservati e delle prestazioni rientranti nel servizio universale, nel rispetto dei criteri di ragionevolezza, correlazione ai costi, trasparenza e non discriminazione.

Il recepimento della I Direttiva postale ha comportato notevoli problemi nell’ordinamento italiano, non solo perché il legislatore, prima, e il mercato, poi, hanno dovuto confrontarsi con la cronica lentezza italiana nell’adeguamento delle strutture dell’ex-Amministrazione delle

caratterizzato da una forma anomala di pluralismo, resa possibile soprattutto dall’istituto delle Concessioni, che consentivano a soggetti privati (Agenzie di recapito) di provvedere alla fornitura di servizi rientranti per legge nell’esclusiva statale. In pratica, dunque, le Agenzie di recapito operavano nel mercato dei servizi postali accanto all’Operatore pubblico e addirittura, almeno dal punto di vista della qualità dei servizi, in concorrenza con lo stesso, versando una cospicua tassa di concessione utilizzata per compensare il monopolista dei mancati ricavi derivanti dalla parziale erosione dell’area riservata.

²⁰ Erano, inoltre, compresi nell’area riservata, indipendentemente dai limiti di prezzo e di peso, anche gli invii raccomandati attinenti alle procedure amministrative e giudiziarie, nonché la c.d. posta elettronica ibrida, vale a dire la corrispondenza generata in forma elettronica (prevalentemente, fatture ed estratti conto di grandi speditori, quali banche ed *utilities*).

Poste e Telecomunicazioni alla mentalità e ai metodi imprenditoriali e meritocratici imposti dalla liberalizzazione²¹, ma anche perché, per effetto del recepimento della Direttiva comunitaria, taluni servizi prima offerti in regime di concorrenza sono stati compresi nell'area riservata, ciò che ha provocato gravi ricadute sull'attività delle Agenzie di recapito²².

2.2. Il decreto legislativo n. 384/2003 del 23/12/2003²³

Il decreto legislativo n. 384 del 2003 – emanato in attuazione dell'articolo 19 della legge 3 febbraio 2003 n. 14 (legge comunitaria 2002), che delegava il Governo a recepire la II Direttiva postale – ha recepito nell'ordinamento nazionale la direttiva 2002/39/CE, modificando o integrando alcuni articoli del Decreto 261/99, il cui impianto è tuttavia rimasto immutato, quanto meno nelle sue linee essenziali.

In particolare, il decreto legislativo n. 384 del 2003:

a) prevedeva la riduzione dei limiti di prezzo e di peso per la delimitazione dell'area riservata, secondo lo schema indicato dalla II Direttiva postale, vale a dire:

- la riduzione a 100 grammi, a decorrere dal 1° gennaio 2003, del limite di peso e la riduzione del limite di prezzo al triplo della tariffa pubblica per l'invio della categoria di corrispondenza più rapida del primo porto di peso;

²¹ Trasformata da Ente Pubblico Economico in Società per Azioni alla fine del 1997, Poste Italiane ha dovuto, infatti, dotarsi di un nuovo modello organizzativo che le consentisse di sfruttare appieno le ingenti risorse umane disponibili, impiegandole secondo criteri meritocratici ed in base alla logica imprenditoriale della responsabilizzazione sui risultati.

²² Il problema della salvaguardia delle imprese già attive nel mercato dei servizi riservati è stato affrontato con l'inserimento, nel Decreto 261/99, di una norma transitoria in virtù della quale "Poste Italiane [avrebbe potuto] realizzare accordi con gli operatori privati, anche dopo la scadenza delle concessioni (...), al fine di ottimizzare i servizi, favorendo il miglioramento della qualità dei servizi stessi anche attraverso l'utilizzazione delle professionalità già esistenti".

²³ Decreto legislativo 23 dicembre 2003, n. 384, "Attuazione della direttiva 2002/39/CE che modifica la direttiva 97/67/CE relativamente all'ulteriore apertura alla concorrenza dei servizi postali della Comunità"; G.U. n. 22 del 28.01.2004.

- l'ulteriore riduzione dei suddetti limiti di peso e di prezzo (rispettivamente pari a 50 grammi e a due volte e mezzo la tariffa pubblica per l'invio della categoria di corrispondenza più rapida del primo porto di peso) a decorrere dal 1° gennaio 2006;
- b) affidava all'Autorità di regolamentazione del settore postale maggiori poteri di controllo, volti a garantire il rispetto dell'area riservata;
- c) codificava il divieto – la cui applicazione al settore postale era da tempo invocata dalla Commissione europea²⁴ – di utilizzare le risorse ricavate da servizi riservati per il finanziamento di servizi universali non riservati, se non nella misura in cui ciò fosse strettamente necessario per il soddisfacimento di specifici obblighi del servizio universale;
- d) declinava gli obblighi gravanti sul fornitore del servizio universale in materia di condizioni economiche, consistenti in particolare nell'obbligo di: applicare eventuali prezzi e tariffe speciali e relative condizioni associate in regime di trasparenza e non discriminazione; operare affinché i prezzi e le tariffe in questione tenessero conto dei costi evitati rispetto a un servizio ordinario che copra la gamma completa dei servizi offerti per raccolta, trasporto, smistamento e consegna degli invii individuali; applicare i prezzi e le tariffe, oltre che le relative condizioni associate, nei riguardi di tutti i soggetti che si trovino nelle medesime condizioni; rendere disponibili gli eventuali prezzi e tariffe speciali anche ai clienti privati in condizioni simili;
- e) estendeva ai titolari di licenza individuale gli obblighi, già previsti per il fornitore del servizio universale, in materia di reclami degli utenti²⁵.

²⁴ Comunicazione della Commissione (98/C 39/02) sull'applicazione delle regole di concorrenza al settore postale e sulla valutazione di alcune misure statali relative ai servizi postali, in G.U.C.E. C39 del 6 febbraio 1998.

²⁵ A tale proposito, giova segnalare che non risultavano recepite nel decreto legislativo alcune ulteriori disposizioni della II Direttiva, la quale indicava tra le procedure di reclamo quelle riguardanti i casi di smarrimento, furto, danneggiamento (previste in realtà fin dalla I Direttiva postale), peraltro fornendo specifiche indicazioni sulla determinazione della responsabilità in caso di coinvolgimento di più di un operatore.

2.3. Il decreto legislativo n. 58/2011 del 31/03/2011

Il decreto legislativo 31 marzo 2011, n. 58, entrato in vigore il 30 aprile 2011, ha recepito nell'ordinamento italiano la III Direttiva postale ed ha finalmente completato, seppur con qualche anno di ritardo rispetto alla scadenza del 1° gennaio 2007 originariamente ipotizzata in sede di stesura della I Direttiva, il processo di liberalizzazione del mercato postale, mediante l'abolizione dei diritti esclusivi del fornitore del servizio universale sulla corrispondenza inferiore a certi limiti di peso e prezzo, oltre che quelli sulle raccomandate attinenti alle procedure della pubblica amministrazione.

Al contempo, però, il decreto in questione lasciava in esclusiva al Fornitore del servizio universale, per esigenze di ordine pubblico, alcuni importanti servizi, ossia i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di atti giudiziari e i servizi inerenti le notificazioni di cui all'articolo 201 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (il "Codice della Strada").

3. Le istruttorie antitrust

Sotto il profilo della concreta applicazione delle norme poc'anzi descritte, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") – dopo un'attività di *moral suasion* condotta essenzialmente attraverso Pareri e Segnalazioni rese ai sensi degli artt. 21 e 22 della l. n. 287/90 sui decreti che recepivano in Italia le norme comunitarie – ha svolto un'intensa attività di *enforcement*, avviando diverse istruttorie per accertare eventuali abusi di posizione dominante realizzati dal fornitore del servizio universale (Poste Italiane) ed assicurare così lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata dalle asimmetrie che inevitabilmente caratterizzano un mercato in fase di liberalizzazione.

3.1. Istruttoria AGCM n. A365 (posta elettronica ibrida)

In data 23 febbraio 2005, l'AGCM deliberava l'avvio di un'istruttoria nei confronti di Poste Italiane per accertare un'eventuale violazione dell'articolo 82 del Trattato CE consistente, in particolare, nell'applicazione di condizioni di accesso discriminatorie alla rete postale attraverso, tra l'altro, la predisposizione di una circolare recante le Condizioni Generali di Accesso al recapito della posta elettronica ibrida.

Il procedimento trae origine da una segnalazione del 5 maggio 2003, con la quale una società operante nel settore della posta ibrida lamentava la perdita di numerosi clienti a favore di Postel S.p.A. ("Postel"), società controllata da Poste Italiane ed attiva nel mercato dei servizi di stampa, personalizzazione e imbustamento della corrispondenza ricevuta in forma elettronica.

In particolare, la segnalante lamentava il fatto che Poste Italiane, attraverso le menzionate Condizioni Generali di Accesso, le impedisse di accedere della tariffa agevolata di recapito PEIE (Posta Elettronica Ibrida Epistolare), prevista dal Decreto del Ministero delle Comunicazioni del 18 febbraio 1999, e che tale tariffa fosse invece di fatto concessa solo a Postel, la quale beneficiava in tal modo di un indebito vantaggio competitivo nel mercato dei servizi 'a monte' di quelli di recapito.

A seguito di un'ampia istruttoria, durata oltre un anno, l'AGCM deliberava che Poste Italiane avesse abusato della propria posizione dominante nel mercato del recapito della posta elettronica ibrida, applicando in tale mercato condizioni di accesso discriminatorie a vantaggio della propria controllata Postel, alterando così la concorrenza nel mercato dei servizi di stampa e imbustamento delle comunicazioni postali delle grandi imprese.

All'esito dell'istruttoria, l'Autorità ha altresì accertato che l'abuso di Poste Italiane, oltre che nell'applicazione di condizioni di accesso discriminatorie, consisteva nella concessione alla propria controllata di ulteriori vantaggi idonei ad alterare la concorrenza nei mercati posti a monte del recapito.

In particolare, Poste Italiane:

- a) aveva applicato tariffe privilegiate, addirittura inferiori a quelle previste dal Decreto Ministeriale, ad alcuni grandi clienti;
- b) aveva conferito ingenti vantaggi economici, informativi e finanziari a Postel;
- c) aveva adottato un piano di alleanze con imprese concorrenti attuali e potenziali con espresse clausole di esclusiva al fine di legarli a sé ed evitare il loro ingresso diretto nel mercato della posta elettronica ibrida.

L'AGCM comminava, dunque, a Poste Italiane una sanzione di 1,6 milioni di euro, imponendole altresì di definire nuove condizioni generali di accesso alla rete postale conformi ai principi di concorrenza, in particolare modificando le condizioni previste in precedenza e assicurando ai concorrenti effettiva parità di condizioni di accesso rispetto a quelle previste per Postel o altre società controllate.

A seguito dell'istruttoria, il Decreto ministeriale del 1999 è stato sostituito da un nuovo decreto, del 17 febbraio 2006, che riduceva le soglie quantitative precedentemente previste per l'accesso alla rete postale dei nuovi operatori di posta elettronica ibrida, nel tentativo di agevolare l'accesso dei concorrenti di Postel alla tariffa agevolata PEIE. Infine, nel maggio 2006, il servizio PEIE è stato, di fatto, abrogato e sostituito con il servizio di posta massiva²⁶.

Il Provvedimento dell'AGCM, impugnato da Poste Italiane innanzi il T.A.R. Lazio, è stato definito, solo a distanza di circa sette anni, con sentenza n. 125/2013 con la quale il Giudice amministrativo ha parzialmente ridotto la sanzione di Poste Italiane in considerazione del fatto che la condotta di quest'ultima era, per lo più, imposta dal Decreto Ministeriale del febbraio 1999.

Per il resto, il T.A.R. ha confermato le valutazioni dell'Autorità sul carattere abusivo della condotta di Poste Italiane – in particolare sull'illegittimità degli sconti concessi ai grandi clienti, dei vantaggi di natura informativa e finanziaria concessi a Postel e delle clausole di esclusiva che legavano gli stampatori a Poste Italiane, impedendo lo sviluppo della concorrenza nel mercato dei servizi di preparazione della corri-

²⁶ Decreto del Ministero delle Comunicazioni 12 maggio 2006, recante “Disposizioni in materia di invii di corrispondenza rientranti nell'ambito del servizio postale universale. Tariffe e prezzi degli invii di corrispondenza per l'interno e l'estero”.

spondenza – così ribadendo la fondamentale importanza degli obblighi di non discriminazione, soprattutto in materia tariffaria, che gravano sull'*incumbent*.

3.2. Istruttoria AGCM n. A388 (bando gara Poste Italiane)

In data 3 agosto 2007, l'AGCM avviava un'istruttoria per accertare un ulteriore abuso di posizione dominante da parte di Poste Italiane, la quale, pochi mesi prima (nel maggio 2007), aveva pubblicato un Bando di gara per l'esternalizzazione di alcuni servizi postali ad essa riservati. Il bando in questione conteneva clausole particolarmente penalizzanti per gli affidatari (potenziali concorrenti di Poste Italiane in vista della liberalizzazione), soprattutto se confrontate con i quantitativi e la tipologia di corrispondenza affidata nel periodo dicembre 2000-gennaio 2007 alle ex Agenzie di recapito ai sensi dell'art. 23, 5° comma, del Decreto 261/99²⁷.

Secondo l'AGCM, molte delle clausole contenute nei contratti oggetto di gara miravano in realtà a ridurre l'autonomia imprenditoriale degli ex concessionari, indebolendoli in vista della completa liberalizzazione prevista per il 2011.

L'istruttoria in questione si è tuttavia chiusa con l'accettazione di una serie di impegni offerti da Poste Italiane ai sensi dell'art. 14-ter della l. n. 287/90, consistenti:

- a) nell'impegno a predisporre un nuovo Bando di gara per l'affidamento dei servizi di distribuzione e raccolta di corrispondenza e posta

²⁷ Come ricordato *supra*, il Decreto che recepiva in Italia la I Direttiva postale, proprio per tutelare le Agenzie già titolari di Concessioni e consentire loro di esercitare una sana ed effettiva pressione concorrenziale sull'*incumbent*, aveva previsto una norma transitoria in virtù della quale "Poste Italiane [avrebbe potuto] realizzare accordi con gli operatori privati, anche dopo la scadenza delle concessioni (...), al fine di ottimizzare i servizi, favorendo il miglioramento della qualità dei servizi stessi anche attraverso l'utilizzazione delle professionalità già esistenti". In applicazione di tale norma, Poste Italiane aveva stipulato con circa settanta ex Concessionari contratti per esternalizzare una serie di servizi rientranti nell'ambito della riserva legale. Tuttavia, grazie al suo potere contrattuale, Poste Italiane aveva stipulato contratti fortemente squilibrati, riducendo fortemente la capacità competitiva delle ex Agenzie di recapito anche negli ambiti di attività non soggetti a riserva.

non indirizzata e l'espletamento di servizi ausiliari in ambito urbano, suddivisi in settanta lotti. Secondo l'AGCM, il valore complessivo delle attività messe a gara²⁸, unitamente alla garanzia di un valore totale minimo pari all'80% del valore triennale del lotto aggiudicato, sarebbero stati sostanzialmente in linea con gli importi riconosciuti agli ex-concessionari negli anni precedenti e avrebbero perciò favorito il mantenimento della capacità produttiva delle Agenzie fino al momento della completa liberalizzazione dei mercati postali;

- b) nell'impegno di prorogare i contratti stipulati con le Agenzie di recapito per tutto il primo trimestre 2008, per garantire la continuità dell'attività delle Agenzie nelle more delle procedure inerenti la nuova gara;
- c) nell'impegno ad affidare un certo volume di corrispondenza più redditizia²⁹, al fine di contemperare l'esigenza di internalizzazione delle attività da parte di Poste Italiane con quella di ridurre gli oneri delle Agenzie di recapito derivanti da un'eventuale riconversione della propria struttura distributiva;
- d) nell'impegno ad eliminare la clausola di gradimento e le altre clausole contrattuali tramite le quali Poste Italiane intendeva di fatto porre a carico degli affidatari veri e propri obblighi di non concorrenza.

3.3. Istruttoria AGCM n. A413 ("Posta Time")

Nel mese di ottobre 2009, l'AGCM avviava un'istruttoria – forse la più significativa ed articolata tra quelle finora avviate nel settore postale – per verificare se Poste Italiane avesse abusato della propria posizione dominante nel mercato dei servizi appartenenti al servizio universale, con l'obiettivo di ostacolare lo sviluppo della concorrenza nell'ambito dei servizi che esulano dal servizio universale.

²⁸ Il valore triennale degli affidamenti era complessivamente pari a 168 milioni di Euro.

²⁹ Più precisamente, Poste Italiane si impegnava a che almeno il 40% dei volumi complessi oggetto di gara fosse costituito da invii raccomandati.

L'istruttoria veniva avviata a seguito di una serie di denunce presentate dalla società concorrente TNT Post Italia S.p.A. ("TNT Post"). In particolare, TNT Post lamentava una serie di comportamenti ostruzionistici messi in atto da parte di Poste Italiane che, sfruttando la posizione dominante detenuta nel settore del servizio universale, avrebbe cercato di impedire lo svolgimento del servizio di c.d. recapito certificato³⁰ sviluppato dal concorrente (denominato "Formula Certa") tramite l'offerta di un servizio analogo (denominato "Posta Time") selettivamente rivolto ad alcuni dei più importanti clienti di TNT Post e commercializzato a prezzi inferiori ai costi incrementali di lungo periodo, dunque predatori.

TNT Post aveva inoltre segnalato ulteriori condotte abusive nel mercato dei servizi destinati alla pubblica amministrazione e ad altri enti, consistenti nell'applicazione di prezzi predatori – anche in occasione di gare ad evidenza pubblica – sostenibili solo grazie ad una artificiosa imputazione dei costi per l'utilizzazione della rete postale pubblica.

A seguito di un'istruttoria durata oltre due anni, l'AGCM – nella sua riunione del 15 dicembre 2011 – accertava l'esistenza di una strategia unitaria, volta ad escludere i concorrenti dai mercati liberalizzati dei servizi di recapito 'a data e ora certa' e di notifica attraverso messo notificatore, e comminava a Poste Italiane una sanzione di oltre trentanove milioni di Euro.

In effetti, secondo la ricostruzione dell'AGCM, Poste Italiane, a partire dal 2007, aveva sfruttato il proprio potere di mercato, detenuto nei servizi postali tradizionali – e fondato, tra l'altro, sul possesso di una rete verticalmente integrata, finanziata con gli strumenti previsti per la fornitura del servizio universale – per entrare sia nel mercato del servizio di recapito 'a data e ora certa' che in quello del servizio di notifica attraverso messo.

Nel mercato del servizio di recapito 'a data e ora certa', Poste Italiane aveva, in primo luogo, attuate politiche a danno dell'immagine del concorrente TNT Post, che aveva poco prima lanciato il servizio

³⁰ Si tratta di un servizio che offre al cliente finale la garanzia del recapito della posta entro data e ora certa con relativa certificazione.

“Formula Certa”, costruendo, con ingenti investimenti, una rete di recapito alternativa a quella dell’*incumbent*. In particolare, il meccanismo messo in atto da Poste prevedeva che, in caso di rinvenimento, nella propria rete, di corrispondenza dei concorrenti, gli invii dovessero sempre essere restituiti al mittente anziché all’operatore concorrente. La restituzione avveniva, inoltre, solo previo pagamento di un prezzo eccessivo, e comunque sproporzionato, rispetto ai servizi effettivamente forniti da Poste Italiane e dietro minaccia di distruzione degli invii non ritirati entro pochi giorni.

L’AGCM ha inoltre accertato che Poste Italiane, una volta entrata nel mercato liberalizzato dei servizi a valore aggiunto, applicava prezzi predatori e selettivi, rivolte cioè a specifici clienti del concorrente, tra i quali figuravano quelli coinvolti nella procedura di restituzione appena descritta.

La strategia fondata sull’applicazione di prezzi predatori ed escludenti, sempre secondo quanto accertato dall’AGCM, è stata seguita anche in occasione di due importanti gare: quella bandita dal Comune di Milano nel 2008 e avente ad oggetto sia servizi di notifica che di recapito certificato, e quella bandita nello stesso anno da Equitalia, per la quale Poste Italiane risultò aggiudicataria di tre lotti su quattro, e avente ad oggetto servizi di notifica delle cartelle esattoriali.

Il Provvedimento dell’Autorità è stato annullato a seguito del ricorso di Poste Italiane innanzi il T.A.R. Lazio, la cui pronuncia è attualmente soggetta al vaglio del Consiglio di Stato che, verosimilmente, si pronuncerà nei primi mesi del 2014.

3.4. Istruttoria AGCM n. A438 (piani di rientro)

Nel marzo 2011, l’AGCM avviava una quarta istruttoria nei confronti di Poste Italiane per verificare se la società, con i suoi comportamenti, avesse ostacolato, ancora una volta a vantaggio della propria controllata Postel, imprese concorrenti, ed in particolare Selecta S.p.A. (“Selecta”).

Il caso traeva origine da una segnalazione di Selecta, attiva in concorrenza con Postel nel settore dei servizi di ‘intermediazione’, consistenti nella preparazione (ossia, ricezione dati, stampa ed imbusta-

mento) della corrispondenza per conto di più mittenti e nel successivo affidamento, ai fini del recapito al destinatario finale, a Poste Italiane.

Nella fattispecie, si trattava di accertare se Poste Italiane, ancora una volta in una particolare fase di apertura del mercato, avesse abusato della propria posizione dominante nel mercato dei servizi di recapito di posta massiva, chiedendo a Selecta un immediato rientro dai debiti, diversamente da quanto richiesto alla propria controllata Postel³¹.

Come in occasione del procedimento A388 in precedenza descritto, l'AGCM ha chiuso il procedimento accettando gli impegni presentati da Poste Italiane ai sensi dell'art. 14-ter della L. n. 287/90, consistenti:

- a) nell'impegno a modificare, rendendolo più flessibile, il termine per il pagamento dei corrispettivi dovuti dall'intermediario a Poste Italiane per il servizio di recapito;
- b) nell'impegno ad adottare procedure di gestione che garantissero parità di trattamento tra la corrispondenza 'intermediata' da Postel e quella 'intermediata' da consolidatori concorrenti;
- c) infine, nell'impegno a concedere alla propria controllata Postel finanziamenti non superiori al valore di mercato, sempre nell'ottica di garantire la parità di trattamento, anche sotto il profilo finanziario, tra i vari consolidatori.

³¹ L'AGCM, nel provvedimento di avvio dell'istruttoria, rilevava, in proposito, il repentino mutamento di strategia da parte di Poste Italiane che – dopo avere “consentito” la creazione di un'esposizione debitoria di circa 65 milioni di euro nel 2008 e circa 72 milioni di euro nel 2009 – avrebbe poi improvvisamente richiesto, a partire da settembre 2010, un piano di rientro, pena la mancata erogazione del servizio di recapito della posta massiva. L'AGCM censurava, inoltre, il fatto che Poste Italiane avesse richiesto a Selecta il pagamento contestuale dei servizi, a fronte di precedenti dilazioni che arrivavano anche a settantacinque giorni e a fronte di un più favorevole trattamento riservato a Postel.

3.5. Istruttoria AGCM n. A441 (esenzione IVA sui servizi negoziati individualmente)

La più recente istruttoria dell'AGCM è quella avviata in data 6 marzo 2012, volta ad accertare se Poste Italiane avesse abusato della propria posizione dominante nel mercato dei servizi postali liberalizzati applicando l'esenzione dall'IVA ai contratti negoziati individualmente, contrariamente alle linee interpretative fornite dalla Corte di giustizia, nella sentenza resa nel noto caso *TNT Post UK*³².

Nel provvedimento di chiusura dell'istruttoria, adottato in data 23 aprile 2013, l'AGCM ha accertato che Poste Italiane – avendo applicato l'esenzione IVA ad accordi individuali oltre i limiti ritenuti strettamente necessari dalla Corte di giustizia – ha abusato della propria posizione dominante, avendo conseguito, per effetto dell'esenzione IVA, un indebito vantaggio competitivo consistente, in definitiva, nell'applicazione – ai clienti che operano in regime d'indetraibilità dell'IVA – di prezzi inferiori del 21% rispetto a quelli praticati dai concorrenti.

Nel caso concreto, tuttavia, l'AGCM non ha applicato alcuna sanzione pecuniaria a Poste Italiane, avendo accertato che la condotta dell'*incumbent* era di fatto imposta dalla normativa nazionale – segnatamente dall'art. 10, comma 16, d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, così come modificato dall'articolo 2, comma 4-bis, del decreto legge 25 marzo 2010 n. 40 – che prevede l'esenzione dall'IVA per le prestazioni del servizio universale fornite da Poste Italiane, senza escludere (come sarebbe stato, invece, necessario alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia) i servizi le cui condizioni siano state negoziate individualmente.

³² La sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2009 (causa C 357/07) ha precisato che “l'esenzione non può essere applicata ai servizi specifici, scindibili dal servizio di interesse pubblico, tra i quali figurano servizi rispondenti ad esigenze specifiche di operatori economici” e che “l'esenzione non si applica alle prestazioni di servizi né alle cessioni di beni accessori a dette prestazioni le cui condizioni siano state negoziate individualmente”.

4. *Le asimmetrie concorrenziali*

Nonostante l'avvenuto recepimento della III Direttiva postale per opera del decreto legislativo n. 58 del 2011, permangono in Italia diverse asimmetrie che non consentono un pieno confronto concorrenziale.

4.1. *La riserva postale*

L'articolo 4 del Decreto 261/99, come modificato dal decreto legislativo n. 58 del 2011, prevede che siano riservati in esclusiva a Poste Italiane: “a) i servizi inerenti le notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890 e successive modificazioni; b) i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di cui all'articolo 201 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285”.

Il mantenimento di un'area riservata – che costituisce una deroga alla regola generale fissata dall'articolo 7 della I Direttiva postale, come modificata dalla III Direttiva postale, secondo cui è vietato mantenere “in vigore diritti esclusivi o speciali per l'instaurazione di servizi postali” – trova la sua giustificazione, almeno secondo le intenzioni dichiarate dal legislatore italiano, in “esigenze di tutela dell'ordine pubblico”³³.

Questa enunciazione di principio, tuttavia, non è supportata – né nel testo del decreto né, da quanto ci risulta, nei lavori preparatori dello stesso – da adeguate giustificazioni e, soprattutto, appare smentita dalla realtà dei fatti.

In effetti, le notifiche degli atti relativi alle infrazioni del Codice della Strada sono da tempo svolte anche da soggetti privati, attraverso messi comunali e/o speciali, senza che ciò abbia mai causato alcun serio problema di “ordine pubblico”.

Né si vede, sotto altro profilo, per quale motivo soggetti diversi da Poste Italiane non possano essere incaricati del recapito degli atti giudiziari: se è vero, infatti, che questa tipologia di atti deve essere sog-

³³ Art. 4, 1° comma, del Decreto 261/99.

getta a stringenti forme di controllo, se non altro per le implicazioni che gli atti in questione possono avere sulla sfera personale dei singoli individui³⁴, è altrettanto vero che molti operatori privati, diversi da Poste Italiane, offrono le stesse garanzie di quest'ultima in termini di professionalità e affidabilità e potrebbero quindi svolgere, con i medesimi standard di sicurezza dell'*incumbent*, i servizi di notifica degli atti giudiziari, ferma restando ovviamente l'esigenza che il legislatore e/o l'Autorità di regolamentazione – proprio per le sottostanti esigenze di sicurezza ed ordine pubblico – dettino severe regole per lo svolgimento di questa attività di notifica.

La scelta del legislatore italiano di mantenere i diritti esclusivi di Poste Italiane sugli invii raccomandati attinenti alle procedure giudiziarie e le sanzioni previste dal Codice della Strada appare ancor più grave ove si rifletta sul fatto che questa scelta – proprio perché costituisce, come detto, un'eccezione rispetto alla regola della completa liberalizzazione dei servizi postali – avrebbe dovuto essere oggetto di interpretazione restrittiva, dunque frutto di una valutazione adeguatamente motivata. In altri termini, la deroga alla regola della liberalizzazione avrebbe richiesto una puntuale dimostrazione (del tutto assente nel nostro ordinamento) delle ragioni per le quali l'apertura al mercato delle notifiche degli atti giudiziari e dei verbali relativi alle infrazioni al Codice della Strada avrebbe potuto pregiudicare l'ordine pubblico.

L'attuale formulazione dell'articolo 4 del Decreto 261/99 richiede pertanto un ripensamento, che tenga in debito conto l'apertura del mercato dei servizi offerti alla pubblica amministrazione, il miglioramento della qualità del servizio, il superamento di vecchi regimi di costo ed il processo di digitalizzazione delle comunicazioni.

L'eliminazione di questi diritti esclusivi è stata, peraltro, sollecitata anche dall'AGCM, la quale ritiene che il mantenimento della riserva sui servizi qui in esame non consenta un pieno confronto concorrenziale nell'ambito degli invii raccomandati³⁵.

³⁴ Si pensi, ad esempio, all'importanza della tempestiva notifica di un ricorso o all'importanza della tempestiva notifica di un atto di un procedimento penale.

³⁵ Cfr. segnalazione AS786 - Recepimento direttiva comunitaria sui servizi postali 2008/6/CE del 15 gennaio 2011.

4.2. Il servizio universale

L'articolo 3, comma 2, del Decreto 261/99, come modificato dal decreto legislativo n. 58 del 2011, identifica il servizio universale con “a) la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione degli invii postali fino a 2 kg; b) la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione dei pacchi postali fino a 20 kg; c) i servizi relativi agli invii raccomandati ed agli invii assicurati”.

Quest'ampia definizione comprende anche la corrispondenza generata, frequentemente ed in ingenti quantità, da grandi utenti (c.d. *bulk mail* o posta *business*, che nel nostro ordinamento corrisponde alla Posta Massiva), vale a dire una tipologia di corrispondenza offerta da mittenti (ad esempio, banche, assicurazioni, *utilities*) dotati di un notevole potere contrattuale nei confronti dei fornitori di servizi postali e che, a differenza del singolo utente o delle piccole imprese che spediscono (sporadicamente) piccoli quantitativi di corrispondenza, non hanno bisogno della “tutela” (ad esempio, sotto forma di controllo dei prezzi e/o di obbligo di fornitura) del legislatore.

In altre parole, i grandi speditori di corrispondenza massiva appaiono, allo stato, perfettamente in grado di ottenere dal mercato – indipendentemente, cioè, dagli obblighi di servizio universale imposti dal legislatore – servizi postali continuativi, sull'intero territorio nazionale ed a prezzi sostenibili sia dal lato della domanda che dell'offerta.

Non a caso, l'esigenza di ridefinire il perimetro del servizio universale, e di limitarlo alla tutela degli utenti realmente ‘deboli’, è risultata chiara a tanti regolatori in Europa: Germania, Olanda, Austria, Belgio, Finlandia, e recentemente anche il Regno Unito, hanno escluso dal servizio universale la posta *business* perché perfettamente sostenibile dal mercato, anziché dalla collettività.

In Italia, invece, con il decreto legislativo n. 58 del 2011, il legislatore nazionale ha chiaramente fatto una scelta di segno opposto, dal momento che, pur avendo chiaramente indicato che la pubblicità diretta per corrispondenza (c.d. *direct mail*) esula dal servizio universa-

le³⁶, ha comunque mantenuto in tale ambito il più ampio genere della posta *business*.

Se si considera che questa tipologia di corrispondenza costituisce il 40% circa dell'intero volume del mercato italiano, è evidente che il suo mantenimento all'interno del servizio universale produce effetti anticoncorrenziali, almeno per due ordini di motivi:

- a) aumenta gli oneri della collettività – e le conseguenti fonti di sovvenzionamento per l'*incumbent* – per il finanziamento del servizio universale, il cui costo in Italia risulta peraltro calcolato secondo criteri difformi da quelli stabiliti dalla normativa comunitaria³⁷;
- b) determina evidenti asimmetrie di carattere fiscale, in quanto il soggetto obbligato a fornire il servizio universale, diversamente dagli operatori alternativi, che pure offrono i medesimi servizi, può applicare l'esenzione IVA³⁸, entro certi limiti definiti dalla Corte di giustizia e recentemente esaminati dall'AGCM nell'istruttoria A441, ottenendo di fatto un notevole vantaggio competitivo su importanti clienti che operano in regime di indetraibilità dell'IVA.

Anche l'AGCM, del resto, si è più volte pronunciata sulla definizione del servizio universale ed ha espressamente rilevato l'esigenza di limitarlo esclusivamente a quei servizi che l'utente non sarebbe autonomamente in grado di acquistare dal mercato³⁹.

³⁶ Art. 3, comma 4, del Decreto 261/99, così come modificato dal decreto legislativo 31 marzo 2011, n. 58: "A decorrere dal 1° giugno 2012, la pubblicità diretta per corrispondenza è esclusa dall'ambito del servizio universale".

³⁷ Da un'indagine del centro studi Copenhagen Economics sul costo del servizio universale in Italia, commissionato da TNT Post, è emerso che detto costo è tre volte superiore a quello calcolato secondo i criteri della III Direttiva. In altri termini, applicando il principio stabilito dalla III Direttiva, si potrebbe ridurre la compensazione al fornitore del servizio universale (con evidenti benefici per lo Stato e i contribuenti) fino a un massimo di 175 milioni di euro.

³⁸ Art. 10, comma 1 n. 16, d.P.R. 633/72, così come riformulato dall'art. 2, comma 4-bis, d.l. n. 40/2010, convertito in legge n. 73/2010, il quale dispone che sono esenti dall'IVA «le prestazioni del servizio postale universale, nonché le cessioni di beni e le prestazioni di servizi a queste accessorie, effettuate dai soggetti obbligati ad assicurarne l'esecuzione».

³⁹ Segnalazione AS901 (proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza) del 5 gennaio 2012 e Segnalazione AS988 (pro-

4.2.1. Il finanziamento del servizio universale

L'articolo 3, comma 12, del Decreto 261/99, come modificato dal decreto legislativo n. 58 del 2011, prevede che l'onere per la fornitura del servizio universale sia finanziato: "a) attraverso trasferimenti posti a carico del bilancio dello Stato. Gli importi dei trasferimenti sono quantificati nel contratto di programma fra il Ministero dello sviluppo economico e il fornitore del servizio universale, secondo le modalità previste dalla normativa vigente; b) attraverso il fondo di compensazione di cui all'articolo 10 del presente decreto".

Per quanto riguarda i trasferimenti posti a carico del bilancio dello Stato, la III Direttiva postale prevede che l'onere del servizio universale debba essere calcolato – anziché seguendo il precedente metodo del costo interamente distribuito (che di fatto era una semplice somma delle perdite derivanti dalla fornitura dei servizi universali) – come la differenza tra il costo netto sostenuto dal fornitore del servizio universale nell'adempimento degli obblighi di servizio universale e il costo netto che detto fornitore sosterebbe qualora non fosse soggetto a tali obblighi, tenendo conto dei vantaggi intangibili e commerciali, nonché del diritto a realizzare profitti ragionevoli e a conseguire una maggiore efficienza economica.

La corretta stima del costo netto del servizio universale, secondo una metodologia applicativa conforme alle indicazioni contenute nella III Direttiva postale, è quindi particolarmente importante, non solo per i riflessi sulla quantificazione dei contributi al fondo di compensazione ma anche (e più in generale) per la tutela di un mercato in cui l'*incumbent*, dopo aver goduto per anni di sovvenzionamenti (in parte) dovuti alla necessità di gestire la transizione da un regime monopolistico ad uno scenario pienamente competitivo, deve essere soggetto ad uno stringente controllo da parte dell'Autorità di regolamentazione, onde evitare di pregiudicare l'effettivo sviluppo di una concorrenza faticosamente tracciata dal legislatore.

poste di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013) del 2 ottobre 2012.

A tal riguardo, l'AGCOM ha avviato – con la delibera n. 444/12/CONS⁴⁰ – un procedimento di valutazione del costo netto del servizio universale sostenuto da Poste Italiane nel 2011, finalizzato anche alla verifica dell'applicabilità del meccanismo di finanziamento da parte degli operatori, che minimizzi le distorsioni del mercato. Il procedimento dovrebbe chiudersi, salvo proroghe, entro la fine del 2013 ed i suoi risultati, saranno, come detto, particolarmente importanti per verificare le effettive possibilità di sviluppo del settore.

Per quanto concerne il fondo di compensazione, altro strumento di particolare importanza per la sostenibilità del servizio universale, giova innanzitutto ricordare che si tratta di uno strumento “residuale”, che può essere alimentato solo nel caso in cui Poste Italiane “[...] non ricava dalla fornitura del servizio universale e dai servizi in esclusiva di cui all'articolo 4 [i.e.: notifica atti giudiziari e multe a mezzo posta] entrate sufficienti a garantire l'adempimento degli obblighi gravanti sul fornitore stesso”⁴¹.

Di particolare rilievo è la questione dei soggetti chiamati a contribuire al fondo di compensazione, tra i quali la norma di riferimento (art. 10, 2° comma, del Decreto 261/99) comprende non solo, come avveniva prima del recepimento della III Direttiva postale, i titolari di licenze individuali, ma anche i titolari di autorizzazione generale, ossia coloro che offrono servizi non compresi nel servizio universale e che dunque, in teoria, non dovrebbero alterarne l'equilibrio economico.

La norma in questione pone alcuni problemi interpretativi, primo fra tutti quello della sua compatibilità con la II Direttiva comunitaria (quanto meno nella parte che assoggetta i titolari di autorizzazione all'obbligo di contribuzione). Infatti, l'art. 1, par. 10, della II Direttiva (modificando l'art. 9, par. 2, della I Direttiva) prevede che “[p]er i servizi che rientrano nell'ambito di applicazione del servizio universale, gli Stati membri possono introdurre procedure di autorizzazione, comprese licenze individuali, nella misura necessaria per garantire la conformità alle esigenze essenziali e per garantire la fornitura del servizio

⁴⁰ Delibera n. 444/12/CONS del 4 ottobre 2012, Avvio del procedimento istruttorio concernente “servizio postale universale: analisi e applicabilità del meccanismo di ripartizione e valutazione dell'eventuale costo netto per l'anno 2011”.

⁴¹ Art. 10, 1° comma, del Decreto 261/99.

universale”. La stessa disposizione prevede che la concessione di queste autorizzazioni possa essere subordinata, tra l’altro, ad obblighi di contribuzione al fondo di compensazione e ai costi operativi delle Autorità nazionali di regolamentazione. In altri termini, la I Direttiva postale sembra concedere agli Stati membri la possibilità di imporre i menzionati obblighi di contribuzione solamente in relazione ai servizi che rientrano nel servizio universale.

Questa lettura – coerente con la *ratio* del fondo di compensazione, istituito per compensare il fornitore del servizio universale dai minori introiti derivanti dalla presenza di altri fornitori sugli stessi mercati – è stata peraltro avallata da diverse segnalazioni dell’AGCM che ha, a più riprese, sottolineato le possibili distorsioni del mercato derivanti dall’estensione dell’obbligo di contribuzione ai titolari di autorizzazione⁴².

L’esperienza dei principali Stati membri non fornisce, ad oggi, indicazioni particolarmente interessanti. Nella maggior parte degli Stati, infatti, il fondo di compensazione non è stato ancora attivato oppure, nei casi in cui esiste, è alimentato da soggetti che offrono servizi che rientrano nel servizio universale e non anche dai soggetti che offrono servizi distinti da quest’ultimo. Ai fini della quantificazione dell’obbligo di contribuzione, giova segnalare l’esperienza della Spagna, ove è previsto che l’obbligo di contribuzione (i) è limitato ai titolari di ‘autorizaciones administrativas singulares’ (l’omologo delle ‘licenze individuali’ vigenti in Italia); (ii) è dovuto solo nel caso in cui i ricavi realizzati nell’ambito del servizio universale supera un determinato limite di fatturato; (iii) ammonta allo 0,5% dei ricavi realizzati nell’ambito del servizio universale.

Sul punto, sarà quindi necessario attendere le opportune decisioni dell’Autorità di regolamentazione che, auspicabilmente, terranno conto delle indicazioni già fornite dall’AGCM, soprattutto in merito alla necessità di garantire che la gestione del fondo di compensazione sia improntata a criteri di indipendenza, trasparenza e non discrimina-

⁴² Cfr. da ultimo Parere AS 786 del 12 gennaio 2011, in Bollettino n. 51/2010.

zione, e non si traduca in un beneficio concorrenziale a favore di Poste Italiane⁴³.

4.2.2. L'esenzione IVA

Come accennato *supra* (par. 4.2), la riduzione dell'ambito del servizio universale eliminerebbe (anche) gli indebiti vantaggi competitivi dell'*incumbent* derivanti dall'esenzione IVA, oggi riconosciuta dal legislatore ai soli servizi universali forniti da Poste Italiane⁴⁴.

Sull'esenzione dell'IVA, la stessa AGCM⁴⁵ ha rilevato che i prodotti rientranti nella nozione di servizio universale sono erogati non solo da Poste Italiane, in quanto aggiudicatario del servizio stesso, ma

⁴³ Nella segnalazione AS172 cit., l'AGCM ha segnalato che la previsione di un obbligo di contribuzione anche per i soggetti titolari di autorizzazione generale – così come previsto dallo schema di decreto – non trova giustificazione nelle ragioni sottostanti la costituzione del fondo di compensazione e neppure nella normativa comunitaria che prevede un obbligo di contribuzione al fondo solo per i soggetti titolari di licenza individuale che svolgono servizi rientranti in quello universale. L'AGCM ha inoltre precisato che la misura massima di contribuzione, pari al 10% degli introiti lordi derivanti dall'attività autorizzata, potrebbe essere penalizzante per gli operatori nuovi entranti i quali in altri ordinamenti sono stati esentati dall'onere di contribuzione almeno fino al raggiungimento di una determinata quota di mercato.

⁴⁴ L'esenzione IVA è contenuta nell'art. 10, comma 1 n. 16, del d.P.R. 633/72, così come riformulato dall'art. 2, comma 4-bis, d.l. n. 40/2010, convertito in legge n. 73/2010, il quale dispone che sono esenti dall'Iva le prestazioni del servizio postale universale, nonché le cessioni di beni e le prestazioni di servizi a queste accessorie, effettuate dai soggetti obbligati ad assicurarne l'esecuzione. A livello comunitario, l'art. 132 della Direttiva n. 2006/112, in cui è stato trasfuso l'art. 13 Dir. 77/388, prevede l'esenzione dall'imposta sul valore aggiunto a favore delle prestazioni effettuate dai servizi pubblici postali, le prestazioni di servizi e le cessioni di beni accessori a dette prestazioni, esclusi il trasporto di persone e le telecomunicazioni. La Corte di giustizia CE nella sentenza n. 357 del 23/04/2009 ha chiarito che godono del regime di esenzione da Iva soltanto i servizi postali forniti, da operatori pubblici o privati, che si obbligano ad assicurare in uno Stato membro la totalità o una parte del servizio postale universale, quale definito all'art. 3 della Direttiva 97/67/CE, come modificata dalla Direttiva 2002/39/CE, e che l'esenzione non si applica alle prestazioni di servizi ed alle cessioni di beni accessori a dette prestazioni le cui condizioni siano negoziate individualmente.

⁴⁵ Cfr. segnalazione AS786 (Recepimento direttiva comunitaria sui servizi postali 2008/6/CE) del 15 gennaio 2011.

anche da altri soggetti autorizzati in concorrenza. In quest'ottica, deve osservarsi che l'esenzione IVA, prevista per i servizi erogati da Poste Italiane rientranti nel servizio universale, ha natura discriminatoria poiché favorisce l'ex monopolista pubblico a svantaggio di altri operatori concorrenti sugli stessi servizi e determina una riduzione della capacità competitiva dei nuovi entranti, così riducendo il grado di effettiva concorrenza sul mercato⁴⁶.

L'AGCM ha auspicato, pertanto, una revisione della normativa al fine di eliminare tale criticità concorrenziale.

4.3. L'assegnazione del servizio universale

L'articolo 23 del Decreto 261/99, come modificato dal decreto legislativo n. 58 del 2011, stabilisce che “il servizio universale è affidato a Poste Italiane S.p.A. per un periodo di 15 anni, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo di attuazione della direttiva 2008/6/CE. Ogni cinque anni il Ministero dello sviluppo economico verifica, sulla base di un'analisi effettuata dall'autorità di regolamentazione, che l'affidamento del servizio universale a Poste Italiane S.p.A. sia conforme ai criteri di cui alle lettere da a) ad f) del comma 11 dell'articolo 3 e che nello svolgimento dello stesso si registri un miglioramento di efficienza, sulla base di indicatori definiti e quantificati dall'autorità. In caso di esito negativo della verifica di cui al periodo precedente, il Ministero dello sviluppo economico dispone la revoca dell'affidamento”.

⁴⁶ Le distorsioni del sistema vigente sono state al centro di un ampio dibattito a livello di Unione europea. In particolare, nel 2003 la Commissione ha presentato al Consiglio una proposta di modifica della direttiva 77/388/CEE che, sostanzialmente, stabiliva l'abolizione dell'esenzione IVA nel settore postale. Il Consiglio, tuttavia, non ha espresso il proprio consenso su tale proposta, che dal 2004 non è più stata discussa. Inoltre, nella relazione al Consiglio e al Parlamento europeo del dicembre 2008 sull'applicazione della seconda direttiva postale (direttiva 2002/39/CE), la Commissione ha sottolineato come «l'effetto distorsivo delle esenzioni IVA nel settore postale sulla concorrenza persiste in larga misura», e ha ritenuto, con riguardo alla proposta di modifica della sesta direttiva IVA del 2003, come «la sua adozione diventa ancora più urgente ora che la terza direttiva postale fissa una data definitiva per la piena liberalizzazione dei mercati postali nazionali».

La I Direttiva postale, come modificata dalla III Direttiva postale, consente di modulare il servizio universale al fine di renderlo accessibile agli operatori concorrenti e di utilizzare forme di affidamento pienamente competitive, come quelle delle gare ad evidenza pubblica. In particolare, la Direttiva europea prevede varie possibilità di modulazione del servizio universale in ragione dell'estensione geografica e merceologica dello stesso. In Italia, invece, non è stata prevista la possibilità di una rimodulazione per aree territoriali e per ambiti merceologici della struttura del servizio universale, ma è stabilito che il predetto servizio sia fornito su tutto il territorio nazionale.

In quest'ottica, la previsione di affidare, in via diretta, il servizio universale a Poste Italiane per un periodo di cinque anni (rinnovabili per ulteriori cinque anni per due volte), appare assolutamente incompatibile con l'apertura del settore alla concorrenza e non è idoneo a cogliere le vere opportunità offerte dalla normativa comunitaria di liberalizzazione.

Anche su questo punto, appare quindi opportuna una seria riflessione sull'opportunità di prevedere una revisione della normativa che vada nel senso (i) di una riduzione della durata dell'affidamento del servizio universale ad un unico soggetto e (ii) dell'obbligo di affidare il servizio universale – eventualmente anche frazionato in più lotti – attraverso procedure ad evidenza pubblica, al fine di consentire la fornitura del servizio anche da parte di operatori già presenti sul mercato o potenziali nuovi entranti.

PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW IN PORTUGAL

VIRTUES AND SHORTCOMINGS OF THE *ACTIO POPULARIS*

Leonor Rossi and Miguel Sousa Ferro

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Private enforcement of competition law in Portugal: legal and historical introduction; 2.1. Common declaratory actions; 2.1.1. Legal framework; 2.1.2. Overview of precedents; 2.2. Popular actions; 2.2.1. Legal framework; 2.2.2. Overview of precedents; 3. Economic assessment; 4. Daring to dream.

1. Introduction

This paper builds on prior research into precedents of private enforcement of competition law in Portugal¹.

Much has already been written concerning Portuguese collective redress mechanisms and the *Actio Popularis* Act (APA), in general², covering a much broader scope than that of the present paper. Several papers have also focused specifically on the popular action in specific contexts, such as within the scope of administrative law³ or of

¹ L. ROSSI, M. SOUSA FERRO, *Private enforcement of competition law in Portugal (I): An overview of case-law*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, 10, 2012, p. 91.

² For a summarised overview, in English, of the Portuguese legal system, in this regard, see, e.g.: M.F. GOUVEIA, N. GAROUPA, *Class actions in Portugal*, in J.G. BACKHAUS, A. CASSONE, G.B. RAMELLO (eds.), *The law and economics of class actions in Europe: lessons from America*, Cheltenham/Southampton, 2012, p. 342; H. SOUSA ANTUNES, *Class actions, group litigation and other forms of collective litigation: Portuguese report*, paper presented at the Conference *Globalisation of Class Actions*, Oxford, 13-14 December 2007.

³ See, e.g.: L.M.C.S. FÁBRICA, *A acção popular no projecto de código de processo nos tribunais administrativos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 21, 2000, p. 16;

securities law⁴. However, not much attention has been paid in Portuguese doctrine, as of yet, to popular action in the context of competition law⁵.

The discussion that follows shall focus exclusively on civil popular action, more specifically on actions aimed at obtaining compensation for damages arising from infringements of (EU and/or national) competition law. The objective is to fill what we perceive to be a gap in doctrine concerning this topic, by applying a Law and Economics approach to the assessment of the existing frameworks for the private enforcement of competition law in Portugal. Hopefully, this will provide a sounder basis for the assessment of the viability and usefulness of existing mechanisms, helping to chart a way forward.

The issue has far-reaching economic consequences. The reality is that, even though there have been a great number of decisions adopted by the Portuguese Competition Authority (PCA) and the European Commission concerning infringements of competition law in, or with effects on, Portuguese territory, none has led to follow-on actions. Thus, even when the authorities had already identified an antitrust infringement, and it was clear that such an infringement led to damages to consumers and clients, Portuguese courts have almost never been asked to compensate such damages⁶, by any of the procedural means available, and never through *actio popularis*.

and L.M.C.S. FÁBRICA, *A acção popular já não é o que era*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 38, 2003, p. 35.

⁴ See, e.g.: J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A acção popular e a protecção do investidor*, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 11, 2011.

⁵ As an exception, see: J.M. SÉRVULO CORREIA, *The effectiveness and limitations of the Portuguese system of competition law enforcement by administrative and civil procedural means*, in A. MATEUS, T. MOREIRA (eds.), *Competition law and economics: advances in competition policy enforcement in the EU and North America*, Cheltenham/Southampton, 2010, p. 85.

⁶ As noted by one author: “Undoubtedly, the AdC has sanctioned various infringements of the competition rules that, without great effort, would provide the basis for damages actions” (see J.M. COUTINHO DE ABREU, *Private enforcement of competition law in Portugal*, in L.A. VELASCO SAN PEDRO *et al* (eds.), *Private enforcement of competition law*, Valladolid, 2011, p. 101, at p. 112).

There is, thus, a rather substantial gap between the theoretical possibilities presented by the Portuguese popular action mechanism, often singled out as an exceptionally pragmatic system within the EU⁷, and its use in practice.

It has been estimated that, throughout the European Union (EU), over 20 billion euro per year in damages arising from competition law infringements go unrecovered⁸. Based on this figure, and on Portugal's proportion of the EU's GDP in 2011 (1,35%), a proportional and rough estimate suggests over 270 million euro of unrecovered antitrust damages in Portugal, per year. Some of these antitrust damages have even been quantified in PCA decisions (although these decisions, until very recently, were not made public)⁹.

There is an ongoing debate, at the EU level, that aims at arriving at common collective redress mechanisms for damages caused to consumers (not only from infringements of competition law). The European Commission is expected to publish in the next year a proposed common EU approach to the issue. While obviously set in the framework of such debates, and taking contributions thereto into account, this paper is not concerned with the troublesome issues of harmonization

⁷ As one author noted: "The relatively broad role that Portuguese law reserves to the procedural principle of popular action (*actio popularis*) removes, in turn, a difficulty encountered in other national legal orders of the European Union. Thanks to popular action, it is possible to solve otherwise unsolvable problems regarding standing to sue in a common declaratory action when the interests prejudiced by the anti-competitive practices are not perfectly related to a specific case" (J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 111).

⁸ N. KROES, *Collective redress in Europe*, Address at panel discussion organised by DHIK at the Representation of the Free State of Bavaria to the EU, Brussels, 10 December 2008.

⁹ An analysis by one author of cartels identified by the PCA (J.M. COUTINHO DE ABREU, *op. cit.*, p. 112) highlighted that, in some of the PCA's decisions, estimated damages to consumers, clients and the economy were quantified. Thus, as a result of a pharmaceutical cartel, "the [PCA] calculated damages in the sum of EUR 3,2 million in 2002 and 2003 in the hospital sector and up to EUR 10,4 million per year starting from when the rule fixing the price of the 'reactive strips' went into effect for sale to the public". An eight year long salt cartel allegedly caused damages to consumers and competitors amounting to 5,6 million. No damages actions were filed to follow-up on these decisions.

raised by it, but instead focuses specifically on the reality of the Portuguese legal system.

Indeed, the situation in Portugal is, in some senses, quite distinct from that of other Member States. The main difference arises from the fact that Portugal has, in theory, an opt-out collective redress mechanism, even though it is scarcely used. Unlike other Member States, where consumer associations have been unable to initiate law-suits in representation of categories of consumers¹⁰, the Portuguese *actio popularis* mechanism has been successfully used (once) to represent all the clients of an undertaking accused of infringing, inter alia, competition rules.

That being said, the theoretical potential of the Portuguese *actio popularis* mechanism is clearly overshadowed by its outstanding failure in practice, at least in so far as the enforcement of competition law is concerned. The purpose of this paper is to apply a Law and Economics approach to the identification of possible reasons for this failure, contrasting it to the characteristics and the actual use of other procedural means available to pursue the same goals, and, ultimately, to suggest improvements to the current legal framework so as to allow it to go beyond the mere letter of the law.

¹⁰ J. ALMUNIA, *Common standards for group claims across the EU* University of Valladolid, Speech at the School of Law Valladolid, 15 October 2010, available at <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/554>: “In 2005, French mobile operators were found to have created a cartel that for two years overcharged as many as 20 million subscribers for their services. A French consumer association tried to represent a large group of these consumers in court but, owing to current French rules, they did not succeed. Two years later, Dutch brewers were found to operate a cartel which raised the price of beer for a great number of bars and cafés in the Netherlands. The establishments tried to bring the brewers to court through their association but, again, could not initiate a representative action under Dutch law”.

2. Private enforcement of competition law in Portugal: legal and historical introduction

2.1. Common declaratory actions

2.1.1. Legal framework

(i) Common declaratory actions

Designed to “remove clouds” from legal relations¹¹, the common declaratory action is the most frequent route followed by claimants in order to secure judicial rulings that put an end to conflict, acknowledge invoked rights and ultimately serve as the basis of executive proceedings.

As we write (June 2013) a global amendment to the Code of Civil Procedure has just been approved. It is laid out in Act 41/2013 and will enter into force on 1 September 2013. This Act will implement a substantive revision of principles. We have opted, nonetheless, to write under the current framework, and where possible, to indicate proposed changes in the footnotes.

In Portugal, under the current framework¹², there is no specialized court for private litigation and any judicial court of any local judicial circumscription (*comarca*) may be competent. National courts will apply the rules on tort liability set out in articles 483 *et seq* and 562 *et seq* of the Portuguese Civil Code (hereinafter “CC”).

Active legitimacy is acknowledged to any individual or collective entity with legal personality and that holds an interest in the out-

¹¹ E. BORCHARD, *Challenging Penal Statutes by Declaratory Action*, in *Yale Law Journal*, 52, 1943, p. 445.

¹² Data regarding this Section of the paper has principally mirrored the answers to the questionnaire submitted in M. GORJÃO-HENRIQUES, M. SOUSA FERRO, *Portuguese report*, in *The International Comparative Legal Guide to Competition Litigation 2012, A practical cross-border Insight onto competition litigation work*, Global Legal Group, 2012.

come of the case (respectively, articles 5 and 26 of the Portuguese Code of Civil Procedure hereinafter “CPC”)¹³.

Declaratory proceedings are mainly governed by the Code of Civil Procedure, but also by the Civil Code and other disperse statutes. Their scope may be (i) of simple clarification (when the judicial decision simply holds that an invoked fact or a right exists or not); (ii) condemnatory (when the court issues a behavioral order vis-à-vis a party – *de facere* –, on the assumption that a certain right has been breached) or, finally, (iii) itself constitutive of rights or liabilities (when the court’s decision alters the preexistent legal status quo – Article 4 CPC)¹⁴.

In private litigation, in principle, the burden of proof is incumbent on the claimant (see article 342 CC) and, when in doubt, the judge will decide against the party who bears the burden of proof¹⁵. This may not be the case in contractual liability litigation, since there is a *juris tantum* presumption of fault of the debtor (see article 799 CC).

Thresholds of the value at stake (*alçada do Tribunal*) are extremely important since they determine what is known as the ‘form’ of proceedings¹⁶. The alternative is between the common form (*ordinário*) that governs claims in excess of 30.000 €, the summary form (*sumário*) that governs claims under 30.000€ but in excess of 5.000€ and, finally, the accelerated form (*sumaríssimo*) that governs claims up to 5.000€. Court jurisdiction as well as procedural rules and respective deadlines will all be affected by the value attributed to the claim by the claimant. For example the obligation of being represented by a lawyer may be foregone only in proceedings in which the value at stake is estimated to be under 5.000€.

¹³ Decree-Law no. 329-A/95, of 12 December, as last revised by Law no. 60/2012, of 9 November. See articles 11 *et ss.* and 30 of the new CPC, adopted by Act 41/2013.

¹⁴ See article 10 of the new CPC, adopted by Act 41/2013.

¹⁵ There are, however, cases where a reversal of the burden of proof occurs, as, for example, in article 344 CC.

¹⁶ See article 24 of LOFTJ (Law no. 3/99, of 13 January, as last revised by Law no. 46/2011, of 24 June – Act regarding the Organization and Functioning of Judicial Courts) and article 462 CPC. These rules have been altered in the new CPC, adopted by Act 41/2013.

The Code of Civil Procedure attempts judicial conciliation of the parties once all written pleading, replies and rejoinder have been submitted to the court. If that attempt fails, discussion will continue¹⁷ to the appreciation of evidence that is mainly documentary, although statements of the parties may be considered (as confession), experts and witnesses may be heard and judicial inspections may be undertaken.

Once a decision on fact is produced, a non-binding deadline of 30 days is in place for the decision on the merits. It should be noted that, in principle, the decision cannot address issues not raised by the claimant¹⁸ or condemn the defendant in excess of what has been requested.

Within the common declaratory proceedings, the judge may also proceed to immediate “liquidation” of damages¹⁹ (i.e. quantification) if that is considered possible and/or is requested by one of the parties. In other cases a separate, subsequent, phase of liquidation of damages may be necessary.

The relationship of common declaratory actions with executive proceedings has been a source of surprise and anguish to many claimants that, having seen their rights acknowledged by a court, fail to understand why it is also necessary to file executive proceedings in order to see that very judicial decision carried out. This is certainly not the place to spend more time on this issue but it is important to note that both the national and the EU legislator²⁰ are engaging in concrete efforts in order to, at the very least, qualify the ruling issued in the common declaratory action as executive title for the executive proceedings

¹⁷ F. GOUVEIA, *Chapter 22 (Civil Procedure)*, in *Portuguese law – an overview*, Universidade Nova de Lisboa Law School, 2007, p. 308.

¹⁸ On this point *infra* and regarding *Actio Popularis* proceedings, see SC, Judgment of 2003/10/07, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 03A1243), *in fine*, in which the SC states that, in particular, liquidation of damages/lump sum payment is not considered as it was not requested by the claimant.

¹⁹ See article 661(2) CPC in a harmonious reading with articles 378, 378-A, 379, 380 CPC and still 301-304 CPC.

²⁰ J. FRIAS COSTA, P. CANTISTA, *Portugal, all options open*, IFLR.com, 1 May 2011.

(article 46 CPC)²¹, in order to waive further re-discussion of fact and/or evidence in the subsequent action²².

(ii) Discovery and interim relief

On the issue of discovery, under the current framework, as a general principle, any party may request that the court orders the opposing party or any other person/entity to produce a document (see articles 528 and 531 CPC).

Interim or urgent relief is available *ex ante* in case of probable causation of serious harm by one party to another and/or *ex post* in case of improbable capability of reparation of harm already caused by the perpetrator to the claimant (article 381 CPC). The freezing of assets (arresto, article 406 CPC), for example, is considered a specific form of interim relief appropriate for cases in which there is probable cause to fear that the debtor will squander assets. For those incidents the CPC departs from the principle *audi alteram partem*. It is probably the protective order most sought after by creditors.

Interim relief is necessarily based on a main action filed with the court, and while the particular measures sought take priority over non-urgent cases and are usually decided within two months of being lodged with the court, they will ultimately share the fate of the principal action²³.

²¹ On this point see, *infra*, the contrast with *Actio Popularis* Proceedings, SC, Judgment of 2003/10/07, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 03A1243), *in fine*, where it is hinted that it is uncertain, whether the claimant in the *actio popularis* is the (correct) entity that should require liquidation of a previous declaratory ruling. These rules in particular will undergo extensive change under the new framework expected to enter into force in September 2013 and will be re-numbered as article 703 et seq CPC.

²² On this point, for decisions issued by foreign courts see Regulation (EC) 805/2004; Regulation EC 1896/2006 and Regulation (EC) 44/2001.

²³ J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, 107-108: “A declaratory action may be supported by interim protection proceedings and a follow-up action for the coercive enforcement of the declaratory judicial decision. In the interim protection proceedings, application may be made for anticipatory or maintenance measures specifically appropriate to assuring the effectiveness of the right under threat (...). A condemnatory decision in the declaratory action will serve, in turn, as a basis for the process of execution (coercive enforcement). In these cases, the purpose of the enforcement will be the payment of an

(iii) Alternative dispute resolution

For over a decade (Act 78/2001) Portuguese claimants have had at their disposal distinctive entities known as *Julgados de Paz* with competence in Civil Law proceedings. With the noteworthy exclusion of issues pertaining to Family, Inheritance, Labour law and actions of Eviction, proceedings valued under 5,000€ may be decided simultaneously at an increased pace and at a reduced cost. Although considered special ‘courts’, the justices are, in principle, not professional judges. Within this framework if attempts of mediation fail, the decisions rendered by the *Julgado de Paz* are subject to appeal at the Courts of First Instance, as long as the value of the claim is greater than 2,500€.

(iv) Non-representative group litigation

Collective claims may be put forward by any parties sharing the same cause of action, or when the decision of the case implies the analysis of the same facts, or the interpretation or enforcement of the same legal provisions, or of analogous contractual provisions, and as long as there are no circumstances that act as obstacles to such collective claims (see articles 30 and 31 of the CPC).

The courts may decide to join several and different cases, even in different moments of the proceedings (see articles 275 and 275-A CPC). Therefore, Portuguese Civil Law is familiar with forms of joinder (article 275 CPC) and aggregation (Decree-Law 108/2006 of 8 of May) as traditional forms of group litigation.

Joinder (*apensação*) means that certain actions that have been filed with the same court by different parties are decided together where instances of “*litisconsortium*, coalition, opposition or counterclaim are confirmed”²⁴.

exact amount or the provision of a positive or negative fact”. P. 111: “The way in which the Code of Civil Procedure formulates the common declaratory action seems to create no significant impediments to the private enforcement of competition law. All the remedies envisaged here fit into that action as a claim and as content of the judgment”. Again these rules are expected to be affected by the new framework of September 2013.

²⁴ H. SOUSA ANTUNES, *op. cit.*, p. 4: “the procedural instrument is regulated in Article 6 of the statute. The intervention of the legislator was the result of an increase in the

Aggregation (*agregação de ações*), is a different option offered to the judiciary and is resorted to when ‘total’ joinder of the fate of separate and multiple actions is not considered opportune or even appropriate by the judge. In fact, it allows a judge to perform a specific task only once while extending the effects of that incident to multiple actions. This has been described as the practice of “mass acts”²⁵ and, as mentioned above, is possible if, in spite of an existing connection between separate actions, the judge feels that joinder is of no ulterior usefulness.

(v) Legal costs and funding

Regarding the recovery of legal costs from an unsuccessful party, and more specifically court costs (excluding lawyer’s fees), they are initially borne by each party. However, at the end of proceedings and upon request, the “victor” has the right to recover at least a part of these from his “opponent”. In case the claimant is successful only in part, the costs are divided proportionately among the parties.

The fees of lawyers are, in principle, and to this date certainly in practice, borne by each party (see article 446 CPC and articles 25 and 26(3) of the Regulation of Procedural Costs introduced by Act 7/2012). However, a mitigation of this tradition seems to have been identified in the fact that, within certain limits, the “victor” may, within 5 days of the end of proceedings include – within stringent limitations – part of the lawyers’ fees in a document (*nota discriminativa e justificativa*) that must be remitted to the court and to his “opponent”, according to which the “victor” will be reimbursed for a certain amount of all costs incurred with the litigation.

In Portugal there is no precedent, or for that matter any legal basis for third party funding of claims.

However it does not follow that such funding is forbidden. From the perspective of legal services, it is only forbidden for lawyers

phenomena of mass non-compliance, with the intervention of the courts applying to a limited number of users, concentrated geographically according to their respective headquarters («small debts of communications companies, consumer credit, car leasing and, in general, all the natural litigation of a consumer society»).

²⁵ H. SOUSA ANTUNES, *op. cit.*

to share their fees with third parties that did not cooperate in advising the client.

(vi) Provision regarding passing-on or indirect purchasers

As the claimant can only recover the damages suffered as a result of the infringement, if the fact that some of the damages were suffered by a third person is proven, the court will not award the claimant “passed-on” damages.

On the other hand, if the requirements for civil tort liability are met (existence of illicit behaviour; proof of injury to the claimant; and the demonstration of a causal link between the unlawful conduct and the damage (article 483 CC)) indirect claims are possible.

(vii) Provision for follow-on actions

To date, no specific provision regarding litigation between economic agents concerning competition damages arising from practices identified by a competition authority has been introduced into the Portuguese system²⁶.

(viii) Declaration of nullity and statute of limitations

Requests for the declaration of nullity of an agreement can be brought at any time by an interested party and may be decided ex officio by the court (article 286 CC).

As regards statute of limitations (*prescrição*), there are several periods established in article 300 et seq of the CC. Article 309 lays down a general 20 year period for contractual liability with specifications in article 310 of a 5 year period and further cases of 6 months in article 316 CC and 2 years in article 317 CC.

²⁶ Concerning follow-on actions and the value of previous PCA or Commission decisions on the same practices – M. GORJÃO-HENRIQUES, I. VAZ, *Portuguese Report to FIDE Congress XXI (2004) – Competition law and competition policy in the European Union: the reorganization of the competition law application system, may it prosper?*, in APDE, *Estudos de Direito Europeu: Congressos da FIDE – Relatórios Portugueses 1990-2008*, Principia, 2009, p. 640: “There is a real possibility of contradiction between decisions taken by our NCA and court judgments concerning the same competition issues”.

Regarding Tort – or extracontractual liability, as it is also called – actions for damages must be brought within three years from the date the claimant acquired knowledge of the right to make a claim (article 498 CC).

(ix) Concluding

It is into the framework described above that the *actio popularis* is grafted. If it is true that the system is familiar with certain forms of collective actions and among others, joinder, it is undeniable that litis-consortium was not designed to manage thousands or even millions of connected claims. Moreover if it is true that the system is familiar with the concept of tort liability, unjust enrichment looms up as an uncomfortable obstacle to the development of a clear definition of an autonomous framework to govern the lump sum award. In a certain sense, the CPC could be described as a straightjacket within which the *actio popularis* is still struggling. It is the hope of both authors of this article that discussing these issues will contribute to the finding of adequate solutions.

2.1.2. Overview of precedents

The precedents of private enforcement of competition law in Portugal, through common declaratory actions, were further described elsewhere²⁷. At this stage, we will highlight only those elements that may prove relevant to the assessment of the economic viability and justifiability of common declaratory actions in this area.

Between December 1983 and May 2012 (i.e. 28,5 years), we were only able to identify 37 cases where issues of competition law were raised in common declaratory actions. Even allowing for an imperfect sample, as a result of the difficulty in collecting relevant first instance judgments, this suggests an average of less than 2 private enforcement cases per year (1,3). We find no clear pattern of increase in the number of such cases in recent years.

²⁷ L. ROSSI, M. SOUSA FERRO, *op. cit.*

Of those 37 cases, only 7 – i.e. 19% – were originated by a party seeking (inter alia, at least) damages as a result of competition law infringements. This is significant, as it shows how extremely rare (0,25 cases per year) it is for undertakings to decide to use common declaratory actions to obtain compensation for damages arising out of competition law infringements in Portugal.

What's more, none of the plaintiffs in these cases was successful in its claims. Indeed, we were only able to identify one case in which a successful competition law argument led to a direct economic benefit for the respective party, in the context of a counterclaim. In *Carrefour v. Orex Dois*²⁸, Carrefour was ordered to return 49.000 EUR in unlawfully imposed “referencing” and “opening rappel” charges (relating to the opening of new stores).

This being said, it is useful to analyse the circumstances behind the above mentioned 7 cases of actions for damages under the private enforcement of competition law.

In both *JSS et al v Tabaqueira*²⁹ and *JCG et al v. Tabaqueira*³⁰, a group of tobacco retailers sued the national quasi-monopolist for refusing to continue to grant them preferential discounts, on the grounds that they had been rendered unlawful by competition law. The limited available details of these cases don't allow for a precise quantification of amounts at stake, but it would seem that the discounts in question amounted, depending on the product, to a profit margin of 0,75% or 0,5%. In the second case, six retailers were grouped together as applicants, apparently of their own initiative.

²⁸ Lisbon AC, Judgment of 2005/11/24, *Carrefour v. Orex Dois* (case no. 6882/2005-8).

²⁹ SC, Judgment of 1991/10/31, *JSS et al v. Tabaqueira* (case no. 079744). Appeal from Lisbon AC, Judgment of 1990/03/06, *JSS et al v. Tabaqueira* (case no. 2426).

³⁰ SC, Judgment of 1993/07/08, *JCG et al v. Tabaqueira* (case no. 081441). Appeal from Lisbon AC, Judgment of 1991/04/18, *JCG et al v. Tabaqueira* (case no. 4202).

In *Júlio Canela Herdeiros v. Refrige*³¹, a wholesale distributor sued the national representative of Coca-Cola for damages arising from a refusal to supply. The damages were not specified.

In “*B*” & “*C*” v. “*D*”³², two importers of entertainment machines joined together to sue an Austrian manufacturer for alleged exclusionary practices, asking for compensation in the total amount of 155.000 EUR.

In “*G*” v. “*N*”³³, a textile retailer sued a manufacturer for damages resulting from the cancellation of an order, seeking compensation in the value of 19.000 EUR.

The *Cleaning services association II*³⁴ case does not easily lend itself to this type of analysis, as the applicants’ objective was to get their jobs back. In any case, it is worth noting that the suit was brought by a labour Union.

Finally, in *Automobile insurance*³⁵, an automobile repair shop sued an insurance company for damages and sought an injunction against what it deemed to be an unlawful boycott of its services. It asked for compensation amounting to 40.000 EUR.

On average, from the first to the last instance, these cases lasted 5,5 years, the shortest lasting 4,5 years, and the longest 7 years.

There are three cases, apparently still pending before the courts, that are examples of a rather different type of antitrust suit. All three are suits for damages by medium-sized or large companies against large companies, involving very high amounts³⁶:

³¹ SC, Judgment of 1996/03/21, *Júlio Canela Herdeiros v. Refrige* (case no. 087823). Appeal from Judgment of 1995/02/23, *Júlio Canela Herdeiros v. Refrige* (case no. 452/94). Appeal from the Santarém Judicial Court.

³² Oporto AC, Judgment of 2006/07/10, “*B*” & “*C*” v. “*D*” (case no. 0653357).

³³ Lisbon AC, Judgment of 2006/09/12, “*G*” v. “*N*” (case no. 2721/2006-7).

³⁴ SC, Judgment of 2007/06/06, *Trabalhadores de Serviços de Portaria, Vigilância, Limpeza, Domésticas e Atividades Diversas v. Câmara de Comércio e Indústria de Ponta Delgada et al* (case no. 06S4608). Appeal from the Labour Court of Ponta Delgada.

³⁵ Guimarães AC, Judgment of 2011/01/04, “*A*” v. “*B*” (case no. 3164/08. ITBVCT.G1).

³⁶ For further details on each case, see: L. ROSSI, M. SOUSA FERRO, *op. cit.*

- (i) TV TEL Grande Porto sued Portugal Telecom for damages of 15 million EUR resulting from an alleged abuse of dominant position (the same practices were subsequently the subject of a PCA decision, but which was overturned by the courts);
- (ii) Optimus initiated a follow-on action against Portugal Telecom for damages arising from an abuse of a dominant position identified by the PCA, asking for compensation in the amount of 11 million EUR. Oni subsequently joined the suit asking for 1,5 million EUR in damages; and
- (iii) Interlog, the former sole distributor of Apple products in Portugal, filed a 40 million EUR suit against the Ireland-based company, for alleged abuses of dominant position and of economic dependence.

2.2. Popular actions

2.2.1. Legal framework

The Portuguese legal framework for popular actions has drawn a great deal of international attention, in particular within the framework of the debate on the collective enforcement of competition law. It has been singled out as “the most extensive form of collective action based on the «opt-out» model available in the EU”³⁷, and as being viewed, “in theory, as the most liberal [regime] in Europe”³⁸.

The basis for civil popular actions in Portugal is found in article 52(3)(a) of the Constitution³⁹, according to which: “Everyone shall be granted the right of *actio popularis*, to include the right to apply for the appropriate compensation for an aggrieved party or parties, in such cases and under such terms as the law may determine, either personally or

³⁷ C. LESKINEN, *Collective actions: rethinking funding and national cost rules*, in *The Competition Law Review*, 8(1), 2011, p. 87, at p. 91.

³⁸ J.G. DELATRE, *Beyond the White Paper: rethinking the Commission’s proposal on private antitrust litigation*, in *The Competition Law Review*, 8(1), 2011, p. 29, at p. 39.

³⁹ For a description of the evolution of this constitutional provision, see, e.g.: L.M.C.S. FÁBRICA, *A acção popular no projecto de código de processo nos tribunais administrativos*, cit., pp. 16-17.

via associations that purport to defend the interests in question. The said right shall particularly be exercised in order to: a) Promote the prevention, cessation or judicial prosecution of offences against public health, consumer rights, the quality of life or the preservation of the environment and the cultural heritage; (...)."

This constitutional right was implemented through Law 83/95, of 31 August (Popular Action Act, or PAA)⁴⁰. It should be noted that the PAA has a broad scope, encompassing both administrative and civil actions and, in the latter, being applicable to the protection of public, diffuse, collective and homogenous individual interests⁴¹. For the purposes of the present paper, our analysis shall focus on the regime relating to the protection of homogenous individual (also called "fragmented") interests, since it is the compensation of these (mass damages) which is at stake in the reaction to damages arising from antitrust infringements⁴².

⁴⁰ As rectified by Rectification no. 4/95, of 12 October.

⁴¹ As summarised by Sousa Antunes: "it is common to distinguish the public interest, which is an interest of the State and other territorial beings, diffuse interest, meaning the sharing by each subject of interests that belong to the community, collective interest, identified by the joint purpose of persons joined together by a legal bond in the same group or class, and homogeneous individual interests, where the individual entitlement to a good shares questions of fact or law with other interests of that nature" (H. SOUSA ANTUNES, *op. cit.*, p. 7). For a more in-depth discussion of the types of interests in question, see M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, in *Lex*, 2003, pp. 13-58. See also A.P. MONTEIRO, J.M. JÚDICE, *Class actions & arbitration in the European Union*, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Coimbra, 2012, p. 189.

⁴² The use of *actio popularis* to protect homogenous individual interests is also the one which is closest to, and clearly inspired by, common law class action suits (see, e.g., L.M.C.S. FÁBRICA, *A acção popular no projecto de código de processo nos tribunais administrativos*, cit., p. 17). As stated by one author, in the framework of securities law: "a popular action for the defense of investors need not always be based on the defense of investors' collective interests. It may simply be based on the defense of individual interests, as long as they are homogenous", with the explicit objective of facilitating the enforcement of liability – J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.* (our translation). On the boundaries of homogenous individual interests, see also: Lisbon AC, Judgment of 2008/06/05, case no. 2927/2008-7.

In two cases relating to damages suffered by clients of Portugal Telecom for breach of contract and for a breach of legal obligations, the Supreme Court has confirmed that this type of action, generally, aimed at the compensation of mass damages falls within the scope of the PAA, under the category of homogenous individual interests^{43 44} (i.e. cases in which the members of the class hold diverse rights, but are dependent on a single factual or legal issue, all of them requiring a judicial solution of identical content)⁴⁵.

While certain branches of the law include special provisions concerning *actio popularis*⁴⁶, the use of this mechanism for the en-

⁴³ See: SC, Judgment of 1997/09/23, *ACOP v. Portugal Telecom* (case no. 97B503) (“Within the homogenous individual interests encompassed by article 1 of [the PAA], a specific consumer right may be singled out, that of the right to compensation for damages”, our translation); SC, Judgment of 2003/10/07, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 03A1243). These cases were fundamental in setting aside a position that had been defended by some authors and which had already been upheld by the Lisbon Court of Appeal (and was overruled by the SC in the first case), according to which *actio popularis* would only be possible when a diffuse or collective interest was at stake. See also: SC, Judgment of 1998/02/17, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 97A725); and SC, Judgment of 2010/07/01, case no. 08B3798 (in this last case, the courts refused the argument of one of the defendants that the individual nature of the rights in question excluded the use of *actio popularis*).

⁴⁴ One issue that has not yet been clarified by the courts is where to draw the line in terms of a minimum number of injured parties. Clearly the protection of homogeneous individual interests through *actio popularis* was only meant for mass damages cases, and not, e.g., for compensating a very small number of customers. We believe the line should be drawn, in accordance with the ratio legis, at the point where it would not be economically viable for all parties injured by the behaviours in question to obtain compensation through common procedural mechanisms. This need not be as “massive” a number as one may, at first glance, assume, and will be dependent on the value of the individual claims. Thus, for example, if only 100 consumers suffered damages as result of an anticompetitive practice, but those damages were all under 200 euros, use of *actio popularis* would still be justified.

⁴⁵ Grinover, quoted in SC, Judgment of 1997/09/23, *ACOP v. Portugal Telecom* (case no. 97B503).

⁴⁶ The most important of such special regimes is the one foreseen in article 31 of the Securities Code. See also articles 13(b), 14 and 18(1)(l) of the Consumer Protection Act (Law no. 24/96, of 31 July, as last revised by Law no. 10/2013, of 28 January); and

forcement of competition law is governed exclusively by the general provisions.

There was, at a time, a dispute in the Portuguese legal community concerning the nature of the *actio popularis*. In essence, this figure was perceived, by some, as a subjective right, an extension of the active legitimacy to resort to existing procedural means, and it was perceived, by others, as an autonomous procedure, in itself. For the purposes of the present paper, however, we believe this discussion is outdated and superfluous, given that, at least in what concerns civil proceedings, article 12(2) APA clearly states that “civil popular actions may take on any form foreseen in the Civil Procedural Code”⁴⁷.

Although not unanimously accepted in doctrine, it now seems fairly settled that *actio popularis* may also be used to seek provisional measures and injunctions⁴⁸. Less clear is the possibility of its use to seek judicial enforcement of a previous declaratory court ruling (“processo executivo”)⁴⁹.

articles 2(1) and 40 of the Environment Framework Law (Law no. 11/87, of 7 April, as revised by Law no. 13/2002, of 19 February).

⁴⁷ In this sense, see, e.g.: L.M.C.S. FÁBRICA, *A acção popular já não é o que era*, cit., p. 50 et ss.; P. OTERO, *A acção popular: configuração e valor no actual direito português*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 59(3), 1999, p. 871, at p. 881. The Portuguese Supreme Court has already stated that *actio popularis* may be used, not only for declaratory, but also for condemnatory purposes, e.g. to order the termination of the infringement in question – see: SC, Judgment of 2003/10/07, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 03A1243).

⁴⁸ Article 26-A of the CPC clarifies this by stipulating that the *actio popularis* encompasses procedures for provisional measures. See also: A.P. MONTEIRO, J.M. JÚDICE, *Class actions & arbitration in the European Union*, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Coimbra, 2012, p. 189, at p. 193; H. SOUSA ANTUNES, *op. cit.*, p. 25; T. MATA DE ALMEIDA, *A acção popular no âmbito do direito dos valores mobiliários*, Masters paper presented at the Lisbon University School of Law, 2002, p. 17. Confirming the possible use of *actio popularis* to obtain provisional measures: Lisbon AC, Judgment of 1997/09/23, *EPUL* (case no. 0091106); see also: SC, Judgment of 2002/01/24, case no. 01A3241.

⁴⁹ Two leading authors on this subject express reluctance in accepting this possibility – see: M. TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 134; and A. PAYAN MARTINS, *Class actions em Portugal?: para uma análise da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto: Lei de participação procedimental e de acção popular*, Lisboa, 1999, p. 122. The Supreme Court has

We would argue that access to these procedures is absolutely essential to guarantee the *effet utile* of the *actio popularis*. Thus, for example, if it is possible to use *actio popularis* to obtain a declaration that a company should pay compensation to a large group of consumers, but then it is necessary to resort to common proceedings to force the company to pay the amount owed, it will be easy enough for companies to avoid payment, as the enforcement proceedings will not be feasible in practice, for the same reasons that the common declaratory action was not feasible and was replaced by the *actio popularis*. If one accepts, in principle, that an executive *actio popularis* should exist, it should be kept in mind that the law itself generally provides the courts with the necessary leeway to adapt the applicable provisions, in so far as this may be required by the specific context⁵⁰.

Article 1(2) presents a non-exhaustive enumeration of the interests which may be protected through popular action⁵¹. Competition is not included in this enumeration, which does mention consumer protection. However, the Supreme Court has already implicitly confirmed that *actio popularis* may also be used to seek compensation for damages arising from infringements of competition law, at least when consumer protection is at stake⁵². Furthermore, since the list of interests to be protected, provided in the Constitution and in the PAA, is not exhaustive, it

hinted at being uncertain of standing for this purpose: SC, Judgment of 2003/10/07, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 03A1243).

⁵⁰ Thus, for example, under article 265-A of the CPC, “[w]hen the procedure for consideration provided for in the law is not appropriate to the specific characteristics of the case, the judge, having heard the parties, should, officiously, order the practice of those acts that best suit the purpose of the case, and also the necessary adaptations”. In other words, if a specific aspect of a procedure, as foreseen in the general rules of the CPC, is not perfectly suited to a popular action, the judge may adapt the procedure in so far as necessary so that it becomes appropriate thereto.

⁵¹ See, e.g., J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*; M. TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 29; V.E. MARQUES DIAS, *A acção popular civil para a tutela de interesses difusos*, Masters paper presented at the Lisbon University School of Law, 2009, p. 6.

⁵² In SC, Judgment of 2003/10/07, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 03A1243), the Supreme Court referred specifically to competition law arguments raised by the applicant, and the admissibility of this claim was not challenged, nor was it raised of the court’s own initiative.

can be argued that promoting effective competition on the market is one of the interests which legitimises the use of *actio popularis*⁵³, even when the specific law suit is meant at compensating, e.g., SMEs, especially when one considers that the ultimate beneficiaries of competition policy and of undistorted competition on the market are the consumers. In short, the protection of competition on the market is one of the public interests which may be pursued through *actio popularis*⁵⁴.

Standing to initiate a popular action is granted to any citizen⁵⁵ and to any legally constituted association or foundation created for the defense of the relevant interests, regardless of whether or not they have a direct interest in the claim (article 2(1))⁵⁶. Thus, as an example, any individual consumer or group of consumers may initiate a popular action to seek termination of and reparations for the infringement, but a

⁵³ Indeed, article 81(f) of the Portuguese Constitution lists, as one of the priority tasks of the State, “to guarantee a balanced competition between enterprises, counter monopolistic forms of organisation and repress abuses of dominant positions and other practices that are harmful to the general interest”.

⁵⁴ And will be legitimately pursued in this manner, even if the claimants do not explicitly refer to the protection of this public interest, but merely to the homogenous subjective rights encompassed therein – see: SC, Judgment of 2005/10/20, case no. 05B2578.

⁵⁵ It has not yet been clarified whether “citizen” includes citizens of other States (including, with specific legal issues, citizens of other EU Member States) and stateless persons. While this broad interpretation may appear to run counter a common-sense approach to the letter of the law, one author has persuasively argued in favour of it, on the basis that the constitutional right of access to the courts exists independently of Portuguese nationality (see M. TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 178; see also V.E. MARQUES DIAS, *op. cit.*, pp. 17-18). Another important issue is that, while it may seem a disproportionately permissive reading of the law, considering the limitation of standing imposed on legal persons, the fact is that neither Art. 52(3)(a) of the Constitution, nor Art. 2(1) of the PAA, impose any requirement of material connection between the citizen that initiates the action and the infringement in question (meaning, e.g., that a citizen need not have personally suffered damages as a result of the antitrust infringement in order to have standing to initiate an *actio popularis*).

⁵⁶ In the context of the protection of a public interest, the Supreme Court has rejected, as a matter of principle, that such standing may be set aside on the basis on an abuse of legal rights – see: SC, Judgment of 2009/05/28, case no. 08B2450.

company (e.g. a client of the company responsible for the infringement) may not do so⁵⁷, even if they are SMEs⁵⁸.

Given that many antitrust infringements whose effects are felt in Portugal involve undertakings with headquarters in other States, it should be stressed that the PAA merely regulates active legitimacy. In what concerns the courts' international competence and issues of passive legitimacy, general rules must be applied, which means that the PAA may have extraterritorial consequences⁵⁹.

⁵⁷ In what concerns legal persons, standing is granted only to the associations and foundations that meet the above mentioned requirements, with the additional condition that they must not carry out any professional activities in competition with undertakings or liberal professions (article 3), which makes it clear that the legislator intended to exclude the use of *actio popularis* by any legal person that carries out an economic activity. This is not to say that their activities must have no economic relevance (e.g. they can and should be seeking economic compensation), but they must not have a profit motive (see: M. TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 189; V.E. MARQUES DIAS, *op. cit.*, p. 20).

Also, companies are not, in practice, absolutely prevented from giving rise (albeit indirectly) to popular actions – quite simply, they must do so through individuals or through associations (e.g. an association created to protect the interests of the respective economic sector, as long as its object can be deemed to include the protection of interests encompassed by the PAA). It should be noted that the PAA does not stipulate any additional requirements concerning, e.g., the number of persons represented by the association or foundation in question, the holding of the status of public utility, or any minimum period of existence of the legal person prior to the initiation of the popular action (see: M. TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 184; H. SOUSA ANTUNES, *op. cit.*, p. 16).

⁵⁸ The extension of collective litigation rights to Small and Medium Enterprises has often been suggested. In Portugal, ANACOM has expressed its belief that there is no significant difference between the obstacles faced by natural persons and SMEs, so that no difference need be established between the mechanisms available to them and to consumers (AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES, *Reply to the European Commission's Public Consultation "Towards a coherent European approach to collective redress"*, 2011, pp. 1, 6 and 10). The Portuguese Government has expressed a more cautious position (MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, *Reply to the European Commission's Public Consultation "Towards a coherent European approach to collective redress"*, 2011, pp. 5 and 9).

⁵⁹ In this regard, see: J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 114. There have, indeed, been several civil popular actions that involved foreign defendants, as described in L. TORTELL, *Country report: Portugal*, in F. ALLEWELDT, S. KARA, M. OSTERLOH,

The application is subject to a preliminary assessment and should be dismissed by the judge if it is concluded that its success is “manifestly unlikely”⁶⁰.

If the action proceeds beyond this preliminary assessment, the claimants shall be deemed to represent⁶¹, “with no need for mandate or express authorization”, all the holders of the rights or interests in question who do not opt-out⁶². In other words, the association, consumer or client who initiates an *actio popularis* against a company, seeking compensation for a specific antitrust infringement, shall represent, before the court, all the consumers/clients who suffered damages as a result of that infringement. Only those who opt out shall not be deemed to be represented⁶³.

R. BÉTEILLE (eds.), *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*, Civic Consulting, Brussels, 2008, p. 10.

⁶⁰ Article 13 of the PAA. It should also be kept in mind that the court should, of its own initiative, qualify an action as a popular action or a common action, even if the parties were not clear in that regard – see: SC, Judgment of 2005/10/20, case no. 05B2578.

⁶¹ Some authors argue that this is not, technically speaking, a true case of “representation”, but rather a situation of “exceptional legitimacy” – see, e.g.: J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 6. Others stress that, at least in what concerns representation, the “prerequisites for a class action in Portugal are therefore very mild” (M.F. GOUVEIA, N. GAROUPA, *op. cit.*). For further analysis, see: J. LEBRE DE FREITAS, *A acção popular ao serviço do ambiente*, in J.M. ANTUNES VARELA (org.), *Ab Vno Ad Omnes: 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra, 1998, p. 797, at p. 800 *et ss.*; S.I. FERREIRA ENRIQUEZ, *Os limites subjectivos do caso julgado na lei de acção popular*, Masters paper presented at the Lisbon University School of Law, 2002, pp. 11-13; R.P. DUARTE, *Citação e auto-exclusão na acção popular portuguesa*, Masters paper presented at the Lisbon University School of Law, 2002, p. 53 *et ss.*; SC, Judgment of 2009/10/27, *APAVT v. DLA* (case no. 9812/03.2TVLSB.L1.S1). We would clarify that the Portuguese popular action falls both within the category of “representative actions” and in that of “collective actions”, as they tend to be used in international doctrine.

⁶² Article 14 of the PAA.

⁶³ Article 15 of the PAA requires the court to notify (by edicts or through the media) all the holders of the interests at stake in the popular action who have not already gone before the court, so that they may intervene or opt-out within a determined deadline. This notification need not personally identify the persons concerned. Similarly, under article 19(2) of the PAA, and in light of the *erga omnes* effects of judgments in an *actio popularis*, judgments must also be publicised. However, as was stressed in

One of the legally disputed aspects of the representation inherent in the *actio popularis* is the extent of the effect of *res judicata*⁶⁴. As a rule, any person who does not opt-out is bound by the effects of the rendered judgment (*erga omnes* effects). Only two exceptions are foreseen – there shall no *erga omnes res judicata* effect: (i) when the action was unsuccessful due to insufficient evidence; and (ii) when the court should decide differently, considering specific characteristics of the case in question⁶⁵.

These are two very important restrictions. The first guarantees, e.g., that, even if a claimant is incapable of producing sufficient evidence to persuade the court, in an *actio popularis*, of the existence of an infringement, of damages or of the causal link between the two, other claimants may subsequently still attempt to do so. The second is a sort of catch-all provision, which allows the courts enough leeway to exclude *res judicata* when faced with specific circumstances that justify it (which the legislator could not hope to foresee exhaustively).

Additionally, it should be kept in mind that the *res judicata* effect does not prevent courts from being confronted with several suits initiated, more or less simultaneously, by natural and legal persons under the common declaratory procedure⁶⁶. Nor is there any special provision in the PAA concerning what to do in case of initiation two or more

M.F. GOUVEIA, N. GAROUPA, *op. cit.*, it should be noted that “poster or press may not be the best way to notify potentially interested parties when those interests might be diffused (specifically for well-defined homogeneous groups of individuals)”. All those who may be represented in a popular action have, thus, 3 options: to do nothing and be represented; to intervene in the proceedings; or to opt-out. For a deeper view into the legal discussions around this issue, see, e.g.: R.P. DUARTE, *op. cit.*

⁶⁴ For a more in-depth analysis, see, e.g.: S.I. FERREIRA ENRIQUEZ, *op. cit.* See also: J.E. FIGUEIREDO DIAS, *Os efeitos da sentença na lei de acção popular*, in *Revista do Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, II, 1999, p. 47.

⁶⁵ Articles 15 and 19 of the PAA. Some doctrine has argued that some interpretations of these provisions may be unconstitutional and that only favourable results should have *res judicata erga omnes* – see J. LEBRE DE FREITAS, *op. cit.*, p. 809.

⁶⁶ On this issue, see, e.g.: C. AMADO GOMES, *Não pergunte o que o ambiente pode fazer por si; pergunte-se o que pode fazer pelo ambiente. Reflexões breves sobre acção pública e acção popular na defesa do ambiente*, in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Vol. III, Coimbra, 2005, p. 207, at §4.

simultaneous popular actions concerning the same subject matter. Thus, when faced with such issues, courts will have to resort to the general rules of the CPC⁶⁷.

Aside from its usual competencies, the Public Prosecutor's Office may, in the context of an *actio popularis*, decide to take over the action, replacing the claimant(s), if the latter withdraws from the lawsuit or proposes a settlement or adopts other behaviours which would be damaging to the interests at stake⁶⁸.

A popular action is further subject to special procedural rules concerning the collection of evidence (the judge acts on his own initiative, instead of being bound by the initiatives taken by the parties)⁶⁹ and the suspensory effect of appeals (generally absent, this effect may be granted by the court when necessary to avoid harm which would be impossible or difficult to repair)⁷⁰.

Another, extremely significant, difference between popular actions and common declaratory actions concerns court costs. The claimants in an *actio popularis* are exempt from payment of initial court costs⁷¹. As for final court costs, the claimants will also be exempt from their payment if they are at least partly successful, and, if their claim is wholly unsuccessful, they shall be ordered to pay an amount to be determined by the court, in between 10% and 50% of the normally applicable costs⁷².

⁶⁷ One author has suggested that a mechanism could be introduced analogous to that of the “mass actions” foreseen in article 48 of the Code of Procedure of Administrative Courts (Law no. 15/2002, of 22 February, as last revised by Law no. 63/2011, of 14 December) – see J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 117.

⁶⁸ Article 16(3) of the PAA. For more on this, see, e.g.: M. TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 124-125.

⁶⁹ Article 17 of the PAA. As stressed in J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 112, by introducing this provision, “the lawmakers sought to offset, at least in part, the usual difficulties of producing evidence in this type of action”.

⁷⁰ Article 18 of the PAA.

⁷¹ A.P. MONTEIRO, J.M. JÚDICE, *op. cit.*, p. 198.

⁷² Article 20 of the PAA. In determining the percentage of costs to be paid in a claim that is entirely unsuccessful, the court should take into account the financial situation of the claimants and the reasons (substantial or procedural) which led to the dismissal of the action.

As for payment of attorney fees⁷³, the rule stipulated in the PAA is that the court decides on these fees, in accordance with the complexity of and the amounts at stake in the case⁷⁴. It should be noted that this article was introduced at a time when it was a more favourable solution than that which was in force for common declaratory actions. Following the revision of the CPC by Decree-Law 34/2008, of 26 February, and specifically the introduction of article 447-D⁷⁵, we believe the spirit of the law and the succession of laws (as well as the fact that the PAA must be complemented with the general rules of civil procedure) requires that, to the extent that the rules in force for common declaratory actions⁷⁶, in this regard, are more favourable than those stipulated in the PAA, they should be applied. However, if the claimants in an *actio popularis* are unsuccessful, the court may, under article 21 of the PAA, decide not to order the payment of the winner's lawyer fees (in part or in full), based on a reasoning analogous to that found in article 19 of the PAA.

If the claimants in a popular action are successful, the next – rather complex – step is how to handle the issue of compensation. There are two options: (i) the claimant and the company found liable for the antitrust infringement reach an agreement; or (ii) the court issues a ruling on compensation.

In the first case, the fact that the claimants represent all injured persons (who did not opt-out) may raise significant problems. These are, however, mitigated by two factors. First, as mentioned before, the Public Prosecutor's Office may step in and take over the case if it believes the proposed settlement is not equitable. Second, the court also has a role to play in assessing the fairness of a proposed settlement⁷⁷.

⁷³ Since the PAA is silent on the issue of access to legal aid, general rules must be applied.

⁷⁴ Article 21 of the PAA.

⁷⁵ See article 533 of the new CPC, adopted by Act 41/2013.

⁷⁶ See article 447-D of the CPC and articles 25-26 of the CCR (Decree-Law no. 34/2008, of 26 February, approving the Court Costs Regulation, as last revised by Law no. 66-N/2012, of 31 December).

⁷⁷ As a result of a joint reading of the PAA and article 300(3) of the CPC (corresponding to article 290(3) of the new CPC, adopted by Act 41/2013). According to H. SOUSA ANTUNES, *op. cit.*, p. 24: "the court may refuse to approve the settlement if

In the second case, there are, at present, more doubts than certainties about how compensation is to be decided and paid out. Indeed, if up to this point the legal framework is extremely favourable to the pursuit of popular actions, the doubts that subsist concerning the interpretation of the PAA's provisions on compensation are such as to potentially jeopardise any and all practical use of this instrument as a means of obtaining compensation for mass damages.

It would seem that the options open by the PAA have not yet been fully accepted by Portuguese legal doctrine. Some authors seem to straight out exclude the use of *actio popularis* to obtain compensation for damages that can be individualized⁷⁸, even though, given the letter of the law, this seems to be more of a criticism than a proposed interpretation. Others seem to arrive at more or less the same result indirectly. One thing is certain: as one author put it, "there is a shocking absence of criteria relating to the awarding and effective distribution of compensation to the holders of interests who were not individually identified"⁷⁹.

In order to better understand the possibilities presented by the law, and the consequences of the different interpretations thereof, one should keep in mind the three different scenarios which may arise in the context of a popular action to obtain compensation for mass damages caused by an infringement of competition law: (i) all injured parties are individually identified during the proceedings; (ii) only some of the injured parties are individually identified; or (iii) no injured parties are individually identified.

It should also be kept in mind that the popular action need not immediately determine the compensation to be awarded (be it globally

the representation has not been exercised with the aim of satisfying the interests in question".

⁷⁸ V. PEREIRA DA SILVA, *Verdes são também os Direitos do Homem: responsabilidade administrativa em matéria de ambiente*, Lisboa, Principia, 2000, p. 50. See also J.E. FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 58, according to whom: "even if the holders of substantive legal positions are not denied the right to resort to popular action in order to have access to the courts, we see this situation as atypical, certainly not being the type of case which the legislator had in mind" (our translation).

⁷⁹ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 6.

or individually). This is a matter that may be left for an ulterior moment, during the execution of the judgment – the so-called liquidation phase⁸⁰. Indeed this has been the option (validated by the Supreme Court) in previous civil popular actions⁸¹. However, this merely postpones the moment when the court will be confronted with the issue.

Let us begin by assessing the scenario in which all or some of the injured parties have been identified.

It seems to be settled, in the courts and in the vast majority of doctrine, that a popular action may and should lead to the ordering of compensation for the damages of injured parties who are individually identified during the proceedings and that, in these cases, general liability rules apply. This means that, aside from proving the unlawful behaviour in itself, the specific damage must be identified and quantified and the causal link must be established.

As a rule, the claimant in an *actio popularis* will, *ab initio*, not be in possession of sufficient information to individually identify all the injured parties. However, procedural law allows the court, upon request⁸² or on its own initiative (given its extended powers under article 17 of the PAA), to require the defendant to produce the documents and information necessary to individually identify the injured parties, as long as this is necessary to prove a fact which has been alleged (e.g. that certain damages were caused to a group of identifiable persons)⁸³. But how helpful would this be, in reality?

⁸⁰ See articles 378 to 380-A of the CPC (or article 358 *et ss.* of the new CPC, adopted by Act 41/2013).

⁸¹ See, e.g.: SC, Judgment of 2003/10/07, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 03A1243).

⁸² See articles 519(1) and 528 of the CPC (or articles 417(1) and 429 of the new CPC, adopted by Act 41/2013).

⁸³ Under articles 533 and 519(3) of the CPC (or articles 434 and 417(3) of the new CPC, adopted by Act 41/2013), the defendant will only be able to refuse the production of such documents and information if it can base its refusal on one of the motives foreseen in the law. An issue that should be expected to be debated is whether the production, before a court of law, of information which allows for the individualization of customers, without their prior consent, would be in breach of personal data protection law. However, it may be argued (namely by analogy with the provisions of article 519-A of the CPC, or of article 418 of the new CPC, adopted by Act 41/2013) that no such

In some cases (and, once again, considering the possibility of requiring the production of documents and information by the defendant), this may be a rather simple matter. For example, if the anticompetitive behaviour was an agreement to raise prices from A to B, and the product/service in question was provided at a homogenous price to all clients, who, by the very nature of things and circumstances, purchased only one unit⁸⁴, then the causal link will be clear and the damage will correspond to the difference between the prices before and after the increase agreed upon.

But one should expect the reality of the vast majority of mass damages antitrust cases to be far more complex and heterogeneous. The bottom-line is that, very often, it would be virtually impossible for the court to control that liability requirements have been met for each individualized injured party and to assign each of them their respective compensation. In other words, in a great number of cases, it will simply not be rational to even attempt to take the option of individual identification of injured parties.

The main issue, then, becomes: what to do about cases when injured parties have not been individually identified?

Here, there would seem to be, essentially, two schools of thought in Portuguese legal doctrine.

Article 22 foresees two types of compensation, which may be awarded upon request or on the court's own initiative⁸⁵:

- (i) Individual compensation: "the holders of interests who are identified are entitled to the corresponding compensation in accordance with the general rules of civil liability" (Art. 22(3)); and
- (ii) Global compensation: "compensation for a violation of the interests of parties who are not individually identified is set globally" (Art. 22(2)).

infringement would occur as long as guarantees are put in place to ensure that this information is requested and used only for the purposes of the action in question, and is necessary thereto.

⁸⁴ This is not a purely academic example. Such a situation (or at least rather close to it) was identified by the PCA in June 2011. Seven driving schools in Madeira were found to have agreed on prices for a period of four months.

⁸⁵ In this sense, see, e.g.: V.E. MARQUES DIAS, *op. cit.*, p. 33.

One school of thought argues that both Art. 22(2) and (3) may be applied to homogenous individual interests, meaning that a mass damages popular action may lead to the payment of both individual compensation, for those injured parties who have been individually identified, and of global compensation, for the remainder⁸⁶.

Another school of thought argues, in essence, that the choice between individual and global compensation depends solely and necessarily on the type of interests at stake. Global compensation would be reserved for diffuse or collective interests, “which are not to be individualized”, and individual compensation would be reserved for homogenous individual interests (those for which “individualization is indispensable”)⁸⁷. However, it would seem that the thesis of the author who is deemed to be the initial proponent of this approach has been misinterpreted, since he himself argues that homogenous individual interests may, under certain conditions, lead to the granting of global compensation, and that the holders of such interests must be given access to a part of that global compensation⁸⁸.

It so happens that the Supreme Court seems to have taken up the second school of thought. In its 2003 judgment on the mass damages claim of *DECO v. Portugal Telecom*, even though it admitted that the interpretation of these legal provisions “raises many doubts”, the Supreme Court said it “seemed certain” that this type of case (homogenous individual interests) calls for the payment of individual compensation, global compensation being excluded⁸⁹. The Court was well aware that there “may be difficulties in implementing its judgment” (i.e., in

⁸⁶ See A. PAYAN MARTINS, *op. cit.*, p. 117 *et ss.* – this author warned that the drafting resulted from the merging of opposing views during the legislative process and that courts might come to interpret this provision in such a way as to, effectively, restrict *actio popularis* to the status of an instrument useful only to protect diffuse interests, but stated that such an interpretation would not be consistent. Other authors also do not seem to exclude global compensation for homogenous individual interests – see: J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 6; and J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, pp. 112-113.

⁸⁷ Doctrine that refers to this school of thought generally quotes M. TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 171-174.

⁸⁸ In accordance with the clarifications provided by Prof. TEIXEIRA DE SOUSA in a meeting in February 2013.

⁸⁹ SC, Judgment of 2003/10/07, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 03A1243).

injured parties actually being compensated), but ascribed this to the “manifest technical imperfections” of the PAA. Another mass damages popular action also led (at least potentially) to individual compensation⁹⁰, and we are unaware of any example of global compensation being provided in a popular action relating to homogenous individual interests.

A possible explanation for the judiciary’s favouring of this position is that it is more harmonious with the general theory of civil liability, the application of which the courts are more familiar with. Ironically, the right of popular action was created precisely as an exception to the general rules of civil liability, and in trying to interpret it within the framework of these general rules, courts will effectively deny a large part of its usefulness for mass damages actions.

However, since no value is ascribed to judicial precedent in the Portuguese legal order, courts remain free to interpret the provisions of the PAA, in future cases, in accordance with the first school of thought. And this, we believe, they should do, namely because it is the most appropriate interpretation, based on the literal, systemic and teleological elements, and the only one which prevents a violation of the constitutional right of access to justice and of the constitutional right of *actio popularis* in itself⁹¹.

From a literal approach to interpretation, it must be recognised that Art. 22(2) and (3) make no distinction between the types of interests at stake, assigning individual or global compensation exclusively on the basis of whether the holders of the interests “are identified” or “are not individually identified”⁹².

⁹⁰ SC, Judgment of 2010/07/01, case no. 08B3798.

⁹¹ As highlighted in P. OTERO, *op. cit.*, p. 878 (referring, also, to the opinion of GOMES CANOTILHO and V. MOREIRA), the right of *actio popularis* “is not foreseen in the Constitution as an exceptional institute, but rather it expresses an actual fundamental right” (our translation). As it does not have an exceptional nature, restrictive interpretations become all the more sensitive.

⁹² It should be recalled that, under the general principles of interpretation of the Portuguese legal system, the interpreter may not arrive at a result which “has not even a minimum of verbal correspondence in the letter of the law, even if imperfectly expressed”, which is arguably the case with the interpretation proposed by the second school of thought.

Furthermore, Art. 22(4) stipulates that the right to compensation becomes time-barred 3 years after the judgment becomes *res judicata*, and Art. 22(5) stipulates that the “amounts corresponding to time-barred rights shall be surrendered to the Public Prosecutor’s Office” (to pay attorney fees and fund access to the courts and other popular actions). Under the second school of thought, Art. 22(5) becomes entirely senseless. Indeed, if only those interests “which are not to be individualized” can lead to a global compensation, there would never be any determined compensation amount that could become time-barred and thus be surrendered to the Public Prosecutor’s Office⁹³.

From a systemic approach to interpretation⁹⁴, it should be recognized that, while the PAA is admittedly flawed, many of those flaws (in this context) derive precisely from the fact that it establishes a single legal regime for the compensation of different types of interests. That being said, the Portuguese legal order contains one example of special rules for civil popular action aimed at the compensation of homogenous individual interests in a specific field, that of securities⁹⁵. And these special rules confirm that the legislator allows for the possibility of global compensation in the case of homogenous individual interests, at least in that case, setting aside the argument that there is some overriding general principle of liability in our legal order that requires the courts to follow the second school of thought.

⁹³ A global compensation could never be broken down into individual compensations that could be claimed by individuals, so there would be no individual rights that could become time-barred. And individual compensations would only be quantified following a specific action by the holders of the respective individual rights, so that: (a) either they would initiate these actions before the 3 years deadline, and then the right would not be time-barred; or (b) they would not initiate these actions before the deadline, and the right would become time-barred without the court ever having quantified how much compensation was owed.

⁹⁴ Under article 9(1) of the Civil Code, interpretation of the law should, among other factors, “mostly keep in mind the unity of the legal system”.

⁹⁵ Art. 31 of the Securities Code. This provision has been described as a “significant deepening of the regime relating to the reparation of damages” resulting from article 22 PAA (our translation) – T. MATA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 39.

Under Art. 31(1) of the Securities Code⁹⁶, a popular action may be initiated to protect the collective or homogenous individual interests of (certain) investors. If the application is successful, the “conviction obtained should indicate the entity in charge of the receipt and management of the indemnity due to those shareholders not individually identified [i.e. their part of the global compensation], designating, according to the circumstances, sinking funds, associations for the defense of investors or one or various shareholders identified in the action”⁹⁷. And any “indemnities that are not paid, due to being time-barred or the impossibility of identifying the respective shareholders, should revert to” the respective sinking fund or to the investors’ compensation system⁹⁸. The parallel with what happens to compensations not claimed within the deadline, under Art. 22(5) of the PAA, is obvious.

From a teleological approach to interpretation⁹⁹, it should be highlighted that the PAA implements the constitutional right of popular action, foreseen in article 52(3)(a) of the Constitution. This constitutional right includes “the right to apply for the appropriate compensation for an aggrieved party or parties”, and while the provision allows for the terms in which this is to occur to be determined by law, the law cannot breach the limits imposed by the constitutional provision. It is clear that the right of popular action, as foreseen in the Constitution, includes the right to obtain “appropriate compensation”. This is an expression of the fact that this right ultimately seeks to overcome, in so far as possible, a shortcoming of the legal system, that leads to situations of mass damages (involving small claims) being deprived of any viable means of judicial enforcement, in breach of the constitutional right of access to justice. Furthermore, *actio popularis* allows for the

⁹⁶ Decree-Law no. 486/99, of 13 November, as last revised by Decree-Law no. 85/2011, of 29 June.

⁹⁷ Art. 31(2) of the Securities Code. Confirming that this global compensation is available for actions in defense of individual homogenous interests: J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*

⁹⁸ Art. 31(3) of the Securities Code.

⁹⁹ Under article 9(1) of the Civil Code, interpretation of the law should, among other factors, “reconstitute the legislative mindset”.

pursuit of the public policy objective of dissuading illegal behaviours¹⁰⁰ and of finding economically efficient and rational ways of enforcing the law.

Thus, if two interpretations of the PAA's provisions on compensation are possible, one leading to an effective (even if imperfect) mechanism of compensation that also has the desired dissuasive effect, and another leading to the absence of any feasible mechanism of compensation of injured parties (and the absence of dissuasive effect), the first interpretation must be chosen as the only one which does not contradict the constitutional provision in question and pursues the *ratio legis* of the PAA.

Indeed, the end result of the second school of thought is that popular actions will never (or almost never) be capable of leading to any form of actual compensation of mass damages, as only individual compensation can be used, which requires the use of general liability rules. But the extension of the right of popular action to the protection of homogenous individual interests was meant, precisely, to create a mechanism for the compensation of damages that cannot be compensated through the common procedures and general liability rules.

It seems hard to imagine any scenario where it might prove economically rational for claimants who suffered damages in the amount of 5 euros to go through the steps required to individualize their specific damages and causal link¹⁰¹. And from the macroeconomic perspective, the cost of assessing each of such claims individually would be absurdly disproportional. The potential total utility deriving from the popular action would be completely outweighed by the costs to the injured parties and courts.

¹⁰⁰ J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 113, noted that the “possibility of fixing the compensation on an overall basis means that the perpetrators can be prevented from gaining advantage from the damage even when it is not possible to establish the exact extent of the individual damage suffered”.

¹⁰¹ It should also be noted that the Supreme Court has expressed doubts about who would have standing, following a declaratory popular action, to seek compensation for individualized damages (SC, Judgment of 2003/10/07, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 03A1243)), which might constitute a further obstacle to obtaining compensation as a result of a popular action.

Finally, the interpretation proposed by the second school of thought violates the principle expressed in article 9(3) of the Civil Code¹⁰², as it rests on the assumption that the legislator meant to say something other than he really said.

Granted, the first school of thought raises some problems (as does the second), given the PAA's lack of detail about how global compensation is to function, in practice. But that is a legal lacuna which must be filled in accordance with the methods foreseen for that purpose in our legal order¹⁰³.

How would one go about quantifying a global compensation for homogenous individual interests?

Generally, a global compensation can be determined:

- (i) By the court: when quantifying the global compensation, the Court would resort to equity criteria, in accordance with article 566(3) of the Civil Code¹⁰⁴, and would consider the global damage caused by the practice in question, subtracting the value of individualized compensations already (or simultaneously) awarded and the damages caused to parties who exercised the right to opt-out¹⁰⁵;

¹⁰² Under this provision, in “determining the meaning and scope of the law, the interpreter shall presume that the legislator foresaw the best solutions and was able to express his thoughts adequately”.

¹⁰³ This, of course, until the legislator sees fit to clarify the legal framework.

¹⁰⁴ This is one point on which doctrine seems to be unanimous – see, e.g.: J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 113; M. TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 166. This author also notes that “the applicant need not quantify this compensation in a precise amount, since article 569 of the Civil Code dispenses the person requesting compensation from defining the exact value it ascribes to the damages and article 471(1)(a) of the CPC (or article 556(1)(a) of the new CPC, adopted by Act 41/2013) allows for the formulation of a generic request when it not yet possible to determine, definitively, the consequences of the unlawful fact” (*idem*, our translation). For guidance on the manner of quantification of antitrust damages, specifically, see: EUROPEAN COMMISSION, *Draft guidance paper: Quantifying harm in actions for damages based on breaches of article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Public Consultation)*, June 2011.

¹⁰⁵ In this sense, see A. PAYAN MARTINS, *op. cit.*, p. 119. The approach herein suggested also avoids turning a global compensation into a punitive measure, dissociating it from the reality of compensating actual damages caused to fragmented interests – the ultimate goal is not to punish, but to compensate injured parties, in so far as possible.

- (ii) By the applicant and defendants, through a settlement: such a settlement would be subject to control by the court and the Public Prosecutor's Office (as explained above);
- (iii) By an arbitral tribunal: in 1999, Payan Martins had already suggested, *de jure condendo*, that a solution for these situations would be to organize payments exclusively through a simplified arbitration procedure¹⁰⁶. Subsequently, the CPC was revised so that it now allows for liquidation through (voluntary) arbitration¹⁰⁷.

How would one manage the distribution of the general compensation among the injured parties who might come forward following its awarding¹⁰⁸? Unlike Art. 31 of the Securities Code, Art. 22 of the PAA does not seem to allow for the transfer of the management of this distribution to another entity, so that this management would remain with the court.

The procedure to have access to a part of the global compensation cannot imply demonstrating individualized damages and specific causal link, or we'll be right back to the situation of denial of justice and compensation because of the economic irrationality of processing each request individually. While there is very little to go on to build a reply to this question, we would suggest that an equitable solution might be for the judgment that sets the global compensation to determine, at the same time, a simplified procedure and criteria for injured parties to have access to a pre-determined part of the compensation¹⁰⁹.

Staying close to the letter of Art. 22(4) APA, the court could, e.g., determine that a certain part of the compensation would be award-

¹⁰⁶ A. PAYAN MARTINS, *op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁷ See article 380-A of the CPC (or article 361 of the new CPC, adopted by Act 41/2013).

¹⁰⁸ And what if the amount of damages of the injured parties who come forward exceeds the total amount of the global compensation? Some authors argue that, because of the *res judicata* effect associated to popular action, the right to effective and full compensation requires that, if the global compensation awarded proves to be insufficient to cover all damages, those who were not fully compensated may still initiate separate court proceedings to rectify this situation (for a description of this position, see: V.E. MARQUES DIAS, *op. cit.*, p. 33).

¹⁰⁹ A similar – but not entirely identical – approach to that which is here described was suggested by Prof. TEIXEIRA DE SOUSA in a meeting in February 2013.

ed to all injured parties that come forward within the 3 year deadline and simply demonstrate that they meet the subjective qualifying requirements (such as having bought the products in question from the defendants during the relevant period). This may be made simpler by requiring the defendant to identify all its clients who meet those requirements (i.e., who are “injured parties”, for the purposes of that popular action), the court needing merely to verify if the person is included in the list provided and to control cases of inconsistencies¹¹⁰. The part of the compensation to which each injured party would be entitled would be based on the court’s estimate of the amount of injured parties and damages, which could also be formed on the basis of documents and information that the defendants would be compelled to provide¹¹¹.

¹¹⁰ The non-indication by the defendant of some of the clients who met the subjective qualifying requirements (and who subsequently come forward and prove that they meet those requirements) could constitute a breach of a court order and the provision of false information to the court, with the normal legal consequences associated thereto.

¹¹¹ To provide a hypothetical example of this approach, let us imagine that a monopolist that provides certain services abuses its dominant position by imposing, during the year 2012, an access fee that is not justified by costs associated to granting such access, expressed as a percentage of business volume (i.e. a variable fee per client). A court that finds that competition law was thus infringed could ask the company to provide it with the total number and identify of its new clients during the year 2012, to whom such a fee would have been imposed, as well as the total amount of access fees charged. It would then calculate the fixed amount of the global compensation as the total amount of access fees charged in 2012, and stipulate that each injured party would be entitled to a pre-determined part of that global compensation (corresponding to the total amount divided by the total number of new clients). Subsequently, it would order that any injured party (already identified by the defendant or mistakenly omitted from the list provided to the court) could come before the court and ask that their portion of the global compensation be paid to them, by merely identifying themselves as one of the injured parties and expressing that intention. After 3 years, whatever amount of the global compensation would be left over would be surrendered to the Public Prosecutor’s Office, in accordance with article 22(5) of the PAA.

An alternative, already mentioned above, the viability of which would namely be dependent on the number of injured parties, would be for the court to order the defendant to provide it with enough information to determine individual compensations. In this situation, that would require the defendant listing each new client in 2012 and the precise amount of the access fee charged to each.

And the part of the global compensation that is not claimed? The answer to that question is explicitly provided for in Art. 22(5) of the PAA: it is turned over to the Public Prosecutor's Office which will deposit it in a special account and will use it to pay attorney fees, when applicable, to support access to the courts and to provide financial aid to the promoters of popular actions that require it with due justification.

An important aspect to keep in mind is that the PAA establishes the liability of the infringing person for damages caused to "the injured party or injured parties"¹¹². Crucially, therefore, while companies may not initiate an *actio popularis* themselves, they are seemingly entitled to compensation if they can be identified as having suffered damages as a result of the unlawful behaviours identified by the court¹¹³. This is an issue that must still be tested before the courts.

In certain cases, however, care must be had to avoid imposing double compensation, specifically when compensation is to be paid both to final consumers and to intermediary undertakings, when the latter have fully passed on to consumers the costs associated to the unlawful behaviours. This same issue must be pondered when establishing the causal link between the unlawful behaviour and the damages argued by the claimants. It is unclear how the courts would react, for example, to a popular action aimed at compensating (exclusively) consumers for antitrust infringements carried out by a company on an upstream market, whose consequences were passed on to them by intermediary undertakings. The spirit of the law would seem to be favourable to such a proposition, as consumers would be protected and the intermediary undertakings would, in such a case, already have passed on the damages to their clients. And yet, the establishment, in such a situation, of a causal link with the original anticompetitive behaviour may depend on the nature and characteristics of that behaviour.

¹¹² Article 22(1) of the PAA.

¹¹³ It would be a rather inequitable restrictive interpretation of the law if only consumers were allowed to be compensated for infringements, e.g., by an electronic communications service provider, while other legal persons, such as SMEs, which had suffered similar damages, at the same level (i.e., as final users of that service) would not have access to compensation. Furthermore, it would significantly diminish the deterrence effect of popular actions.

Finally, under article 26 of PAA, the PCA is obliged to cooperate with the courts and the intervening parties in a popular action relating to a competition infringement. These may, namely, require information and copies of documents in the possession of the PCA to be produced before the court. Only the due protection of legally mandated confidentiality can justify a refusal to provide such information or documentation.

2.2.2. Overview of precedents

Despite the extensive debate around collective private enforcement, there is a striking lack of thorough empirical studies available¹¹⁴.

In Portugal, the *actio popularis* mechanism is often used, by single individuals, in cases relating to public roads or accesses¹¹⁵. There is, to our knowledge, no collected statistical information on civil popular actions¹¹⁶. In so far as we could determine, although theoretically available, no civil popular action has claimed non-material damages¹¹⁷.

After researching the case-law of the Supreme Court, Sousa Antunes has noted that: “it seems fair to conclude that the law of popular action has been applied very scarcely, whether due to the fact that the intervention of civil society is still in its early stages, or due to the prohibition on *quota litis* agreements or to the doubts that the applica-

¹¹⁴ See, as a notorious exception (relating to Japan): S. VANDE WALLE, *Private enforcement of antitrust law in Japan: an empirical analysis*, *The Competition Law Review*, 8(1), 2011, p. 7.

¹¹⁵ See, e.g.: SC, Judgment of 2012/02/14, case no. 295/04.OTBOFR.C1.S1; SC, Judgment of 2012/02/09, case no. 1007/03.1TBL.SD.P1.S1; SC, Judgment of 2010/07/13, case no. 135/2002.P2.S1; SC, Judgment of 2008/12/23, case no. 08B4107; SC, Judgment of 2004/01/13, case no. 03A3433.

¹¹⁶ The same is stated in H. SOUSA ANTUNES, *op. cit.*, p. 20. This author further provides the following information concerning administrative popular actions, between 1991 and 2003, based on data provided by the Ministry of Justice’s Office of Planning and Legislative Policy: “The number of cases brought by a popular action claimant was at its highest in 1991 (73) and lowest in 2002 (9). These represent a particularly small percentage of the total number of administrative cases considered (between 0.2 % and 4%)”.

¹¹⁷ L. TORTELL, *op. cit.*, p. 3.

tion of Law 83/95 has raised”¹¹⁸. If this is already true of civil popular actions, in general, the outlook for civil popular actions specifically concerning competition law is, by far, bleaker.

There has been only one civil popular action aimed at enforcing, *inter alia*, competition law. Following the introduction of an allegedly unlawful “activation charge” by Portugal Telecom in 1998 and 1999, the Portuguese Consumer Protection Association (DECO) sued the telecom incumbent, on behalf of all of its clients¹¹⁹. A total of approximately two million Portugal Telecom customers were represented in the case concerning the 1999 charge, and only five persons opted out. A separate popular action ran concerning the same charge in 1998, but did not raise antitrust issues.

In the case relating to 1999, the application was successful, but on grounds that had nothing to do with competition law, these arguments never having been discussed by the courts. However, since the Supreme Court referred specifically to competition law as one of the arguments raised by the applicant, and the admissibility of this claim was not challenged, it can be argued that, implicitly, this judgment confirmed that the PAA may be used in antitrust private enforcement cases.

The case took approximately 4 years, from the first to the last instance. The claimant did not ask the court to rule on compensation, nor did it attempt to demonstrate that the requirements for liability were met. Following this judgment, DECO and Portugal Telecom arrived at a settlement, for the estimated value of 120 million EUR (i.e. 60€ per client)¹²⁰. This amount was paid out, not in direct payments, but in free national calls for all Portugal Telecom customers on 14 consecutive

¹¹⁸ H. SOUSA ANTUNES, *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁹ SC, Judgment of 2003/10/07, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 03A1243). Appeal from Lisbon AC, Judgment of 2002/11/12, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 3724/02-7). See, further: L. ROSSI, M. SOUSA FERRO, *op. cit.*

¹²⁰ However, it must be noted that this is merely an estimate of potential value to customers of the possibility of free calls on certain days open to clients. It is unlikely that this actually corresponded to an accrued number of calls on the designated days based on this possibility, and it should also be kept in mind that, in any case, the cost of such calls for Portugal Telecom is quite different from their price for consumers. In other words, the figure in question is likely to be highly inflated in terms of the real economic cost of the settlement for Portugal Telecom.

Sundays. It has also been noted that “PT also agreed to reimburse any customer who makes a claim for his portion of the 1998 call set-up charges”¹²¹, but no further information is available in this regard.

Although not an antitrust private enforcement case, it seems appropriate to briefly mention a more recent civil popular action case, for the value of the clarifications it brings. In a case concerning credit contracts associated to language schools, concluded by a Supreme Court judgment in 2010. In this case, in which an estimated 1.200 to 1.500 people were represented (with no opt-outs), DECO was not only successful in obtaining a declaration of the nullity of those contracts, but the court further ordered the defendants to return to the represented consumers the amounts paid under those contracts, to be liquidated following the judgment (which was to be publicized in accordance with Art. 19(2) of the PAA)¹²². Although no precise follow-up information is available, information provided by DECO suggests that the injured parties in this case were notified of the possibility of obtaining compensation, and that all those who, by their own initiative and means, asked the defendant to return the respective amount were duly compensated.

3. *Economic assessment*

It is, probable that large undertakings are far more likely to seek compensation of antitrust damages through private enforcement than SMEs and consumers¹²³. While legal, cultural and contextual issues certainly play an important role in explaining this reality, the premise that market agents make essentially rational options – even if

¹²¹ See R. MULHERON, *Competition law cases under the opt-out regimes of Australia, Canada and Portugal*, Research Paper, 2008, available at: <http://www.bis.gov.uk/files/file49008.pdf>, pp. 77-78.

¹²² SC, Judgment of 2010/07/01, case no. 08B3798.

¹²³ According to one author: “When the victims of illegal practices – say, a cartel – are large companies, they would always bring a lawsuit to obtain compensation. (...) But when the victims are consumers and small businesses, they would not go to court if their losses do not justify the costs of litigation and the uncertainty of the outcome. They often receive no compensation for the harm they suffer” – J. ALMUNIA, *op. cit.*

limited by the information available to them – would suggest that an economic explanation for this reality may be found.

It does not seem to hold, as suggested by SÉrvulo Correia, that “the Portuguese civil procedure provides the conditions of practicability (...) for the private enforcement of the competition rules”¹²⁴, and that it is only reasons beyond the legal framework that explain the scarce resource to antitrust private enforcement in Portugal. Even if a solution may be found within the possible interpretations of the law, the interpretation that was expressed by the Supreme Court raises serious obstacles for the last, crucial, step of a popular action – the actual compensation of the damages suffered by the injured parties –, that jeopardise the usefulness of this mechanism as a whole, within this context.

In any case, understanding the extent to which the reduced (virtually inexistent) use of *actio popularis* for antitrust private enforcement is explained by economic factors (and, specifically, by microeco-

¹²⁴ J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 113. The same author, however, also indicates that the explanations for the limited extent of private enforcement include: “the unsuitability of the legal system as a whole for the solution of this kind of dispute” (p. 114). Other authors have pointed out that: “We should not jump to the conclusion that just because we do not observe too many class actions, the legal framework and the procedural rules are improper. The reasons for the apparent lack of interest by the citizens for class actions in Portugal could lay elsewhere” (M.F. GOUVEIA, N. GAROUPA, *op. cit.*). The PCA itself has expressed that it believes that: “the Portuguese legal order is, generally, well equipped to answer the issues that arise in the framework of [private enforcement], even if it should be admitted that the introduction of a few special rules could facilitate the success of such actions. Within the issues identified by the European Commission, the PCA considered particularly relevant those relating to access to evidence (...), and the indispensable coordination between so-called public and private enforcement, including the safeguard of the leniency regime” (PCA, *Activity Report and Accounts 2007*, p. 25, our translation). The PCA had previously adopted an internal document wherein it expressed an opinion on the required reforms of collective private enforcement of competition law in Portugal (PCA, *Activity Report and Accounts 2005*, p. 54), but the document is not publicly available (C. BOTELHO MONIZ, M. ROSADO DA FONSECA, *Portuguese Report to FIDE Congress XXIII (2008) – The modernization of European competition law – first experiences with Regulation 1/2003*, in APDE, *Estudos de Direito Europeu: Congressos da FIDE – Relatórios Portugueses 1990-2008*, Príncipe, 2009, p. 736, at p. 765 noted that the proposal included in this document “was never adopted by the Government and it is not envisaged to be adopted in the future”).

conomic factors), or, in other words, understanding the causes and precise limits of “rational disinterest”, is a crucial step to allow for a pondered reconsideration of the legal framework, so as to increase incentives – or decrease disincentives – for the private enforcement of competition law.

It may generally be assumed that the choice to proceed with litigation aimed at obtaining compensation for damages arising from infringements of competition law is grounded in an economical assessment of certain and uncertain (potential) costs and benefits.

That being said, it must be kept in mind that an abstract assessment by consumers and SMEs of the level of damages that would justify litigation is not likely to correspond to the level that the same persons would find motivating enough, when faced with the detailed costs and benefits assessment of a concrete litigation scenario. For this reason, the usefulness of previously carried out studies that rest on such abstract assessments is limited¹²⁵.

It is extremely difficult to arrive at a uniform description of the conditions that need to be met in order for it to be economically advantageous to initiate such legal proceedings.

In what concerns costs, for example, the decision to initiate a suit taken by a consumer association that has in-house lawyers is grounded in a significantly different assessment than that of a group of consumers or small companies who would have to take into account the legal fees of external counsel¹²⁶. Private enforcement between undertakings in a vertical relationship may also raise the prospect of costs connected to the breach of business relations with the counterparty, as well as to negative effects on business relations with other companies.

¹²⁵ See, e.g., CIVIC CONSULTING, *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, Final Report prepared for DG SANCO*, 26 August 2008. While half of the respondents to a study “expressed the view that it was not worth going to court for less than 200 euros” (AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES, *op. cit.*, p. 1), it can safely be assumed that only a significantly higher amount would actually justify the expense and time involved in proceeding with litigation in a specific situation.

¹²⁶ However, this factor should not be overestimated, as the “on-staff” lawyers will hardly ever be specialized in competition law, and often specialist knowledge is deemed to be essential for the successful private enforcement of competition law.

In what concerns benefits, some companies may find sufficient motivation in the impact that a competition suit would have to its competitor's public image, or in causing financial difficulties for a competitor by forcing it to shoulder the burden of legal fees and to provision the amount of the claim in its budget.

Furthermore, the factors that go into the decision of initiating a law suit are not the same that are pondered in the context of counter-claims, wherein the larger part of the associated costs already derive from the required defense in the main suit.

All this being said, it is possible to generally identify the main factors of costs and benefits in any law suit aimed at the private enforcement of competition law, abstracting from variables that may alter motivations and conclusions in marginal cases.

The weighing of these costs and benefits is based on risk assessment criteria, which will vary most significantly in function of whether the suit is "stand-alone" or "follow-on". In the latter case, the burden of proof is eased in practice, and will tend to focus on the quantification of damages and the establishment of a causal link¹²⁷.

Costs

The main costs to be considered are: court costs, lawyer fees, time and organizational costs, and possible retaliations.

At the outset, in principle, the decision to initiate a private suit for the enforcement of competition law carries the certainty of costs (lawyer fees, court costs – at least transitionally – and time), while presenting no guarantee of benefits.

Court costs vary significantly between common declaratory actions and popular actions.

In popular actions, there are no initial costs and, if the case is successful, the applicants will not have to pay for any costs whatsoever. If they are not successful, they will have to pay a much smaller percentage (between 10% and 50%) of normally applicable costs. That being said, these may not be negligible.

¹²⁷ See: J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, pp. 115-116.

As for common actions, the amounts vary drastically depending, namely, on the number of plaintiffs and value of the action. Crucially, such costs are substantially higher than in popular actions and grow in direct proportion to the number of applicants.

Lawyer fees (including expenses) may be assumed to be identical for the two types of actions, especially considering that the average duration and number of documents to be produced in the context of litigation is very similar for both types of cases and that the knowledge of substantive law required is the same. Although legal aid is theoretically available, it is highly unlikely that, in its current format, it could ever play a role in popular actions¹²⁸, or even in common declaratory actions.

Lawyer fees vary significantly depending on whether one resorts to specialists or to non-specialist lawyers. As would be expected, the available precedents suggest that the majority of private enforcement cases are handled by non-specialist lawyers, intervention by specialists tending to be limited to cases with very high claims. There is insufficient data to conclude whether resorting to specialist lawyers increases, in practice, the chances of success (even though that seems to be the generalized perception).

To arrive at an approximate estimate of lawyer fees per case, for the purposes of the present paper, based on our knowledge of the market, we estimated an average hourly fee of 60€ for non-specialist lawyers, and of 150€ for specialist lawyers. Given an average duration of 5,5 years per case¹²⁹, and assuming the need for an application, a re-

¹²⁸ As noted in L. TORTELL, *op. cit.*, pp. 6-7: “Although a *pro bono* system exists in Portugal, such specific cases are unlikely to take advantage of that system, which officially involves the random allocation of a lawyer for particular cases”.

¹²⁹ It has been suggested that popular actions may be faster, but it is not possible to arrive at such a conclusion, for Portugal, based on a single precedent of a popular action relating to competition enforcement in which, all the more, competition law was not discussed. That being said, one author’s empirically analysis led to the conclusion that the average length of civil popular actions is 5 to 7 years (L. TORTELL, *op. cit.*, p. 7), i.e. the same average we identified for common declaratory actions. For these reasons, we believe it justified to use the same estimated average duration for popular actions as the one identified for common declaratory actions. We would note that this implies a significant difference in relation to American class action suits, which tend to take consid-

ply and a trial, in the first instance, as well as the corresponding steps in the second instance, we arrived at a working estimate of an average number of billable hours per case of circa 250 hours. Further considering the usual practice of capping fees at a predetermined maximum level, it would seem that a reasonable (possibly low-balled) working estimate of average lawyer fees per such case may be of 15.000€ for non-specialist lawyers, and 37.500€ for specialist lawyers.

However, it must be kept in mind that, under both common declaratory actions and popular actions, a successful applicant may expect to see at least part of its lawyer fees born by the losing party. This means that a degree of risk assessment is required in the inclusion of these costs in the initial decision to litigate.

Furthermore, it should be born in mind that, even in a hypothetical scenario of assured victory, there is a quantifiable economic cost associated to paying portions of the lawyer fees throughout the period of litigation, which will not be reimbursed. Thus, for example, in a case lasting 5,5 years, assuming that the above mentioned amounts are paid in 6 equal parts (one per year), and assuming a remuneration rate of 5% if the amounts in question were otherwise invested throughout the same period, funding an action with non-specialist lawyers (even in case of success) costs 2.795€, and funding an action with specialist lawyers costs 6.980€.

While the Portuguese legal system does not allow lawyers to propose “no win, no fee” scenarios, or to collect a percentage of the damages awarded to the claimants (*quota litis*)¹³⁰, it does allow for an initial low fee to be topped off by a “success fee”, which would reduce the amount of lawyer fees that must be born (even if just temporarily, in

erably longer (see S.E. KESKE, *Group litigation in European competition law: a law and economics perspective*, doctoral dissertation presented at Erasmus Universiteit Rotterdam, 2009, p. 106). Also, the Portuguese Government has expressed a willingness to consider adopting shorter procedural time limits at various stages of collective redress actions (MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS, *op. cit.*, p. 6).

¹³⁰ A.P. MONTEIRO, J.M. JÚDICE, *op. cit.*, p. 198, single out prohibition of contingency fees as possible main reason for the failure of popular action in practice. C. LESKINEN, *op. cit.*, makes a strong case for the need for some form of contingency fees, as a requirement to make collective antitrust private enforcement viable.

case of success) by the applicants, and, therefore, also the above mentioned “funding” cost.

The costs associated with time and organization of the file relate, in essence, to organizational expenses such as mailings and processing plaintiff documents, and to the value attributed to all the time expended with the organization of the case that is not already covered by lawyer fees (“opportunity cost”). In common actions, a great deal of “organizational” effort is required during an initial phase (e.g. identifying plaintiffs and gathering powers of attorney), but every step of the procedure will continue to imply important costs, as all clients must be consulted whenever any important decision needs to be taken. Such costs must be multiplied by the number of plaintiffs, and thus will tend to become prohibitive, in themselves, after a certain number (considering the law of increasing marginal costs). Organizational costs in popular actions are much lighter, and may, indeed, be almost negligible from the perspective of the applicant. Additionally, it should be kept in mind that those wishing to initiate any such law suit will often have to dedicate a significant amount of time to collecting information, in particular given the information asymmetries infamously identified in antitrust enforcement.

Finally, a rather significant factor that tends to be left out of the equation is the fear of retaliation. For companies pondering a common action, this may frequently prove to be a decisive obstacle, based on the possible severing of commercial relations with the company in question, or the perception that the action will be assessed as a negative factor by other companies when deciding to become (or continue as) clients or suppliers. On the other hand, for consumers, retaliation will not often be a relevant concern, which suggests that it is not a factor, at all, in popular actions.

Benefits

The main benefits to be considered are: compensation for damages and dissuasion of future infringements.

Given the absence of punitive damages in the Portuguese legal system, potential economic benefits are limited to the quantification of damages arising from the infringement in question (even though these

are not restricted to patrimonial damages). As is demonstrated by the available national precedents, damages to be claimed, per person, can run from under 100 euros to several million euros.

The benefits arising from the dissuasive effect may weigh heavily at the level of public policy, but will not be relevant for the vast majority of potential plaintiffs' decision to initiate a specific antitrust suit. Even consumer associations seemingly tend to base their decision to litigate a specific case based on a costs and benefits assessment mostly limited to the universe of that case, and not to potentially generalized effects (even if its preliminary decision to attempt to identify antitrust private enforcement cases for it to pursue might have the general dissuasive effect in mind).

Excluding (to some degree) the perspective of the motivation of not-for-profit organizations such as consumer associations, it is crucial to stress that if a popular action is to be prosecuted by a lead plaintiff, in the decision to initiate the suit, the leader's costs are weighed only against his potential benefits, and not the potential benefits of all those represented¹³¹.

It has often been pointed out that lawyers themselves may take a lead role in the promotion of the private enforcement of competition law. With this in mind, market forces may be sufficient to push forward private enforcement, even when the compensation for damages, in itself, would not justify the law suit (or, at least, would not justify the decision to proceed, given the associated risk assessment), if lawyers are willing to finance the litigation, postponing a large part of their remuneration, with the expectation that the counterparty will, in the end, be sentenced to pay their attorney fees. In this perspective, it is the benefits to lawyers which are weighed against the costs. However, a specific manifestation of the "fear of retaliation" should be considered here, and may explain the failure of popular actions (and, specifically, of lawyer-led entrepreneurial litigation) in the private enforcement of competition law in Portugal: specialized lawyers may fear that their

¹³¹ S.E. KESKE, *op. cit.*, 106, who also points out that spreading the costs among those represented does not seem possible outside mandatory schemes.

active promotion of popular actions may be damaging to their careers and, specifically, generate animosity among potential large clients¹³².

Doctrine has tended to divide consumer claims into two groups, depending on whether it would be economically justified to proceed with individual or aggregated litigation (“group A” consumer claims or “Positive Expected Value” claims), or not (“group B” consumer claims or “Negative Expected Value” claims). It has been suggested that EUR 2.000 could function as an upper limit for the dividing line between the two groups, but that, particularly for antitrust private enforcement, a lower figure may be appropriate¹³³. Crucially, however, the vast majority of imaginable consumer antitrust private enforcement cases would involve damages far below that figure, not exceeding a few hundred Euros¹³⁴. The same may not always be true for antitrust private enforcement by SMEs.

There seems to be a general conviction that the *actio popularis* mechanism is a viable and more efficient manner of seeking compensation for a plurality of injured parties than that of common declaratory actions, even though there is little empirical evidence to support this conviction¹³⁵. While the previous analysis certainly confirms that this procedure is economically more efficient, it is not clear whether it may truly be called “viable”.

¹³² This concern has already been expressed in J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 114. It should not be underestimated in the Portuguese context, where the market for specialized competition litigators is quite small. That being said, H. SOUSA ANTUNES, *op. cit.*, p. 22, believes that “Portuguese law is compatible with entrepreneurial litigation, notwithstanding the prohibition on *quota litis*”.

¹³³ See, e.g.: M. IOANNIDOU, *Enhancing the consumer’s role in EU private competition law enforcement: a normative and practical approach*, in *The Competition Law Review*, 8(1), 2011, p. 59, at p. 69 *et ss.* This author has noted that, in antitrust private enforcement, “it seems unlikely for consumers to bring claims exceeding several hundred Euros and in any case damage flowing from a competition”.

¹³⁴ M. IOANNIDOU, *op. cit.*, p. 71.

¹³⁵ In this sense, see H. SOUSA ANTUNES, *op. cit.*, pp. 31-32: “In the absence of statistical data, it can be pointed out that, from a pragmatic point of view, there is ample and significant legal theory which accepts that the use of the collective action motivated by the impulse of one representative for all the interested parties is a more advantageous solution than opting for the more traditional means of combining the interests of various parties in a single action”.

Considering the estimates made above, it would seem to be economically irrational for even the most optimistic of claimants to proceed with a popular action to seek damages for antitrust infringements in Portugal unless the expected benefits exceeded, at the very least, EUR 3.000 (or, in the case of a group of claimants, that each person's share of those costs exceeded his/her share of the expected benefits). In many cases, that figure may be substantially higher, especially when complex substantive issues arise that require the intervention of a specialist. Common actions also do not seem viable below that threshold (except, possibly, if they are pursued through alternative dispute resolution mechanisms).

But more in-depth study and simulations are required to determine precisely what level of damages justifies such actions, especially considering that it is incorrect to simply divide the total costs by the total number of claimants, as the actual economic costs of a law suit in common proceedings grow in proportion to the number of claimants.

The viability of popular actions as an effective means of arriving at compensation for damages arising from anticompetitive practices is put in question, or perhaps even effectively prevented (considering the absence of precedents), by the following factors:

- (i) Imperfections and lacunae of the existing legal framework, together with restrictive judicial interpretations, which may make it impossible, in practice, to arrive at individual compensation in mass damages cases and to enforce declaratory judgments;
- (ii) Need for a person or persons wishing to shoulder the burden of costs arising, in the most optimistic of scenarios, to at least EUR 3.000, with no expected return beyond any damages it may, itself, be entitled to;
- (iii) Limited financial resources of consumer associations;
- (iv) Limitation of entrepreneurial litigation by lawyers, derived from the prohibition of *quota litis* agreements and the fear of "retaliation";
- (v) Length of judicial proceedings (which becomes more and more dissuasive the smaller the claim);
- (vi) Lack of knowledge and experience of lawyers and judges with popular actions; and

(vii) Cultural barriers (lack of litigation culture in Portugal)¹³⁶.

4. *Daring to dream*

As we have seen, the existing legal framework already provides for a theoretically adequate instrument for the private enforcement of competition law, even in cases with a very large number of plaintiffs, each with very little damages. To go from theory to practice, only a few steps are required. Some may achieve the desired result by themselves, but most will only do so when combined with others. Some are simple, almost expectable, others bold and rather unlikely.

Changing mindsets

We would argue that there are two groups of stakeholders whose attitudes must change before (successful) mass damages actions become a reality in the Portuguese legal order. Ironically (or not), it is not the victims who can play a lead role here, given that, in the case of small claims, their apathy will continue to be rational in the absence of punitive or exemplary damages.

First, judges must accept that *actio popularis* was (also) meant, and can indeed be used, for the compensation of antitrust mass damages, and that it is up to them to fill the lacunae left by the legislator, particularly in what concerns the means of calculating and distributing global compensation. This would seem to be more a matter of shedding ways of thinking framed in the general theory of liability and in a pre-PAA mentality, as the courts have tended to be generally amicable to popular actions.

Also, subject to the appropriate arguing of facts by the applicant, courts may play a crucial role by using their powers of directing

¹³⁶ On this issue, one author noted: “Although the corporate-fascist regime of the «industrial conditioning», etc., has been extinguished, the (anti-) judicial-economic culture has been around for almost four decades and the general culture of competition law and civil liability has still not been properly established in a country that many say has «weak customs»” (J.M. COUTINHO DE ABREU, *op. cit.*, p. 113).

the production of evidence to require the defendants to provide the information required to identify the persons who suffered damages (or, at least, their number) and to quantify those damages. In so doing, the courts would effectively force a partial internalization of the costs that had been illegally externalized to the injured parties, as well as creating an economic incentive for the defendants to reach a settlement or to agree to arbitration.

Second, specialized antitrust lawyers must become more familiar with the brave new world of possibilities opened up by the PAA¹³⁷, and a few, at least, must develop the entrepreneurial spirit (and, perhaps, the willingness to risk alienating possible clients) required to actively promote popular actions¹³⁸. A good sign that this shift may soon be upon us is that, for the first time, the Portuguese market is showing signs of a possible excess supply of lawyers specialized in competition law.

Changing administrative practice

The European Commission has taken it upon itself to include a call for private enforcement in all its press releases announcing decisions finding infringements of articles 101 and 102 TFEU. Similarly, the PCA, in furtherance of its role of promoting competition culture in Portugal, could include in its press releases concerning relevant decisions a message aimed at consumers, clients and competitors, clarifying their right to seek compensation for damages arising from the practices in question, and the manner in which such compensation may be sought¹³⁹. Other measures could also be taken by the PCA to actively promote private enforcement, namely adopting a clarified and simple

¹³⁷ J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 117, suggested lawyer training initiatives in partnerships between the PCA, the Bar Association and law schools.

¹³⁸ As stressed in J.G. DELATRE, *op. cit.*, p. 41: “the use of the popular action mechanism rests on the dedicated time and effort of experienced lawyers”.

¹³⁹ Suggesting, in general terms, such an approach: CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DE LISBOA, *Reply to the European Commission’s Public Consultation “Towards a coherent European approach to collective redress”*, 2011, p. 4. See also MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS, *op. cit.*, pp. 6 and 8; and AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES, *op. cit.*, p. 7.

procedure for accessing case-file information for the purpose of follow-on actions, and a predisposition to act as *amicus curiae* in such cases¹⁴⁰.

*Changing the law*¹⁴¹

The following improvements to the existing legal framework would significantly increase the odds of *actio popularis* becoming an effective instrument for the private enforcement of competition law¹⁴²: (i) clarifying access to compensation; (ii) increasing economic incentive for entrepreneurial litigation; (iii) ending the *quota litis* prohibition; (iv) centralizing jurisdiction; and (v) introducing PCA notification obligation.

First, the current level of legal uncertainty concerning the possibility of actually obtaining compensation through a popular action does not bode well for the future of this constitutional right. Even though the courts can use general techniques of legal interpretation to fill the law's lacunae, it would be useful if the PAA were revised (or,

¹⁴⁰ J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 117: "If the cooperation provided for in Article 15 of Regulation No. 1/2003 is not to remain almost always a dead letter, it would be fitting for the lawmakers to establish a simple and practical procedure mechanism that delineates the contact between the various institutions in order for the Commission or the Competition Authority to provide information and opinions to the courts and produce written or oral observations".

¹⁴¹ The European Commission has recently published its Proposal for a Directive on Private Enforcement of Competition Law (EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, COM(2013)404 final, 11 June 2013). While it would be premature to analyze the contents of this proposal at length, it should be stressed that it has focused on several issues that are discussed herein as useful improvements to the legal framework, including: (i) providing greater ease of access to evidence; (ii) making NCA and Commission decisions constitute full proof of infringements before civil courts (to facilitate follow-on actions); (iii) clarification that victims are entitled both to actual loss suffered and to lost profits; (iv) allowing for the awarding of damages in "passing on" scenarios; (v) establishing a presumption that cartels cause harm; and (vi) clarifying the repartition of liability towards the victims between a group of infringers.

¹⁴² A carefully presented and justified call for a review of the PAA, globally, can be found in A. PAYAN MARTINS, *op. cit.*, p. 128.

alternatively, if special rules were added to the Competition Act itself so as to clarify:

- (i) that *actio popularis* may be used to obtain individual and global compensation in mass damages cases (and, specifically, damages arising from antitrust infringements);
- (ii) that individual compensation should be decided and awarded, on the basis of general liability rules, to all injured parties who have been individually identified;
- (iii) that global compensation is to be calculated based on equity and on information (which the court may order the defendant to provide) concerning the number of injured parties and the average amount of damages caused by the infringement;
- (iv) that global compensation is to be distributed in equal parts to all persons who so request, within 3 years, and can prove that they meet the class (or injured party) criteria defined by the court; and
- (v) that the right of *actio popularis* extends to the enforcement of a declaratory judgment (*processo executivo*), and that this right can be exercised by the initial applicants or by anyone with a direct interest in the judgment's enforcement.

It should be noted that the frailties of the PAA in what concerns calculation and distribution of compensation and enforcement may, in practice, be partly compensated by companies' approach to business and public relations. Thus, for example, the mere fact that a judgment declaring an infringement can be obtained through popular action, together with its expectable publicity in the media (namely, but not only, thanks to Art. 19(2) of the PAA), may be enough to pressure a company to reach a settlement on compensation¹⁴³, or to agree to arbitration in the liquidation phase. And, in cases where each injured party's damages are quantified by, or clearly quantifiable as a result of, the terms of the judgment itself, defendants may comply with the court's decision and compensate all those clients that fall within the class and contact them for that purpose, without it being necessary to resort to judicial or to arbitral liquidation¹⁴⁴.

¹⁴³ As the 2003 *DECO v. Portugal Telecom* case more or less demonstrates.

¹⁴⁴ As apparently happened following SC, Judgment of 2010/07/01, case no. 08B3798.

Second, it seems to be the case that the existing framework does not provide sufficient economic incentive for lawyers and consumer associations to actively promote the private enforcement of competition law through popular actions. Presently, at best they can expect to be refunded for legal fees and to be compensated for damages if they themselves were injured parties. For organizations with very limited resources, the potential benefits of promoting a popular action will, thus, rarely outweigh the costs associated thereto. The Portuguese legal order has already found a way of creating the needed added economic incentive in the field of securities law.

Indeed, under article 31(2) and (3) of the Securities Code¹⁴⁵:

“2. The conviction obtained [in a popular action] should indicate the entity in charge of the receipt and management of the indemnity due to those shareholders not individually identified, designating, according to the circumstances, sinking funds, associations for the defense of investors or one or various shareholders identified in the action.

3. Indemnities that are not paid, due to prescription or the impossibility of identifying the respective shareholders, should revert to:

a) The sinking fund relating to the activity giving rise to the indemnity;

b) In the absence of the sinking fund described in the previous sub-article, the investors’ compensation system”.

In other words, adapting this system to the private enforcement of competition law, the full amount of the global compensation determined by the court would be paid to the applicant(s) (e.g. the consumer association), who would be responsible for distributing the compensation among injured parties, as determined by the court, and would be entitled to keep the amount not claimed within 3 years¹⁴⁶.

¹⁴⁵ These provisions were described as a “significant deepening of the regime relating to the reparation of damages” resulting from article 22 PAA (our translation) – T. MATA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 39. On the lacunae of these provisions, see J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁴⁶ Care would have to be taken to ensure adequate publicity and simplicity of access, so as to combat the incentive of the applicant for apathy in actively promoting the distribution of the global compensation.

This solution has two added advantages. On the one hand, it eliminates the essentially crippling doubts as to how the Public Prosecutor's Office is to manage funds left over from global compensations, under the existing rules of the PAA. On the other hand, it provides a more realistic approach to compensation. It has been pointed out that it is, in practice, impossible to achieve full compensation for damages caused to individual consumers within the context of antitrust private enforcement in group B claims¹⁴⁷. Indeed, even if a popular action is successful, and even if collective compensation is paid out, e.g., to a fund that is then responsible for distributing it among the injured parties, there is likely to be a number of them who are too passive to do whatever it may take to obtain their part of the compensation. Thus, it has been argued, as a matter of public policy, we should focus on protecting the "collective consumer interest", with popular actions being perceived as a means not only to achieve (partial) compensation of victims, but also as an instrument of deterrence and of competition policy itself¹⁴⁸.

Third, ending the *quota litis* prohibition would eliminate the inevitable financial burden of funding legal fees and facilitate the entrepreneurship of specialized lawyers. This is a reform, however, which would have to encompass all legal practice, framing it in a much broader discussion and making it a very unlikely (and not an essential) development.

Fourth, it would be very helpful, allowing for the avoidance of typical mistakes of generalist courts, if the private enforcement of competition law – regardless of the procedure adopted – were to be centralized in a specialized court, just as appeals relating to PCA decisions

¹⁴⁷ M. IOANNIDOU, *op. cit.*, pp. 73 and 83.

¹⁴⁸ M. IOANNIDOU, *op. cit.*, p. 74. This solution is, therefore, recommended by Ioannidou, as the most likely to make popular actions a viable instrument: "As long as priority is given to individual consumers to claim their respective damages, no violation of the compensatory principle can be established, where consumers did not claim individually, thereby allowing the damages to be retained by the consumer organisation" – M. IOANNIDOU, *op. cit.*, p. 83.

have been centralized in the Competition, Regulation and Supervision Court (and, before its creation, in the Lisbon Commercial Court)¹⁴⁹.

Finally, under article 75(1) of the Criminal Procedural Code, when the investigating authorities become aware of possible injured parties, they are obliged to “inform them of the possibility to submit a request for civil compensation within the criminal procedure and of the formalities to be observed”. While granting the PCA the power to include in its administrative procedure the compensation of injured parties would likely meet serious constitutional obstacles, there is nothing to prevent, and much to gain from, the revision of the Portuguese Competition Act¹⁵⁰ so as to oblige the PCA, whenever possible, to personally notify injured parties of their right to initiate autonomous private enforcement actions, whenever (some or all of) these parties have been identified in the course of the adoption of the PCA’s decision.

It certainly seems to be the case, as has been argued, that the current situation “will take time to change”¹⁵¹. And yet, we will surely be forgiven for daring to dream that the change is coming sooner, rather than later, and that the required conditions for taking several steps forward are already present.

¹⁴⁹ See: J.M. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, pp. 110, 114 (“the application of competition law is highly complex: it involves possessing extensive legal knowledge and permanently monitoring developments in the case-law of the European Courts and practice of the Commission and Competition Authority”) and 117. This author has also highlighted that the dispersion of jurisdiction for these actions throughout all civil courts also leads to a dispersal of financing of antitrust training, which must be made available to all civil court judges. Indeed, it seems to be a common opinion among Portuguese competition practitioners that the enforcement of competition law by Portuguese courts “falls short of expectations since Portuguese judges seldom have the skills to deal with economic issues” (M. GORJÃO-HENRIQUES, I. VAZ, *op. cit.*, p. 638; quoted and reaffirmed in: C. BOTELHO MONIZ, M. ROSADO DA FONSECA, *op. cit.*, pp. 763-764).

¹⁵⁰ Law no. 19/2012, of 8 May, approving the new Competition Act.

¹⁵¹ M. GORJÃO-HENRIQUES, I. VAZ, *op. cit.*, p. 638.

LE AZIONI DI CLASSE IN FRANCIA:
MOLTO LAVORO PER NULLA?
CLASS ACTIONS IN FRANCE:
MUCH ADO ABOUT NOTHING?

Muriel Chagny

SUMMARY: *I. A cautious class action intended for consumers; I.A) An effective class action in favour of consumers; I.B) A class action accompanied by pre-cautions; II. A (too) cautious class action appropriate for competition law?; II.A) A limited extension to competition law.*

1. *Alea jacta est. Il dado è tratto. Come Giulio Cesare, il presidente francese François Hollande ha attraversato il Rubicone in azioni collettive.*

The introduction of an effective class action finally appears to be on the agenda in France. It is even the key measure of a bill that is currently submitted to the French Parliament¹ and dedicates the iconic Article 1 to it.

2. Nonetheless, the title chosen for this contribution – “Much ado about nothing?” with a cautious question mark – would seem to

¹ This written contribution is mainly based on the oral communication. For this reason, it has been decided to focus on the draft bill and to include in footnotes only a few academic works.

For some commentaries made and published after the conference in Trento, see AFEC, *Les réformes du droit de la concurrence en questions*, Paris 20 juin 2013, with N. HOMOBONO, *L'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence*, in *Concurrences*, n. 3-2013, art. n. 53092, p. 54; M.-C. MITCHELL, J. RIFFAULT-SILK, S. PIETRINI, A. OUTIN-ADAM, H. LE BORGNE, *Vers une action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles: une première étape?*, in *Concurrences*, n. 3-2013, art. n. 53401. *Adde* S. PIETRINI, *L'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence*, in *Gazette du Palais*, 2013 (to be published).

belong to a bygone era. For forty years², we could not see anything coming in France, despite the announcements, the draft bills (so numerous that I have not even tried to count them), except for a joint representation action that has neither flourished nor been successful³. In short, much ado about nothing, or practically nothing.

3. However, if we rely on the current draft bill, which could still be changed⁴, the Rubicon has certainly been crossed for the French authorities, which is in sharp contrast to the last forty years of prevarication and abandoning of bills.

But it is being crossed gradually, particularly regarding the antitrust enforcement. As well as the introduction of the class action in principle – which is effectively a change in France – caution appears to have been the byword and to have guided the pen of those who drafted the bill.

This caution can be seen in the general idea of the class action introduced into the Consumer Code and designed for consumers (I). Furthermore, this caution is even more evident regarding the possibilities of using class action for anti-competitive practices. In this respect, and contrary to the bills initiated in other countries⁵, class action is not

² In 1983, the commission on the settlement of disputes concerning consumer matters issued a report aimed at introducing class actions into consumer law. The idea was then taken up by the Commission charged with revising the Consumer Code, but merely led to the adoption of joint representation action.

³ This kind of action, provided by article L.422-1 et seq. of the French Consumers Code, is almost never used by consumer associations empowered to exercise it. According to a DGCCRF report, only five actions of this kind have been brought in ten years. See J.-L. FOURGOUX, M. CHAGNY, *Competition law, private enforcement and collective redress in France*, in *AHRC*, www.clcpecreu.co.uk, n. 65 et seq.

⁴ Since the parliamentary process is still ongoing and the bill has not been passed yet, the choice has been made to refer only to the initial bill.

In addition, Article L. 423-2 of the Consumer Code provides for a class action to be introduced according to methods fixed by decree in the Council of State.

⁵ See in particular the UK example: DEPARTMENT FOR BUSINESS INNOVATION & SKILLS, *Private actions in competition law: a consultation on options for reform - government response*, January 2013. Comp. *The draft Consumer Rights Bill*, published by BIS on 12 June 2013 including provisions to implement the government's decisions on private actions in competition law.

incorporated in an overall approach aiming to strengthen *private enforcement*, but in a consumer law. Here again caution seems to have prevailed and there is room for us to wonder whether class action, as designed, is fully appropriate to competition law (II).

I. A cautious class action intended for consumers

4. One step at a time! The drafters of the bill appear to have made this their maxim.

While it promotes an effective class action in favour of consumers, in line with the previous bills (A), the draft bill has devised it with a great amount of caution (B).

I.A) An effective class action in favour of consumers

5. Let's not keep quiet about how happy we are, as this is an effective class action that is about to be recognised under French law. Article L. 423-1 of the Consumer Code enables action in "compensation for the individual damage suffered by a group of consumers, in an identical or similar situation, and caused by the same business, due to breach of its legal or contractual obligations". The idea is really to bundle their claims in a single collective redress procedure.

In line with the Commission recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (published later, on June 11, 2013), the French draft makes room for mediation, devised not as a mandatory preliminary stage, but as an option offered to the initiator of the class action⁶.

Furthermore, it is logically stated that the collective redress decision, whether it is issued in contentious proceedings or after media-

⁶ See Article L. 423-9 that states that they "may take part in mediation" (underlined by ourselves).

tion, has the authority of *res judicata* with respect to each member of the group⁷.

6. In addition, the draft bill contains some provisions relating to relationships between individual and collective actions. It provides suspension of the limitation of individual actions due to a class action⁸. It also indicates that belonging to a group does not preclude bringing an individual action for damage that does not fall within the field of the class action (e.g. non pecuniary damage, pain and suffering)⁹.

7. More eye-catching is the provision that is intended to preserve the right to take part in a class action by stating that “any clause aimed at prohibiting a person in advance from taking part in a class action shall be deemed invalid”¹⁰.

Therefore, the cautious approach is obvious in various aspects of the devising of this action intended for consumers.

I.B) A class action accompanied by precautions

8. This caution can be clearly seen on reading the bill, at times even in the style of the sentences used, but especially in terms of the field covered and the process for bringing the action.

⁷ Art. L. 423-14: «The decision mentioned in article L. 423-3 and that resulting from the application of article L. 423-10 also have the authority of *res judicata* with respect to each member of the group for whom the damage has been compensated at the end of the proceedings».

⁸ Art. L. 423-13: «The action mentioned in article L. 423-1 suspends the time limitation of individual actions for compensation of damage resulting from the breaches found by the ruling mentioned in article L. 423-3».

«The limitation period begins to run, for a period of no less than 6 months, from the day, as applicable, when the ruling issued pursuant to article L. 423-3 is no longer open to ordinary appeal or appeal in cassation or the approval referred to in article L. 423-10».

⁹ Art. L. 423-15: «Belonging to the group does not preclude the right to act according to the means of common law to obtain compensation for any damage that does not fall within its field of application».

¹⁰ Article L. 423-18.

9. First of all, regarding the field covered by class action, it should be pointed out that “only the compensation of material damage suffered by consumers as a result of one of the causes listed in paragraph 1 may be sought by this action, with the exclusion of that resulting from bodily injury”¹¹. It is true that non-pecuniary damages, where compensation is broadly admitted by French law, may seem more difficult to assess *via* a class action mechanism.

10. Therefore, the main choice has been made to place consumers at the heart of the mechanism, by making them the sole beneficiaries of class actions. This choice is also reflected in the inclusion of rules in the Consumer Code.

Consequently, there are strong limitations as regards standing. The entities, that are enabled to bring a class action, are carefully designated. The right to bring an action is reserved for consumer associations, that are representative at national level and approved pursuant to article L. 411-1¹². In other words, the initiative is narrowly restricted to a limited number of bodies. One can wonder whether this opening is wide enough.

This question may be asked insofar as the funding of the actions does not appear to be fully guaranteed¹³. There is room for thinking that the use of the class action procedure should be selective, being limited by the financial resources of the consumer associations, which are limited in themselves.

¹¹ Article L. 423-1 par. 2.

¹² Article L. 423-1.

¹³ It is only in the case where consumers obtain compensation through the association that “the judge may order the business to pay an allowance to be valued on the costs incurred by the association at the time of this action” (L. 423-3).

Art. L. 423-3: «The judge sets the time limits and methods according to which consumers may join the group and obtain compensation for their damage, either directly from the business whose liability is proven or through the association. In the latter case, membership of the group is valid as authorisation for the purposes of compensation in favour of the association and the judge may order the business to pay an allowance to be valued on the costs incurred by the association at the time of this action».

11. Secondly, regarding the conditions for bringing the action, we must begin – because this is an essential element – by highlighting that the French draft favours – contrary to the English draft bill but exactly as the subsequent Commission recommendation – an opt-in model of collective redress, that is to say the most reasonable and cautious option. Will belong to the group only those who have expressly consented to the proceedings.

12. Moving on to the stages that the class action procedure, we can merely observe, without going into details, for reasons of time, that the bill has adopted the system in two sequences with many safeguards to protect against frivolous or unmeritorious cases and in which the judge has an essential role.

As a first step relating to the liability, there is a strong process of judicial certification including a preliminary merits test. Pursuant to the draft, the judge should “find that the conditions have been satisfied and rule on the liability of the business”. He is also responsible for “defining the group of consumers with respect to whom the business’s liability is incurred, by setting the criteria for belonging to the group”. In addition, the judge must “determine the amount of the damages or any element allowing them to be assessed”. After checking the prerequisite, ruling on the liability, setting criteria for belonging to the group and determining the elements to assess the damage, the judge “orders, at the business’s expenses, all measures necessary to inform, by any appropriate means, consumers likely to belong to the group, of the decision issued”¹⁴.

13. However, the measures for making the ruling known to the consumers concerned by the action “may not be implemented until the time limits given for appeals have expired”¹⁵. This could easily last for several years in the absence of a procedure allowing matters to be speeded up, apart from article L. 423-5. But in fact, the cases likely to be affected by this particular rule appear to be limited because it sup-

¹⁴ Art. L. 423-3.

¹⁵ Art. L. 423-3.

poses that “the amount of individual damage suffered by each consumer is identical and that the number of these consumers is known”¹⁶.

14. At the final stage, when the time for settlement of the damages arrives¹⁷, “the judge who has ruled on liability solves any difficulties that may arise” and “rules on any requests for compensation that the business did not grant in the same ruling”¹⁸.

We should note that the judge’s intervention is also planned in the case of mediation: “Any agreement negotiated on behalf of the group is subject to the approval of the judge who shall check that it is in line with the interests of the consumers likely to belong to it”. This solution is certainly appropriate.

15. As we can see, the judge is the key-man in the mechanism. This undoubtedly explains why the authors of the bill have decided to centralise referrals in favour of “especially designated courts of first instance”¹⁹. The idea appears to be to reserve these cases, likely for the sake of efficiency, for the courts that have the resources for handling mass litigation.

It now remains to be seen whether the class action, designed for consumer law, is appropriate for competition law.

¹⁶ It is then provided for the judge, depending on the case, to:

«1. Order the business, at the request of the association, to pay the latter a sum corresponding to the total amount of individual damages, with the association being responsible for distributing this sum among the consumers who request it within the time limit set by the judge.

2. If the consumers have been identified and after having ruled on the liability of the business, set the criteria for belonging to the group and the amount of the damages, make provision for the business to pay direct, individual compensation within a specific time limit to the injured consumers, according to the methods set by the judge».

¹⁷ Art. L. 423-6: «The business shall pay individual compensation for the damage suffered by each consumer within the conditions and limits set by the ruling mentioned in article L. 423-3».

¹⁸ Art. L. 423-7.

¹⁹ Art. L. 211-15 of the Code of Judicial Organisation.

II. A (too) cautious class action appropriate for competition law?

16. Since it was not so obvious at the beginning, we should certainly be celebrating the fact that antitrust law has not been set aside by the draft and that the class action devised for consumer law has been “extended” to competition law, even though this extension, once again due to caution, is of a limited scope (A). Furthermore, the adaptation to competition law calls for certain reservations and is subject to criticism (B).

II.A) A limited extension to competition law

17. The draft bill contains a section 5 that is specially dedicated to the “class action taking place within the area of competition” and is made up of two articles.

More specifically stated is the damage caused “due to anti-competitive practices pursuant to Book IV Section II of the Commercial Code and Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union”²⁰. Consequently, unfair competition and restrictive practices do not fall within the field of the collective redress mechanism.

18. Nonetheless, the field of action is quite significantly restricted.

First, the bill includes a time restriction by providing that “the action brought (...) may not be made to compensate for the damage caused by anti-competitive practices that have been the subject of an infringement decision that became final before the entry into force of the (...) law”²¹. For instance, it will not be possible to bring a class action as far as the very famous Mobile cartel is concerned.

19. Second and more significantly, Article L. 423-11 provides unfortunately limitations on the right to bring a class action. According

²⁰ Art. L. 423-1.

²¹ Art. 2 - III.

to this provision, the action can only be brought before the judge on the basis of a previous final infringement decision which is delivered by a competent national or European Community authorities or courts against the business within a period of five years.

The five years limitation period does not call for any particular comment.

The choice has been to confine class actions to follow-on actions, taking place in response to an earlier infringement decision. It is true that, in this case, the proof of the antitrust violation, which is necessary for incurring liability and incumbent upon the plaintiff, will be facilitated, as indicated in article L. 423-12. This later article states: "In this case, the breach shall be considered as established for the application of article L. 423-3".

But it is not sufficient, in my view, to prohibit stand alone class actions. It would be better to allow them whether they are brought in reliance on a prior infringement decision or not.

In addition, as it is referred to an infringement decision, it clearly closes the door to any class action in the case of a commitment procedure since this procedure avoids a finding of guilt.

In view of the cases on which the Competition Authority ruled last year, it appears that the number of cases likely to be suitable for a class action is limited.

20. Nonetheless two questions arise regarding the interpretation of this provision.

First, as the draft refers to a national authority or court, it seems that it is possible to bring a class action, not only on the basis of a French or European decision, but also on the basis of another Member State decision. This would then mark a discreet rallying to the solution adopted by German law and would be in line with the Commission package published on June 11²².

²² See Art. 9 of the Proposal for a directive of the European Parliament and of the council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COMP (2013), 404 final.

21. The second question is related to the reference made by the draft to the authorities or courts. Does it mean that a class action can only be brought after an action introduced in the context of public enforcement, before a competition authority and which, where applicable, had led to an appeal before a court? Or more broadly, does it mean that a class action may also be brought after a private individual action directly brought before a court? A doubt exists in this respect that should be removed in order to clarify the provision²³.

22. However, in the case where it would actually be possible to act after an individual private action, it is regrettable that no arrangement has been made, for the time being, in order to shorten the time limits inherent in the overlapping of two sets of proceedings (an individual one and a collective one).

B) An adaptation to competition law subject to criticism

23. The legitimate choice of reserving the class actions for a limited number of courts begs a question: will the list of the “happy chosen ones” be the same as that already established for the implementation of antitrust law (that is eight courts of law and one court of appeal, that of Paris)? This would undoubtedly be desirable, at least regarding competition law, and could help to speed up the proceedings, which at present run the risk of taking too long.

24. Nonetheless, from a critical approach, we could consider that the adaptation to antitrust law is insufficient insofar since SMEs are excluded from the benefit of the class action. They are on an equal footing with consumers in relation to their ability to seek redress for anti-competitive practices.

Consequently, as far as entitled entities are concerned, it would be better to allow trade associations to act on behalf of businesses.

²³ Comp. Art. 9 of the Proposal for a directive that refers to «a final infringement decision by a national competition authority or by a review court».

25. Furthermore, some difficulties specific to competition law have been concealed or omitted in this consumer law approach. Unsurprisingly this concerns specially the difficulty of establishing causal link and the amount of the damage suffered as a result of the infringement.

First, while the choice has been made to reserve class action for consumers, no approach has been made concerning the difficult burden of proof in the event of passing on, when the intermediate buyer has passed the cartellised price on its own customers. One can wonder whether we should the burden of proof with a rebuttable presumption²⁴, but unfortunately nothing is said in the French draft.

26. Second and generally speaking, the main issue is the extent to which claimants should have access to documents in the NCA files to substantiate their claims. The proof risks being made more difficult insofar as the recent French legislation fully exempts leniency files from any disclosure and, more broadly, greatly reduces the possibility to obtain elements from the Competition Authority file in any case²⁵. It seems not to be exactly the case by case approach required by the Court of justice in order to find the right balance between the different interests²⁶.

26. Although I would have preferred a class action designed after an overall reflection on *private enforcement*, I must recognize that it is easy to criticise, but it is difficult to get the art of legislating right.

²⁴ Comp. Chapter IV of the Proposal for a directive, whose title is «Passing-on overcharges».

²⁵ See M. CHAGNY, *L'accès judiciaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles au dossier de l'Autorité de la concurrence*, in *Receuil Dalloz*, 11 avril 2013, n. 13. Comp. L. IDOT, F. ZIVY, *L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées: Etat des lieux deux ans après l'arrêt Pfeleiderer*, in *Concurrences*, n. 3-2013.

²⁶ See ECJ 6 June 2013, af. C-536/11, *Donau Chemie*; 14 June 2011, aff. C-360/09, *Pfleiderer*.

Nonetheless I have a dream that competition law will be taken more into account in the bill that is to be adopted by the end of the year. In that case, it will be my very great pleasure to talk to you again...

Sono venuto, ho visto e lo farò. Grazie mille per la vostra attenzione e per l'invito a Michele e Gian Antonio.

L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA IN ITALIA E NELL'UNIONE

LE AZIONI DI CLASSE IN ITALIA

*Marina Tavassi**

SOMMARIO: *1. Le fonti comunitarie; 2. Le azioni di classe in Italia: i precedenti del Codice del Consumo; 3. Le azioni di classe all'esito della riforma del 2009; 4. Il procedimento; 5. La legittimazione attiva; 6. L'omogeneità della classe; 7. La tutela delle microimprese; 8. La legittimazione passiva e l'azione collettiva nei confronti della Pubblica Amministrazione; 9. Le azioni di classe per illeciti antitrust; 10. Le class actions italiane ed il primo caso di condanna.*

1. Le fonti comunitarie

Con riguardo alle azioni collettive ed a seguito della posizione del Parlamento europeo¹, la Commissione europea ha di recente varato la Raccomandazione dell'11 giugno 2013², relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazione di diritti conferiti dalle norme dell'Unione.

* Si ringrazia la Dott.ssa Gaia Anna Maria Bellomo, dottoranda presso l'Università LUISS - Guido Carli di Roma, per la collaborazione prestata alla definitiva stesura del presente articolo.

Il testo della relazione al Convegno è stato aggiornato per la pubblicazione, al 31 luglio 2013.

¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012, 'Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi' (2011/2089(INI)): <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0021+0+DOC+XML+V0//IT>.

² Racc. 2013/396/Ue in G.U.U.E. 26.7.2013, L 201/60.

In tale Raccomandazione, la Commissione ha dettato una serie di principi comuni, disciplinanti meccanismi di ricorso collettivo negli Stati membri con l'obiettivo di garantire un approccio orizzontale coerente. Alla base di tale dichiarata posizione è posto il rilievo che adottare un approccio orizzontale permette di instaurare norme comuni sui ricorsi collettivi per tutti gli ambiti in cui spesso il danno è diffuso e in cui i consumatori e le PMI hanno difficoltà nell'ottenere un risarcimento. In forma propedeutica rispetto a detta Raccomandazione, la Commissione aveva adottato la Comunicazione "Verso un quadro europeo in materia di ricorsi collettivi"³ e la proposta di Raccomandazione relativa a principi comuni per meccanismi di ricorso collettivo inibitori e risarcitori negli Stati membri in caso di violazioni dei diritti conferiti dalla legislazione dell'UE⁴.

Dopo l'adozione di un Libro Verde sulle azioni di risarcimento danni derivanti dalle violazioni di norme antitrust⁵ e del Libro Bianco nel medesimo settore⁶, nel 2008 era stato adottato il Libro verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori⁷ e nel 2011 era stata condotta la consultazione pubblica dal titolo "Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorso collettivo"⁸.

Il citato Libro Bianco prospettava l'utilità delle azioni collettive, intese sia come azioni promosse da uno o più dei soggetti danneggiati, con il meccanismo cosiddetto *opt-in*, sia come azione rappresentativa promossa da soggetti terzi, siano essi associazioni o autorità pubbliche, nell'ambito delle *representative actions*, ove la rappresentanza può essere affidata ad enti pubblici indipendenti, organizzazioni che abbiano come scopo gli interessi tutelati, soggetti che possano ricevere una certificazione *ad hoc*. Il meccanismo previsto dal Libro Bianco

³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, "Verso un quadro orizzontale europeo in materia di ricorsi collettivi", COM (2013) 401 definitivo.

⁴ Raccomandazione della Commissione relativa a principi comuni per meccanismi di ricorso collettivo inibitori e risarcitori negli Stati membri in caso di violazioni dei diritti conferiti dalla legislazione dell'UE, C(2013) 3539 definitivo.

⁵ COM (2005) 672 del 19.12.2005.

⁶ COM (2008) 165 del 2.4.2008.

⁷ COM (2008) 794 del 27.11.2008.

⁸ COM (2010) 135 definitivo del 31.3.2010.

suggeriva che il risarcimento fosse corrisposto alla associazione o all'ente che agisse in giudizio, il quale poi provvederebbe all'indennizzo a favore dei singoli danneggiati.

Il Libro Verde sui mezzi di ricorso collettivo prospettava diverse soluzioni: la prima prevedeva l'assenza di un'azione comunitaria, limitandosi alle semplici informazioni sulle misure esistenti, nazionali e comunitarie, lasciando libertà per gli Stati membri; la seconda suggeriva la cooperazione fra gli Stati membri finalizzata all'adozione di una raccomandazione o una direttiva che stabilisse un insieme di criteri di riferimento ai quali tutti gli Stati si dovessero conformare; la terza soluzione, si fondava su una combinazione di strumenti cogenti e non cogenti, tesi anche al miglioramento dei sistemi alternativi di composizione delle controversie; la quarta, in termini più concreti, prevedeva l'introduzione di una procedura giudiziaria di ricorso collettivo, fondata alternativamente sulla scelta fra l'*opt in* o l'*opt out*, con ripartizione dell'indennizzo fra gli interessati ed esclusione dei risarcimenti punitivi e delle *contingency fees*.

Più di recente il *Working Document*, denominato *Public Consultation towards a coherent European approach to collective redress*⁹, ha indicato le azioni di *collective redress* come strumento per potenziare l'applicazione del diritto europeo, per tutelare i consumatori e gli operatori (*businesses*), in particolare le PMI. Il tema delle azioni collettive merita poi di essere inquadrato nel contesto più ampio dei progetti europei recenti e futuri, quali l'*Europe 2020 Strategy*¹⁰, l'*EU Council Document* del 10/11 dicembre 2009¹¹, il Regolamento n. 2006/2004 sulla cooperazione per la protezione dei consumatori, il Regolamento n. 805/2004 sulle ingiunzioni per le domande non contestate, il Regolamento n. 1896/2006 sul decreto ingiuntivo europeo, il Regolamento n. 861/2007 sulla procedura europea per i c.d. *small claims*. Inoltre, con riferimento a temi connessi meritano di essere ricordate la Direttiva 2008/52/EC sulla mediazione nelle materie civili e commerciali e la

⁹ SEC(2011)173 final, 4 febbraio 2011.

¹⁰ COM (2010)2020, 3.3.2010.

¹¹ 17024/09, *The Stockholm Programme - An open and secure Europe serving and protecting the citizens*.

Risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012¹², nonché l'Opinione del Comitato per il Mercato Interno e per la protezione dei consumatori del 12 ottobre 2011, tutti indicativi di un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi e conforme alla tradizione giuridica dell'Unione, nell'ottica dell'effettività della tutela dei consumatori/utenti e delle imprese nel mercato, della riduzione dei costi e del potenziamento della certezza giuridica, della creazione di un contesto normativo uniforme, così da evitare soluzioni differenziate in Europa e da prevenire il *forum shopping*. Le azioni collettive sono indicate come incentivo ai comportamenti virtuosi delle aziende, tramite l'effetto deterrente rappresentato da un'azione di classe efficace, suggerendo tuttavia un'adeguata salvaguardia nei confronti delle *abusive litigations*, l'esclusione dei danni punitivi e della *discovery*, del patto di quota lite e della cessione a terzi del diritto al risarcimento.

È interessante rilevare come nella citata Comunicazione del giugno 2013 la Commissione abbia voluto riassumere i principali punti di vista emersi nel corso della consultazione pubblica attuata dalla medesima Commissione, non senza dare conto della propria posizione su alcuni temi centrali relativi ai ricorsi collettivi. Nella Raccomandazione definitivamente varata, la Commissione ha invitato tutti gli Stati membri dell'Unione europea a dotarsi di sistemi di ricorso collettivo a livello nazionale basandosi su una serie di standard, "che dovrebbero essere comuni a tutta l'Unione nel rispetto delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri"¹³. Va tenuto presente che lo strumento utilizzato, appunto la raccomandazione, costituisce di per sé un atto non vincolante, che contiene solo un invito a conformarsi ad un determinato comportamento¹⁴. La Raccomandazione promuove, come si è detto, un approccio orizzontale, valido quale meccanismo processuale per le diverse istanze di tipo sostanziale che possano essere espresse mediante un'azione collettiva. Il suo contenuto si applica quindi, ma non solo, anche al diritto della concorrenza, materia per la quale sono state previste regole specifiche, giustificate dalle peculiarità di questo settore del

¹² 2011/2089(INI), *Towards a coherent European approach to collective redress*.

¹³ In tal senso il considerando 13 della raccomandazione. Il termine concesso per l'adeguamento è fino al 26 luglio 2015 (capo VII. Controllo e rendiconto, punto 38).

¹⁴ Secondo le indicazioni dell'art. 288 TFUE (ex art. 249 TCE).

diritto, nella Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'art. 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, pubblicata il 13 giugno del 2013¹⁵.

In data 11 giugno 2013, la Commissione aveva adottato una proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio¹⁶, avente ad oggetto la regolamentazione delle azioni per il risarcimento dei danni a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea. Il testo della proposta conteneva un esplicito riferimento alla necessità di disciplinare l'interazione fra l'applicazione a livello privato ed a livello pubblico dell'attuazione delle regole di concorrenza, come confermato dalle risposte delle parti interessate alla consultazione pubblica sul Libro bianco del 2008 in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie ("Libro bianco")¹⁷, nonché alla consultazione del 2011 riguardante un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi¹⁸.

La Raccomandazione infine pubblicata il 26 luglio 2013 in materia di ricorsi collettivi incoraggia tutti gli Stati membri a seguire i principi in essa contenuti, mentre la indicata Comunicazione in tema di risarcimento danni antitrust rimette alla discrezionalità degli Stati membri la decisione di introdurre eventuali azioni di ricorso collettivo nell'ambito dell'applicazione delle norme di concorrenza su iniziativa dei privati. Il nostro ordinamento sembra già in linea anche con tale indicazione, grazie all'espressa previsione contenuta nell'art. 140 *bis*, comma 2, lett. c) del Codice del Consumo ("L'azione tutela... c) i dirit-

¹⁵ COM (2013/C 167/07) in G.U.U.E. 13.6.2013, C 167/19.

¹⁶ COM(2013) 404 def. 2013/0185 (COD), 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.

¹⁷ COM(2008) 165 def. già citato; si veda anche il documento di lavoro dei servizi della Commissione allegato al Libro bianco, SEC(2008) 404.

¹⁸ Consultazione pubblica: "Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi" ("Towards a coherent European approach to collective redress"). Si veda: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/index_en.html.

ti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”).

La Raccomandazione in esame definisce¹⁹ cosa debba intendersi come ricorso collettivo, precisando che per tale deve intendersi “i) il meccanismo giuridico che offre la possibilità a due o più persone fisiche o giuridiche di agire collettivamente, o a un’organizzazione legittimata di intentare un’azione rappresentativa, per ottenere la cessazione di un comportamento illecito (ricorso collettivo di natura inibitoria); ii) il meccanismo giuridico che offre la possibilità, a due o più persone fisiche o giuridiche che pretendano di aver subito un pregiudizio in una situazione di danno collettivo, di agire collettivamente, o a un’organizzazione legittimata di intentare un’azione rappresentativa, per ottenere il risarcimento del danno (ricorso collettivo di natura risarcitoria)”. Nella Comunicazione più in generale il ricorso collettivo era definito come “un meccanismo processuale che, per ragioni di economia dei mezzi processuali e/o di efficienza dell’applicazione delle norme, consente di riunire in un’unica azione in giudizio varie controversie simili. Esso facilita l’accesso alla giustizia in particolare nei casi in cui il singolo danno ha un valore così limitato che i potenziali ricorrenti non lo ritengono tale da giustificare un’azione individuale”. Fra i pregi del ricorso collettivo la Commissione sottolineava il rafforzamento del potere negoziale dei potenziali ricorrenti ed il contributo che tale modalità può offrire all’efficiente amministrazione della giustizia, evitando il moltiplicarsi di procedimenti riguardanti controversie sorte dalla stessa violazione di norme giuridiche.

La Raccomandazione pubblicata distingue in modo espresso i ricorsi collettivi di natura inibitoria e quelli di natura risarcitoria, nonché le azioni rappresentative e quelle collettive.

È quindi rimarcata la distinzione, a seconda del tipo di controversia e del *petitum*, della natura inibitoria del ricorso, laddove sia destinato a produrre la cessazione di un comportamento illecito, ovvero della sua natura risarcitoria, se è finalizzato ad ottenere il risarcimento del danno subito. La Raccomandazione si dà carico di esaminare en-

¹⁹ Capo II. Definizioni e campo d’applicazione, punto 3 lett. a).

trambe le tipologie di ricorso collettivo, pur proponendosi di non interferire con i mezzi di natura inibitoria già in vigore negli Stati membri in virtù del diritto dell'Unione.

2. Le azioni di classe in Italia: i precedenti del Codice del Consumo

Il primo riferimento ad un'azione collettiva nella sua configurazione di azione rappresentativa può trovarsi nel nostro ordinamento nell'art. 2601 del codice civile, il quale assegna la legittimazione a promuovere le azioni per la repressione della concorrenza sleale alle associazioni professionali ed agli enti che rappresentano la categoria, per il caso in cui gli atti di concorrenza sleale pregiudichino gli interessi della categoria.

Più specificamente, l'embrione dell'azione di classe, quale di recente delineato, si trovava nella legge 6.2.1996 n. 52 (tutela del consumatore), la quale prevedeva le c.d. "azioni popolari" basate sulla legittimazione delle associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti e delle Camere di commercio, così come previsto dall'art. 1469 *sexies* c.c., che garantiva rimedi inibitori avverso l'uso di clausole vessatorie.

In seguito l'art. 3 della legge 30.7.1998 n. 281, Disciplina dei consumatori e degli utenti, ha espressamente introdotto le azioni a tutela degli interessi collettivi.

Il T.U. di cui al d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, Codice del consumo, oggi raccoglie le normative sopra ricordate.

L'art. 37 di detto Codice disciplina le azioni inibitorie collettive avverso l'uso di clausole generali di contratto abusive, indicando la legittimazione delle associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale, iscritte in apposito elenco (artt. 136-137), delle associazioni rappresentative dei professionisti e delle Camere di Commercio. Gli artt. 139/140 Cod. Cons. disciplinano l'azione generale collettiva a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, a fronte di atti e comportamenti lesivi dei loro interessi, indicando la legittimazione delle associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale, iscritte in apposito elenco.

L'azione inibitoria collettiva di cui all'art. 140 Cod. Cons. è poi stata estesa alla tutela degli interessi collettivi degli investitori connessi alla prestazione di servizi e attività di investimento, servizi accessori e gestione collettiva del risparmio dall'art. 32 bis del T.U. Finanza (d.lgs. n. 164 del 17.9.2007).

Si può ricordare come l'azione di classe²⁰, disciplinata dall'art. 140 bis Cod. Cons. come azione collettiva risarcitoria, nel testo anteriore alla riforma di cui alla legge n. 99/2009, prevedeva la legittimazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, iscritte in apposito elenco, delle associazioni e dei comitati adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere (secondo una valutazione implicitamente affidata al giudice), da esercitarsi mediante l'espressa adesione dei singoli (anche in appello). Dette associazioni ed enti potevano chiedere l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai consumatori/utenti, fra l'altro, per comportamenti anticoncorrenziali, quando fossero lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti.

Quanto alla fase decisoria dell'azione, era previsto che il giudice determinasse i criteri in base ai quali liquidare il risarcimento o le restituzioni e, ove possibile, la somma minima da corrispondere a ciascun interessato. La sentenza aveva effetti anche nei confronti di colore

²⁰ Per un approfondimento sul tema dell'azione di classe ante riforma si vedano i seguenti contributi: G. ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria, alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 2008, pp. 545 e ss.; R. CAPONI, *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 281; S. CHIARLONI, C. CONSOLO, M. BONA, P. BUZZELLI, *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, in *Foro it.*, 2008, n. 1, p. 23; A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008; A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, p. 240; M. RESCIGNO, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano*, in *Giur. Comm.*, 2005, fasc. 3, p. 418; P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. It.*, 2000, p. 2228; M. TAVASSI, *Tutela antitrust e azioni di danni*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO, *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali - Private enforcement of Competition Law*, Padova, 2012, p. 69 e ss.

che vi avevano aderito, con salvezza delle azioni individuali per quanti non avessero aderito o non fossero intervenuti.

A seguito della decisione, prima dell'ultima riforma, era rimessa all'impresa obbligata la facoltà di formulare una proposta che, ove accettata, diveniva titolo esecutivo. In caso contrario, il Presidente del Tribunale costituiva "un'unica camera di conciliazione" oppure avviava la "composizione non contenziosa presso gli organismi di cui al d.lgs. n. 5/2003 (riforma del processo societario)".

3. Le azioni di classe all'esito della riforma del 2009

La riforma di cui alla legge n. 99/2009²¹ ha innanzitutto posto un duplice vincolo temporale alla operatività delle azioni di classe, prevedendo che le azioni potessero essere proposte a partire dal 1° gennaio 2010 e che potessero riguardare solo gli illeciti compiuti a far tempo dal 16 agosto 2009.

Ulteriori modifiche sono più di recente intervenute a seguito del d.l. n. 1/2012 e della legge di conversione n. 27/2012. Il sostanziale insuccesso del meccanismo collettivo già ideato e le difficoltà riscontrate

²¹ Per un'analisi aggiornata dell'attuale disciplina dell'azione di classe, vedi: R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 383; C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis Cod. Cons. - Lineamenti processuali*, Padova, 2012; M. DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Resp. Civ. prev.*, 2010, p. 1932 e ss.; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140 bis cod. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 595 e ss.; S. MENCHINI, *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140 bis cod. consumo*, in *Il giusto proc.*, 2010, p. 815 e ss.; I. PAGNI, *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, 56, pp. 349 e ss.; R. RORDORF, *L'azione di classe nel novellato art. 140 bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 183 ss.; F. SANTANGELI, P. PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140 bis cod. cons.*, in *www.judicium.it*; V. TAVORMINA, *La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*, in *Obblig. e Contr.*, 2010, p. 246 e ss.; M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti di generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 103 e ss.

te dalle corti in sede attuativa hanno indotto il legislatore ad operare alcuni significativi emendamenti. Così è stata introdotta la possibilità di tutelare, non solo i diritti individuali omogenei (in precedenza “identici”) dei consumatori e degli utenti, ma altresì gli interessi collettivi, immutando appunto il requisito dell’identità delle posizioni con quello della loro omogeneità.

Così l’azione tutela:

- a) i diritti contrattuali nei confronti di una stessa impresa per coloro che versano in situazione omogenea (prima era detto “identica”);
- b) i diritti omogenei (già “identici”) spettanti a consumatori e utenti finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;
- c) i diritti omogenei (già “identici”) al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Queste aperture di carattere sostanziale hanno mantenuto nell’ambito della struttura già esistente le modalità di esercizio dell’azione. Risulta così ribadita la scelta del legislatore italiano per il sistema *opt-in*, nonché nei confronti di alcune regole preesistenti. Così ad esempio l’adesione comporta rinuncia ad ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale; che le rinunce e transazioni individuali non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno consentito; che i diritti dei non aderenti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo. Si può ancora ricordare come sia rimasta invariata la possibilità di agire anche senza ministero del difensore, non essendo tuttavia fino ad ora stata utilizzata una simile facoltà, che non sembra incoraggiata dalle difficoltà processuali che l’azione indubbiamente presenta.

La competenza è rimasta radicata presso i Tribunali aventi sede nel capoluogo della Regione in cui ha sede l’impresa (con alcuni accorpamenti²², secondo le indicazioni dell’art. 140 bis comma 4°); i Tribunali decidono in composizione collegiale, l’atto di citazione viene noti-

²² Per la Valle d’Aosta è competente il Tribunale di Torino; per il Trentino-Alto Adige e il Friuli Venezia Giulia il Tribunale di Venezia; per le Marche, l’Umbria, l’Abruzzo e il Molise il Tribunale di Roma; per la Basilicata e la Calabria il Tribunale di Napoli.

ficato anche al PM, il quale tuttavia può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità, svolgendo il suo ruolo di tutore dell'interesse generale.

È da rimarcare che la scelta operata a favore di alcuni tribunali indicati come competenti non ha inteso recepire come possibile riferimento le sedi giudiziarie (in n. di 12, di primo e secondo grado) già individuate come Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale, all'epoca vigenti a norma del d.lgs. n. 168/2003. E neppure i Tribunali delle Imprese, di recente istituiti con d.l. n. 1/12 e l. n. 27/12, in numero di ventuno (sempre di primo e di secondo grado, così ampliandosi il numero delle già esistenti Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale). Vero è che l'azione di classe nella maggior parte dei casi, se non nella totalità, si rivolge nei confronti dell'impresa, cosicché dette azioni ben avrebbero potuto essere ricondotte nell'ambito della competenza del Tribunale dell'Impresa (e così si era inizialmente ipotizzato). È comunque altrettanto vero che il contenuto dell'azione può riguardare sia le materie di competenza del Tribunale delle Imprese (in particolare antitrust e pratiche commerciali scorrette), sia materie del tutto diverse, quali ad esempio il risarcimento del danno da prodotto ovvero pratiche scorrette in settori eterogenei (assicurativo, bancario).

Indubbiamente l'intento del legislatore è stato ispirato alla necessità di contenere, se non evitare del tutto, il *forum shopping*, di individuare giudici "specializzati", concentrando la competenza solo sugli undici Tribunali indicati.

È rimasta opportunamente invariata la regola secondo cui il tribunale tratta e decide la causa in composizione collegiale (di tre magistrati), come pure la struttura del procedimento.

Espressamente è prevista la sospensione del procedimento quando sui fatti rilevanti è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente o un giudizio davanti al giudice amministrativo.

4. Il procedimento

È noto che la trattazione del procedimento segue un'articolazione che vede una prima udienza (c.d. filtro) la quale si conclude con un'ordinanza che valuta l'ammissibilità dell'azione²³. La declaratoria di inammissibilità è riservata ai casi di manifesta infondatezza, di conflitto di interessi, quando il giudice non ravvisa l'omogeneità (identità) dei diritti individuali, quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe²⁴.

Indubbiamente il profilo nuovo che suscita interesse è quello della omogeneità, per i cui approfondimenti si rinvia al paragrafo successivo.

L'ordinanza che decide sull'ammissibilità è reclamabile entro trenta giorni davanti alla Corte d'appello, dovendo la corte decidere entro quaranta giorni, con ordinanza in camera di consiglio. Il reclamo avverso l'ordinanza di ammissibilità non sospende il procedimento davanti al tribunale, che continua quindi il suo corso. Coerentemente con il carattere non del tutto definito voluto dal legislatore per il procedimento in oggetto non è dato sapere quali siano le modalità con le quali possa essere concluso il procedimento che nel frattempo fosse proseguito.

È previsto che laddove l'azione sia ritenuta inammissibile, l'ordinanza debba decidere anche sulle spese e ordinare “la più opportuna pubblicità” a cura e spese del soccombente.

²³ Per una visione di maggior dettaglio in merito agli aspetti processuali del procedimento per *class action*, vedi: R. CAPONI, *La riforma della “class action”. Il nuovo testo dell'art. 140 bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in www.judicium.it e, del medesimo Autore, per un paragone con la disciplina previgente, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, n. 5, p. 1218. Si veda poi L.P. COMOGLIO, *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, n. 2, p. 319 e ss.

²⁴ Tale requisito è stato interpretato come la «condizione di carattere economico inerente alla possibilità di sostenere gli oneri dell'azione di classe», da Trib. Torino, ord. 4.3.2011 e da App. Torino, ord. 23.9.2011. Mentre altre pronunce hanno affermato una presunzione di capacità economica per le Associazioni iscritte nell'elenco del MI-SE (Trib. Napoli 9.12.2011 e App. Torino 23.11.2011).

Per il caso in cui la Corte d'appello, in sede di revisione dell'ordinanza di inammissibilità, giudichi l'azione ammissibile, rimette la causa al Tribunale affinché adotti i provvedimenti volti alla prosecuzione dell'azione²⁵.

La Corte di Cassazione²⁶ è intervenuta escludendo la possibilità di ricorrere al giudice della legittimità avverso l'ordinanza di inammissibilità, in quanto quest'ultima è da considerarsi una «delibazione sommaria finalizzata ad una pronuncia di rito inidonea ad assumere la stabilità di un giudicato sostanziale o ad impedire la riproposizione dell'azione anche in via ordinaria». Ha tuttavia precisato che il ricorso per cassazione dell'ordinanza di inammissibilità è ammesso limitatamente alla statuizione sulla pubblicità e sulle spese.

Con la decisione di ammissibilità si apre la seconda fase dell'azione, il cui procedimento è disciplinato dal nono comma dell'art. 140 bis. Se l'azione è ammessa, il tribunale fissa i termini e le modalità della più opportuna pubblicità (a pena di procedibilità), ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe; definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio e specifica i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe ovvero sono esclusi. Fissa quindi un termine perentorio non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione sono depositati in cancelleria, essendo data la facoltà di deposito anche tramite l'attore o l'associazione che lo rappresenta. È prevista la trasmissione dell'ordinanza al Ministero per lo Sviluppo Economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet.

È espressamente escluso l'intervento volontario di terzi ai sensi dell'art. 105 c.p.c., nell'intento di evitare possibili dilazioni nel procedimento e di ricondurre la partecipazione al solo meccanismo dell'adesione, con esclusione di possibilità di intervento anche e soprattutto in adesione alla posizione del legittimato passivo.

Sono poi impartite alcune raccomandazioni per i giudici: l'ordinanza di ammissione determina anche il corso della procedura, che de-

²⁵ Un esempio si è avuto con l'ord. App. Torino, 23.9.2011.

²⁶ Cass. n. 9772 del 17.4-14.6.2012.

ve essere improntata a criteri di equità, di efficacia e di sollecita gestione del processo, nel rispetto del contraddittorio. Analogamente il Tribunale deve farsi carico di disporre le misure atte ad evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti difensivi. Al medesimo Tribunale è lasciata ampia discrezionalità nel regolare nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e nel disciplinare ogni altra questione.

La terza fase del giudizio è quella decisoria, cui è dedicato il 12° comma dell'art. 140 bis. Diversamente rispetto al meccanismo anteriore alla riforma del 2009 di cui sopra si è dato conto, il Tribunale, se ritiene di accogliere la domanda, procede direttamente alla liquidazione delle somme definitive dovute agli aderenti (secondo le indicazioni di cui all'art. 1226 c.c., e pertanto con valutazione equitativa) ovvero può limitarsi a stabilire il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione delle somme. Se accoglie l'azione nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, tiene conto delle eventuali relative carte dei servizi.

La sentenza diviene definitiva trascorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. Previsione che sembra indicare un termine eccessivamente lungo, dovendosi tuttavia aver presente la funzione cui detto termine è preordinato. Infatti, i pagamenti entro i predetti centottanta giorni dalla pubblicazione della pronuncia sono esenti da ogni diritto o incremento, anche per gli accessori di legge successivi alla pubblicazione.

Con la già ricordata l. n. 27/2012 è stata introdotta la possibilità che le parti raggiungano un accordo sulla liquidazione del danno. A tal fine il giudice, in caso di accoglimento della domanda, assegna alle parti un termine, non superiore a novanta giorni, per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno. Il processo verbale dell'accordo, sottoscritto dalle parti e dal giudice, costituisce titolo esecutivo. Scaduto il termine senza che l'accordo sia stato raggiunto, il giudice, su istanza di almeno una delle parti, liquida le somme dovute ai singoli aderenti.

Tale meccanismo, unitamente alle regole processualcivilistiche ordinarie ed alla legge nazionale in tema di mediazione²⁷, sembra attuare in modo sufficiente il sistema indicato dal punto 25 della raccomandazione del 26 luglio scorso che indica agli Stati membri di provvedere affinché le parti di una controversia in una situazione di danno collettivo siano invitate a transigere consensualmente o per vie stragiudiziali la controversia relativa al risarcimento, sia nella fase precedente al processo civile che durante quest'ultimo.

Nel giudizio d'appello può essere chiesta la sospensione dell'esecuzione a norma dell'art. 283 c.p.c. e quindi per "gravi e fondati motivi", essendo più specificamente previsto che la corte debba altresì tener conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, delle difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame, con la possibilità di disporre l'eventuale deposito delle somme (vincolate nelle forme opportune) fino al passaggio in giudicato della sentenza.

La sentenza fa stato anche nei confronti degli aderenti, mentre è fatta salva l'azione individuale di coloro che non hanno aderito. Non sono proponibili altre azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione, mentre le azioni proposte, davanti allo stesso tribunale, entro detto termine sono riunite. Altrimenti opera il meccanismo della cancellazione e della riassunzione entro il termine non superiore ai sessanta giorni.

5. La legittimazione attiva

La verifica della legittimazione attiva ai sensi dell'art. 140 bis comma I Cod. Cons. pone problemi interpretativi e sistematici.

A quasi quattro anni dall'introduzione dell'azione di classe²⁸ nell'ordinamento italiano, è possibile operare una prima valutazione del successo (o dell'insuccesso?) dell'istituto processuale in esame ed evi-

²⁷ Si pensi all'art. 185 c.p.c. ed al d.lgs. 4.3.2010, n. 28.

²⁸ Nel testo di cui alla legge 23.7.2009, n. 99, art. 49, in vigore dal 1° gennaio 2010.

denziare quali siano stati i profili di maggiore criticità riscontrati dagli operatori del diritto²⁹.

Dall'esame dei provvedimenti, resi in sede di prime cure e di reclamo, è dato osservare come la quasi totalità delle azioni di classe intentate in Italia non abbiano superato il vaglio di ammissibilità stabilito dalla norma al fine di operare un controllo giudiziale preliminare sulla sussistenza dei presupposti necessari per la trattazione nel merito dell'azione di classe.

Il controllo sui requisiti per la certificazione della classe presuppone che il Collegio operi *in primis* una valutazione in merito alla sussistenza dei presupposti processuali per la proponibilità dell'azione (art. 140 *bis* comma IX, lett. a).

L'art. 140 *bis* comma I Cod. Cons. conferisce la legittimazione a promuovere l'azione a ciascun consumatore o utente asseritamente leso dall'impresa convenuta (in una triplice tipologia di danni: da contratto, da prodotto e da illecito antitrust/pratiche commerciali scorrette), anche mediante l'associazione cui dà mandato o comitati cui partecipa³⁰.

Alcuni fra i primi procedimenti per *class action* sono stati proposti tramite l'associazione "Codacons" da parte del proprio presidente³¹ (in qualità di *leading plaintiff*) e da parte di uno dei suoi avvocati³².

²⁹ Alcuni Autori plaudono alla riforma che ha consentito il superamento della dimensione ultra-individuale della tutela degli interessi collettivi (riservata agli enti esponenziali di tali interessi con rimedio inibitorio) in favore di una dimensione risarcitoria individuale ad incidenza collettiva. Si veda in proposito: R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, c. 384; A. DONATI, *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, in *Contr. Impr.*, 2010, 938 e ss.; I. PAGNI, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, II, 354.

³⁰ Questa scelta legislativa ha segnato un punto di svolta rispetto al criterio di attribuzione della *legitimitas ad causam* nella versione della norma ante l. n. 99/2009: quest'ultima stabiliva che la stessa fosse di esclusiva competenza delle associazioni di cui all'art. 139, comma 1, Cod. Cons., o di quelle che, al pari dei comitati, avessero dato prova di poter adeguatamente rappresentare gli interessi collettivi fatti valere.

³¹ Cfr. Tribunale di Torino, 4.6.2010.

³² Cfr. Tribunale di Milano, 20.12.2010.

Quanto alla legittimità di una simile individuazione del soggetto proponente, il Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in materia di proprietà industriale e intellettuale (ora Sezione specializzata in materia di Impresa), ha avuto modo di precisare che: “deve escludersi che la sola circostanza che V.D. rivesta la qualifica di Presidente e legale rappresentante di ADUC sia idonea a sottrarre lo stesso dalla possibilità di farsi portavoce di una azione di classe esercitata per il tramite della predetta associazione. Se è vero che la qualifica di legale rappresentante di un'associazione non è sufficiente a legittimare il singolo per la promozione dell'azione di classe, d'altra parte una simile qualifica non può di per sé escludere tale soggetto dal proporre detta azione, laddove lo stesso si trovi nella posizione di essere personalmente leso nei diritti denunciati con l'azione in questione. Nel momento in cui V.D. si è reso acquirente di un personal computer già dotato del software preinstallato Windows 7 Starter, sia pure al fine di provocare una fattispecie a fronte della quale una categoria di consumatori potesse dirsi lesa dal comportamento denunciato, lo stesso V.D. si è venuto a trovare nella situazione di soggetto vittima del preteso abuso e, quindi, legittimato a promuovere l'azione per la tutela dei diritti della classe, ponendosi quale consumatore-capofila”³³.

L'art. 3 Cod. Cons., così come modificato dal decreto legislativo 23.10.2007 n. 221, nella definizione di consumatore, a cui viene oggi affiancato l'utente, recita: «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta». Questa definizione ha modificato il testo previgente, con il quale il legislatore riprendeva, senza apportarvi alcuna modifica, il testo dell'art. 1469 *bis*, 2° co., c.c., successivamente ribadito dall'art. 3 della legge 30.7.1998, n. 281, il quale definiva «consumatori e utenti: le persone fisiche che acquistino o utilizzino beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta», inserendo accanto all'attività imprenditoriale e professionale anche quella commerciale ed artigianale.

³³ Tribunale di Milano, Sez. Spec. PII (ora in materia di Impresa), *Donvito c. Microsoft*, 3.11.2011.

Innovando e meglio specificando la definizione di consumatore, il combinato disposto degli artt. 3 comma I lett. a) e V comma Cod. Cons. oggi vigente, individua il consumatore (utente) come la parte legittimata a proporre l'azione di classe, definendolo come la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta e comprende nella legittimazione anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali.

Appare quindi risolutiva l'individuazione del consumatore/utente nella persona fisica che lamenti un danno occorso al di fuori della propria sfera di attività economica e al medesimo direttamente e personalmente riferibile³⁴.

La legittimazione attiva a promuovere l'azione di classe "non è regolata in termini diversi da quelli propri di qualunque altra azione"³⁵ e può essere definita come la titolarità, in capo al consumatore promotore dell'azione di un diritto individuale leso dall'impresa o dal professionista convenuto in giudizio.

Caratteristica peculiare della *legitimitas ad causam* ai fini di cui all'art. 140 *bis* Cod. Cons. è la coincidenza del diritto che si assume leso con quello della classe, individuabile come il gruppo di consumatori e utenti portatori dei medesimi diritti individuali ed omogenei.

La comunanza del diritto leso, che si riverbera nella previsione di cui al VI comma in termini di inammissibilità dell'azione qualora il titolare non sia idoneo a rappresentare adeguatamente la classe, costituisce uno snodo problematico per il successo della *class action*³⁶.

³⁴ In merito alla legittimazione attiva nel procedimento per class action, seppur con riferimento alla precedente formulazione della norma, si veda G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento della nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, n. 3, p. 707.

³⁵ Trib. Torino, ord. 4.6.2010. L'ordinanza, confermata in appello (App. Torino, ord. 27.10.2010, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 519 e ss.) ha dichiarato l'azione inammissibile per mancanza di una lesione attuale degli interessi del preponente.

³⁶ Si vedano, oltre ai provvedimenti torinesi anche le ordinanze del Tribunale di Roma (del 25.3.2011) e del Tribunale di Torino (del 7.4.2011, in tema di commissioni di massimo scoperto), che hanno negato l'ammissibilità della domanda per difetto di interesse ad agire rispetto ad alcune delle circostanze prospettate, ed anche del Tribuna-

Tale comunanza si presenta come la principale innovazione della novella del 2009, che ha costituito in capo al singolo consumatore, che si fa portavoce dell'azione (della classe), la facoltà ed il potere di aggregare intorno a sé altre pretese risarcitorie simili scaturenti dai medesimi diritti soggettivi individuali, quando l'evento produttivo di danno assume una valenza plurisoggettiva.

Quanto al ruolo delle associazioni, mediante le quali il consumatore proponente può agire in giudizio, alcune pronunce hanno assimilato l'azione per il tramite dell'associazione all'istituto della rappresentanza processuale, affermando che: “la proposizione dell'azione mediante associazioni cui il consumatore dà mandato deve intendersi nel senso di permettere al consumatore di conferire ad associazioni il mandato ad agire in giudizio per suo conto, ma non anche di attribuire a tali enti una legittimazione ulteriore, che consenta loro di far valere nel medesimo giudizio lo stesso diritto già esercitato dal mandante”³⁷.

Tuttavia può notarsi come la lettera di cui all'art. 140 *bis* comma I Cod. Cons. espressamente stabilisce che il singolo consumatore/utente può stare in giudizio mediante l'associazione, senza che tale presenza di “supporto” possa configurare una sorta di duplicazione dal lato attivo, collocandosi al di fuori di qualsiasi ipotesi di rappresentanza sostanziale nel senso di cui all'art. 77 c.p.c.³⁸.

È stato notato come ogni potere di disposizione in merito ai più importanti atti processuali sia riservato all'approvazione individuale da parte dei consumatori, escludendo così la sussistenza di uno specifico mandato in tal senso³⁹.

Il ruolo dell'associazione, ben diverso da quello dell'ente esponenziale a tutela degli interessi collettivi (nelle azioni rappresentative),

le di Milano (8.11.2011, *Donvito c. Microsoft* e 20.12.2010, caso Voden), che hanno invece giudicato carente nei casi di specie la legittimazione passiva del contraddittore individuato in base alle prospettazioni di parte attrice, non potendosi ravvisare il ruolo di produttore in capo alle parti convenute.

³⁷ Trib. Torino, 4.6.2010, 7.4.2011 e 28.4.2011, poi riformata (ma non sul punto in esame) in sede di appello con ord. 23.9.2011.

³⁸ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Le disposizioni generali*, Torino, 2010.

³⁹ C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140 bis Cod. Cons.: lineamenti processuali*, Padova, 2012.

si configura come un'assistenza di carattere tecnico per il preponente, che si giova della struttura e delle cognizioni dell'associazione prescelta per il miglior successo dell'azione di classe.

Ulteriore argomento a favore di un'interpretazione attenta alla dimensione "protettiva" della disciplina consiste nel fatto che il VI comma prevede, come unica ipotesi di inammissibilità riferita all'associazione, l'impossibilità della stessa a curare adeguatamente l'interesse della classe, ovvero l'incapacità della stessa di facilitare il compito del preponente nella raccolta delle adesioni e nell'individuazione degli ulteriori soggetti titolari del medesimo diritto che si assume lesa. Tale previsione conferma che il ruolo dell'associazione finisce per assolvere alle esigenze organizzative che necessariamente l'azione di classe comporta.

Già in epoca precedente alla riforma del 2009, la Corte d'Appello di Milano aveva escluso la legittimazione del Codacons per aver aggregato domande che non riguardavano diritti dei consumatori che si presentassero in modo indifferenziato, escludendo altresì la configurabilità di un rimedio risarcitorio di carattere punitivo ex art. 27 l. 383/2000 (Disciplina delle Associazioni di Promozione sociale)⁴⁰.

Vale la pena sottolineare che, in assenza di una struttura idonea, difficilmente il consumatore singolo deciderebbe di proporre una domanda che dovrebbe essere sostenuta con costi che esorbitano dal *pay-off* risarcitorio auspicato, anche in termini pubblicitari.

Deve quindi concludersi che la legittimazione attiva spetti al consumatore/utente in quanto titolare di un diritto risarcitorio sorto in seguito ad un illecito, che costituisca la fonte identificativa di un numero indeterminato di pretese risarcitorie assimilabili alla prima quanto a contenuto e che possano essere aggregate grazie all'opera organizzativa e di sostegno di un'associazione di categoria.

Con specifico riferimento alle azioni di accertamento e di risarcimento del danno causato da illeciti anticoncorrenziali, il riconoscimento della legittimazione attiva del consumatore finale e delle associazioni rappresentative è stato il frutto di un percorso evolutivo della giurisprudenza che è partire dalle prime pronunce di legittimità ed am-

⁴⁰ App. Milano, sent. 3.5.2007, *Codacons c. R.A.S.*

ministrative, che avevano escluso la proponibilità di azioni di risarcimento del danno antitrust da parte sia delle associazioni dei consumatori (Cons. di Stato, sent. 30.12.1996, n. 1792), sia dei singoli consumatori finali (Cass., 9.12.2002, n. 17475). Con le sentenze delle Sezioni Unite del 2005 (Cass. S.U., 20.1.2005, n. 2207, su rinvio operato da Cass., decr. 17.10.2003, n. 15538, che aveva sollevato il conflitto fra le diverse sezioni della Corte) e del 2007 (Cass., 2.2.2007, n. 2305) è stato infine affermato l'espresso riconoscimento della legittimazione attiva del consumatore finale, che dimostri la sussistenza di un nesso causale tra il danno lamentato e l'illecito anticoncorrenziale, nonché l'ammissibilità dell'azione nell'ambito del termine ordinario di prescrizione previsto dall'art. 2947 c.c., con decorrenza dal momento in cui si sia formata un'adeguata percezione dell'illecito, ancorché questa sia maturata in un momento successivo al comportamento sanzionato.

6. *L'omogeneità della classe*

Merita di essere approfondito il tema dell'omogeneità della classe, requisito di recente introduzione nel sistema italiano, nell'ottica di ampliare le possibilità di azione collettiva.

La raccomandazione della Commissione europea sopra citata non prende posizione a tale riguardo, limitandosi a fare riferimento a ricorsi collettivi, a situazioni di danno collettivo, ad azioni di gruppo in cui l'iniziativa è congiuntamente presa da coloro che pretendono di aver subito un danno⁴¹, ovvero alle azioni rappresentative intraprese da organizzazioni appositamente certificate.

In "danno collettivo" è definito⁴² come la "situazione in cui due o più persone fisiche o giuridiche pretendono di aver subito un pregiudizio che ha causato un danno derivante dalla stessa attività illecita di una o più persone fisiche o giuridiche". Il riferimento sembra essere quindi alla identità della fonte di derivazione del danno, e quindi identità della condotta causativa.

⁴¹ In tal senso il considerando 17.

⁴² Vedi il già citato punto 3, lett. b).

Con riguardo alla verifica dell'omogeneità della classe introdotta nel nostro ordinamento, può dirsi che tale requisito comporta che la domanda sia dichiarata inammissibile se, ad un esame sommario, il giudice non ravvisa l'omogeneità ("identità" nella originaria formulazione della norma) dei diritti individuali tutelabili. Tale modifica da "identità" a "omogeneità" vale per i giudizi incardinati dopo il 25 marzo 2012. Indubbiamente il requisito dell'omogeneità rende la classe più ampia, dovendosi rilevare come il concetto di identità si identifichi in una verifica circa l'esatta rispondenza della *causa petendi* e del *petitum* ed implichi una minore discrezionalità nella valutazione⁴³. L'omogeneità è invece un termine atecnico, che richiama concettualmente la sussistenza di sufficienti elementi comuni, ma non necessariamente identici e che presenta quindi un margine maggiore di discrezionalità ed una maggior difficoltà per il giudice nel definire i requisiti della classe⁴⁴.

La disamina comporta la verifica dell'omogeneità della condotta illecita, dell'omogeneità del diritto leso per effetto di quella condotta, dell'omogeneità del pregiudizio subito in conseguenza della lesione⁴⁵.

Si può rilevare come già nelle prime pronunce applicative dell'originario testo normativo si fosse tentato di definire il concetto di identità dei diritti, talvolta facendo riferimento anche al concetto di omogeneità.

Così la Corte d'Appello di Torino, con l'ordinanza del 23.9.2011, aveva affermato che l'identità dei diritti "non deve essere intesa in senso letterale [...] ma verificata in relazione al *petitum* (da intendersi come oggetto di tutela e non già entità del danno) ed alla *causa petendi* (quale ragione giuridica posta a fondamento della stessa)".

Ancora nello stesso la medesima Corte (Corte d'Appello di Torino, 11.1.2012) si esprimeva approfondendo l'interpretazione resa con la precedente ordinanza, precisando che: "una posizione contrattuale [è] identica allorché il consumatore ha concluso contratti che, ancorché distinti ed autonomi, abbiano un contenuto omogeneo negli aspetti es-

⁴³ G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, V, p. 390.

⁴⁴ Sull'interpretazione del requisito dell'omogeneità, vedi: P. COMOGLIO, *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2007, 2, p. 320.

⁴⁵ In tale ultimo senso: Trib. Napoli, sent. 18.2.2013.

senziali, disciplinano diritti dello stesso tipo, oppure [allorché il consumatore] affermi la lesione seriale di diritti dei membri della classe provocata da un comportamento unitario, reiterato e costante dell'impresa convenuta”.

Più restrittiva appare la pronuncia della Corte d'Appello di Roma (27.1.2012), ove si legge che: “[...] di identità di diritti, quale requisito di ammissibilità, [può] discorrersi soltanto laddove le singole posizioni dei ricorrenti e dei possibili aderenti alla classe siano identiche sotto il profilo dell'an, rimanendo confinato alla fase di merito [...] l'unico ed unitario accertamento della pretesa e [...] l'eventualmente diversificato accertamento del quantum”.

Tale ultimo rilievo sembra condiviso dal Tribunale di Napoli con l'ordinanza 9.12.2011, laddove si è ritenuto che la differenziata posizione individuale in ordine allo specifico rapporto ravvisabile in capo ai singoli consumatori con riferimento alla misura e consistenza del risarcimento “attiene al merito della controversia e non al profilo formale dell'ammissibilità” dell'azione.

Il requisito dell'omogeneità induce ad operare un richiamo al concetto di *Commonality* del diritto statunitense⁴⁶.

La verifica della *Commonality* è attività centrale per il rilascio della *Class Action Certification* secondo la Rule 23 delle Fed. Rules of Civil Procedure, che impone di verificare *numerosity, commonality, typicality, and adequacy of representation* dell'azione proposta.

È noto che la certificazione della classe nel contenzioso americano impegna particolarmente i collegi di difesa, posto che ove l'aggregazione di molteplici domande in una sola azione può esporre il convenuto ad una responsabilità (*liability*) rilevante. È quindi facile espediente cercare di sottrarsi a tale responsabilità negando la presenza della *commonality*.

⁴⁶ Per una prospettiva sulla situazione statunitense: A. GIUSSANI, *Mass torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo della efficienza economica*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 315 e ss. e, del medesimo Autore, *Modelli extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1257 e ss. S.A. PERERA, *La class action negli Stati Uniti*, in *Quaderni Centro Ricerca per il Diritto di Impresa*, 6, 2007; M. TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2007, n. 2, p. 533.

Sinteticamente può individuarsi la *Commonality* nella situazione in cui ogni membro della classe vanta una pretesa giuridica che sottende questioni giuridiche e di fatto condivise con gli altri membri della classe.

Si suole quindi dire che la *Commonality* pone una questione di fatto.

Secondo la sentenza *Wal-Mart*⁴⁷ sussistono i requisiti della *Commonality* qualora sia verificabile il medesimo pregiudizio (*same injury*), la prospettazione di una tesi comune (*common contention*) e che detta prospettazione sia centrale alla pretesa risarcitoria di ciascuno (*Central issue to each of the claims*).

In tale situazione si può affermare la possibilità di gestire contemporaneamente le pretese di coloro che agiscono con l'azione collettiva (*All the claims can be litigated at once*).

La specificazione del requisito della *Commonality* offerta da tale pronuncia ha consentito di cogliere l'indicazione di un innalzamento dello standard della *commonality* (prima solo limitato all'accertamento della medesima questione di fatto o di diritto), con conseguenti ricadute in termini di difficoltà di accesso alla tutela collettiva, intesa come maggiore difficoltà nella presentazione di domande aggregate, nonché di riduzione dell'effetto deterrente della *class action*, dovendosi avere presente l'effetto vincolante della pronuncia per le corti inferiori.

7. La tutela delle microimprese

La legge n. 27/2012 ha inserito al comma I dell'art. 18 del Codice del Consumo, dopo la lett. d) dedicata alla definizione delle "pratiche commerciali fra professionisti e consumatori", un'ulteriore previsione sub d-bis), che qualifica le "microimprese" quali "entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno

⁴⁷ Si veda sul punto la sentenza *Wal-Mart Stores, Inc. V. Dukes*, 131 S. Ct. 2541 (2011) 564 US - (Docket No. 10-277), ove si legge che: "merely rising a common question is not sufficient to obtain class certification".

di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'art. 2, par. 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003".

Un altro intervento additivo, operato dalla stessa norma, riguarda l'art. 19 c. I con l'aggiunta, alla previsione delle pratiche commerciali scorrette riguardanti un prodotto, delle seguenti parole: "nonché alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese. Per le microimprese la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 3 agosto 2007, n. 145". In sostanza il nuovo testo ha esteso alle microimprese gli strumenti di tutela nei confronti delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive, attualmente previste a favore dei soli consumatori persone fisiche, precisando tuttavia che le stesse sono pur sempre delle imprese e che quindi per esse la tutela è da individuarsi "in via esclusiva" nell'ambito del d.lgs. n. 145/07.

8. La legittimazione passiva e l'azione collettiva nei confronti della Pubblica Amministrazione

L'art. 3 del Cod. Cons. definisce le figure del professionista (lett. c) e del produttore (lett. d), mentre non si fa carico di definire l'impresa, né richiama l'impresa quale destinataria dell'azione di classe. Tuttavia, è innegabile che, specularmente alla posizione soggettiva del consumatore/utente legittimato a proporre l'azione di classe, si pone quale legittimata passiva l'impresa, intesa nell'accezione più ampia della giurisprudenza comunitaria e recepita dalla giurisprudenza nazionale, che include oggi gli enti *no profit*⁴⁸, gli enti di gestione di interessi collettivi⁴⁹, gli ordini professionali⁵⁰ e le associazioni di categoria⁵¹.

⁴⁸ Cfr. App. Milano, ord. 5.2.1996, *Comis c. Fiera di Milano*.

⁴⁹ Si veda: Trib. Torino, sent. 20.11.1999, *Fond. Teatro Nuovo Danza c. S.I.A.E.*; App. Milano, sent. 10.12.2004, *Inaz/Ass. Cons. Lav.*; ed il recente caso Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, ord. 27.6-8.7.2013, *Enel c. Greenpeace*.

⁵⁰ Sul punto, App. Torino, sent. 11.7.1998, *AVI c. CEIAT*; App. Venezia, 14.10.2004, *Cons. distrettuale notarile*.

Sono stati invece esclusi dall'accezione di impresa gli enti con finalità politiche⁵².

Va fatto un cenno all'esclusione dal contesto in esame della pubblica amministrazione quale soggetto passivo dell'azione di classe di tipo civilistico, se non per il caso in cui l'amministrazione agisca *iure privatorum* e sia qualificabile come impresa, professionista o produttore.

Azione collettiva nei confronti della P.A. ha infatti una sua specifica previsione. La legge 4.3.2009 n. 15 (intitolata "efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni")⁵³ delegava il governo a prevedere una forma di azione collettiva nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, per il caso in cui una pluralità di utenti sia stata lesa dalla violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi⁵⁴.

In attuazione di tale delega il decreto legislativo n. 150 del 2009⁵⁵ ha introdotto nel nostro ordinamento una specifica azione collettiva da proporsi contro le inefficienze delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, avente una peculiare configurazione ed una peculiare disciplina processuale. L'azione, esperibile nei confronti di pubbliche amministrazioni eccezion fatta per Authority, presidenza del Consiglio e organi costituzionali, non è finalizzata ad ottenere un risarcimento, come nel caso dei ricorsi collettivi nel settore privato, ma mira ad ottenere un miglioramento nella produzione del servizio, affinché si adegui ai livelli del servizio pubblico richiesti, a prescindere dal-

⁵¹ In App. Milano, ord. 2.7.1998, *FIAVET c. Alitalia*; ord. 15.5.1996, *Auchan c. FAID*.

⁵² App. Bologna, ord. 18.7.1996, *Alinet e al. c. Com. Bologna*; App. Bologna, 30.9.1995, *Negrini e al. c. Cons. Prosciutto Parma*; App. Roma, ord. 12.4.1995, *Comitato Referendum c. Fininvest e al.*

⁵³ Per esteso: delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti.

⁵⁴ Sul tema, U. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 246 e ss.

⁵⁵ Vedi: d.lgs. 20.12.2009 n. 198.

la natura pubblica o privata del soggetto che in concreto detto servizio sia chiamato ad erogare.

L'azione va proposta davanti al giudice amministrativo, dopo l'invio di una diffida all'amministrazione o al concessionario affinché entro novanta giorni attui gli "interventi utili alla soddisfazione degli interessi". Trascorso tale termine ed entro un anno dalla scadenza si può avviare il ricorso.

Le domande che possono essere formulate non avranno un contenuto risarcitorio, bensì impositivo nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari, che sono chiamati ad adeguarsi anche mediante l'eventuale nomina di commissari.

All'atto della notifica del ricorso è onere della pubblica amministrazione e dei concessionari nei cui confronti è promosso il giudizio, procedere all'immediata pubblicazione, sui rispettivi siti internet istituzionali, di avvisi che diano notizia dell'esistenza del contenzioso, comunicando il ricorso, anche per via telematica, al Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione. Una volta accertata da parte del giudice la violazione, le amministrazioni interessate dovranno porre rimedio alle inefficienze ravvisate entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria.

L'effettiva efficacia di una simile azione non è stata ancora vagliata posto che allo stato il governo, in attesa di valutare gli obblighi derivanti dalle carte dei servizi e dagli standard qualitativi ed economici delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, ha rinviato l'applicazione delle azioni collettive a successivi decreti del presidente del consiglio.

9. Le azioni di classe per illeciti antitrust

Si può in astratto pensare che simili azioni possano nascere da intese che comportino un aumento del prezzo per i consumatori (nesso causale), ovvero da abusi di posizione dominante (imposizioni di pratiche commerciali scorrette, prezzi eccessivamente gravosi), o ancora da intese e abusi di carattere escludente (in relazione ai potenziali effetti

sugli *indirect purchasers* per i quali è evidente la difficoltà di provare il danno indiretto ed il nesso causale)⁵⁶.

Un primo caso di azione di classe riconducibile ad un'ipotesi simile è stato introdotto davanti al Tribunale di Milano nei confronti della Microsoft Italia s.r.l. Si tratta del già indicato caso *Aduc c. Microsoft*, conclusosi con l'ordinanza in data 20 ottobre 2011, che ha ritenuto l'azione inammissibile per erronea individuazione del soggetto legittimato passivo.

Secondo l'assunto del promotore (V.D. che agiva tramite ADUC), questi si era reso acquirente di un PC Netbook recante il programma preinstallato "Microsoft Wind 7 Starter", le cui condizioni tuttavia l'acquirente non intendeva accettare e per il quale chiedeva la disinstallazione e il rimborso della quota pagata all'atto dell'acquisto imputabile all'inserimento di detto programma sul netbook. Né il produttore del PC, né la Microsoft Italia s.r.l., cui detto acquirente si era rivolto, avevano risposto alla sua istanza. Deduceva pertanto il proponente che la Microsoft Italia (avendo egli deciso di convenire soltanto detta società) si era resa responsabile di un comportamento vessatorio, di pratica commerciale scorretta e di comportamento anticoncorrenziale, in termini di abuso di posizione dominante. Come sopra si è detto, l'azione era giudicata inammissibile per erronea individuazione del soggetto legittimato, che avrebbe potuto essere individuato nell'impresa che aveva venduto il PC ovvero nella Microsoft Corporation, da cui l'operazione dipendeva.

Un secondo caso in materia antitrust si è posto davanti al Tribunale di Genova. Con ordinanza in data 7 ottobre 2012, il Tribunale ha sospeso il procedimento avanti a sé seguendo la previsione di cui all'art. 140 bis, sesto comma, Cod. Cons., in attesa della decisione dell'AGCM.

Si tratta di un'azione di risarcimento del danno incardinata presso il Tribunale di Genova da sette consumatori per il tramite di una associazione (che avrebbe già raccolto 5644 "pre-adesioni").

⁵⁶ In argomento, G. AFFERNI, *Azione di classe e danno antitrust*, in *Merc. Conc. e Regole*, 2010, p. 491 e ss.

L'azione veniva posta come parallela all'istruttoria avviata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel maggio 2011 sul presunto cartello dei traghetti da e per la Sardegna⁵⁷. L'AGCM aveva deciso di avviare un'istruttoria nei confronti delle società Moby, Snav, Grandi Navi Veloci e Forship (quest'ultima nota grazie al marchio *Sardinia Ferries*), e delle loro controllanti, per verificare se avessero posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, finalizzata all'aumento coordinato dei prezzi per il trasporto passeggeri da/per la Sardegna. Le società oggetto dell'istruttoria rappresentavano i principali operatori attivi sulle rotte interessate dagli aumenti e ne rappresentano una parte sostanziale, non inferiore al 75% in termini di frequenze e al 60% in termini di passeggeri.

Al termine dell'istruttoria, l'AGCM – con la decisione dell'11 giugno 2013⁵⁸ – accertava “un parallelismo di condotte” da parte delle compagnie, che nell'estate di due anni fa “hanno tutte applicato incrementi significativi dei prezzi, generalmente superiori al 65% mentre negli anni precedenti le società avevano seguito strategie orientate alla concorrenza”. Il parallelismo nell'aumento dei prezzi, riscontrato nel corso dell'istruttoria, non era giustificabile se non con la indebita concertazione fra le imprese. Decideva quindi le sanzioni da imporre a ciascuna.

L'azione di classe dovrebbe quindi riprendere il suo corso, ancorché le società di navigazione abbiano prospettato di interporre impugnazioni davanti al TAR Lazio.

10. Le class actions italiane ed il primo caso di condanna

Dopo tre anni e mezzo dalla riforma del Codice del Consumo e dalla operatività dell'azione di classe come da ultimo strutturata, non può certo dirsi che tale tipologia di azioni collettive abbia trovato una significativa affermazione.

⁵⁷ Procedimento avviato nella seduta dell'11.5.2011 (I-743).

⁵⁸ Provv. n. 24405, pubblicato sul Bollettino n. 25/2013 dell'1.7.2013.

I dati raccolti⁵⁹ rivelano che, al momento attuale, sono state incardinate ventisei azioni di classe, di cui la metà non ha superato il vaglio dell'udienza di ammissibilità. A fronte delle quattordici azioni, che finora sono state giudicate ammissibili, soltanto una si è conclusa con una sentenza di accoglimento e di risarcimento del danno.

Finalmente con la sentenza del Tribunale di Napoli del febbraio 2013⁶⁰ è intervenuto il primo caso di accoglimento di un'azione di classe e di condanna del responsabile, trattandosi tuttavia di un'azione indubbiamente molto contenuta sia per numero dei partecipanti aderenti, sia per entità dei risarcimenti accordati.

Si è trattato di un caso di responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale del tour operator, quale produttore di un pacchetto viaggi "tutto compreso", formulata ai sensi dell'art. 140 bis lett. a) e b) Cod. Cons., per il c.d. "danno da vacanza rovinata".

L'ordinanza pronunciata il 7 ottobre 2011 aveva ritenuto l'ammissibilità dell'azione sotto il profilo di cui alla lett. a), ritenendo in diritto l'essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali allo "scopo vacanziero" giudicato preminente, secondo le indicazioni derivabili anche dalla giurisprudenza della Cassazione (Cass., sent. n. 10651/2008 e n. 16315/2007).

Con la sentenza definitiva veniva quindi affermata la legittimazione passiva del tour operator quale soggetto che aveva realizzato la combinazione degli elementi caratterizzanti la prestazione, prevedendo la normativa in vigore la responsabilità nei confronti del turista-consumatore sia dell'organizzatore sia del venditore.

In fatto era ritenuta sussistente la prova dell'inadempimento, o meglio dell'inesatto adempimento, per non aver trovato i turisti la disponibilità dell'albergo che avevano prenotato e per essersi dovuti quindi avvalere di strutture diverse e meno appetibili. Osservava ancora la sentenza che, di contro, la parte convenuta non era stata in grado di provare alcuna responsabilità in capo al consumatore o responsabilità di terzi, né aveva dedotto ipotesi di caso fortuito o forza maggiore.

⁵⁹ Fonte: Osservatorio permanente sull'applicazione delle regole di concorrenza - Contatore azioni di classe - <http://www.osservatorioantitrust.eu>.

⁶⁰ Sent. 7.1-18.2.2013, *M. Maggi e Unione Nazionale Consumatori + 32 aderenti c. Wecan Tour di GOA S.r.l.* (causa iscritta a ruolo nel 2010).

Il Tribunale riconosceva quindi la risarcibilità in astratto dei danni alla persona e di danni diversi, entro i limiti delle convenzioni internazionali. Operava una distinzione fra le posizioni in fatto dell'attore e degli aderenti-interventori: l'attore non aveva provato il danno patrimoniale emergente (in termini di spese aggiuntive, di cui avrebbe dovuto farsi carico) e gli riconosceva quindi il diritto a percepire il solo risarcimento per il danno patrimoniale da vacanza rovinata, nella somma liquidata in via equitativa di €. 1.300, in moneta attuale.

Quanto agli aderenti all'azione – definiti interventori – per ventuno di loro la posizione fatta valere nel procedimento non poteva dirsi identica a quella del proponente, onde ne conseguiva l'inammissibilità della domanda (l'azione era stata radicata *ante* riforma di cui alla l. n. 27/2012), ancorché il Tribunale decidesse di compensare le spese processuali.

Per altri undici aderenti la posizione poteva invece essere considerata identica, identica essendo la situazione di fatto. Anche a loro veniva liquidato un risarcimento individuale pari ad €. 1.300, in via equitativa e in moneta attuale. Al proponente e a detti interventori era accordato anche il rimborso delle spese processuali.

Si può considerare come questa pronuncia sia un primo passo verso la diffusione dell'azione di classe, essendosi finalmente conclusa in termini positivi per i consumatori danneggiati, anche se non ci si può esimere dal considerare il ridotto numero degli aderenti e la modestia del risarcimento a ciascuno attribuito.

Nel panorama generale si deve constatare che i numeri delle azioni ad oggi intraprese siano indicativi della scarsa conoscenza e diffusione del meccanismo collettivo di azione, che sicuramente stenta a decollare. Ciò probabilmente può essere imputato anche alla identità dei diritti da tutelare fino ad oggi imposta per gli aderenti, requisito che ha determinato i giudici ad una particolare severità nel valutare l'ammissibilità delle azioni. La nuova prospettiva dell'omogeneità potrebbe aprire scenari diversi. Un primo segnale in questo senso è possibile cogliere nelle notizie offerte on-line di azioni di classe future, per le quali vengono raccolte le prime informali adesioni, già delineatesi in numeri consistenti.

Si può quindi pensare che a breve i Tribunali italiani saranno chiamati a prendere posizione sull'ammissibilità e sulla fondatezza di azioni di classe che possano effettivamente assolvere al compito cui il legislatore comunitario e nazionale ha voluto destinare il meccanismo processuale in discorso.

L'AZIONE DI CLASSE DAL PUNTO DI VISTA DELL'ATTORE

PARTE I - LE AZIONI DI CLASSE NELLA PROSPETTIVA DEI PROPONENTI IN GENERALE

Beatrice Zuffi

SOMMARIO: *1. Breve rassegna delle principali difficoltà incontrate dagli attori nelle prime azioni intentate ex art. 140-bis cod. cons.; 2. Il profilo della legittimazione ad agire: la finzione dell'iniziativa spettante a ciascun consumatore/utente; ipotesi ricostruttive in merito al rapporto tra il proponente e l'associazione; 3. Il requisito dell'omogeneità delle pretese dedotte con l'azione di classe. La miniriforma del 2012 e le persistenti lacune dell'art. 140-bis cod. cons.*

1. Breve rassegna delle principali difficoltà incontrate dagli attori nelle prime azioni intentate ex art. 140-bis cod. cons.

L'esperienza dei primi anni di applicazione dell'art. 140-bis cod. cons. consente di trarre un bilancio provvisorio non entusiasmante, almeno nell'ottica dei proponenti^{*}. Delle ventitré azioni di classe di cui ad oggi consta la trattazione, undici hanno ottenuto una declaratoria di inammissibilità¹ e cinque sono state invece ammesse²; di quest'ultime,

^{*} Si tratta di un bilancio tratto con riferimento alla giurisprudenza disponibile al momento della stesura della presente relazione. Nel seguito del testo e delle note i dati risultano perciò aggiornati al 19 aprile 2013.

¹ Si segnalano qui le sole ordinanze edite: Trib. Torino, 4 giugno 2010 (*R., Codacons c. Imi San Paolo*), in *Corr. giur.*, 2010, 985 ss. e in *Giur.it.*, 2010, 2601 ss., confermata da C. App. Torino, 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 3530 e in *Corr. giur.*, 2011, 519 ss.; Trib. Roma, 25 marzo 2011, nn. 2784 e 2794, in *Foro it.*, 2011, I, 1189 (*R., G., Codacons c. Unicredit; R., Codacons c. Unicredit*); Trib. Torino, 7 aprile 2011 (*D. F., Codacons c. Banca popolare di Novara*), in *Giur. mer.*, 2012, 372 ss.; Trib. Roma, 11 aprile 2011 (*M., B., V., Codacons c. B.A.T. Italia S.p.A.*), in *Foro it.*, 2011, I,

due sono state già decise nel merito: una è stata rigettata³ e l'altra accolta⁴. Rispetto alle azioni che hanno superato la fase di filtro, peraltro,

3234 e in *Corr. Mer.*, 2012, 1172, confermata da C. App. Roma, 27 gennaio 2012, in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. - Appendice giurisprudenziale*, Padova, 2012, 501 ss.; Trib. Torino, 27 aprile 2011 (*D. F., Codacons c. Banca popolare di Novara*), in *Nuovo not. giur.*, 2011, 109; Trib. Roma, 20 settembre 2011 (*Comitato Pendolari FR 8° carrozza c. Trenitalia S.p.A.*), confermata da C. App. Roma, 28 novembre 2012, entrambe in www.classactionromanettuno.org; Trib. Torino, 31 ottobre 2011 (*I., C., ADOC c. Gruppo Torinese Trasporti S.p.A.*), confermata da C. App. Torino, 26 gennaio 2012, entrambe in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 467 ss. e 484 ss.; Trib. Milano, 8 novembre 2011 (*D., ADUC c. Microsoft S.r.l.*), in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 475 ss.; Trib. Roma, 25 giugno 2012 (*Ass. Federcons. Campania c. Ina Assitalia S.p.A.*), in corso di pubblicazione in *Corr. giur.*

² Trib. Napoli, 9 dicembre 2011 (*C., C., Asso-Consum Onlus c. Banca della Campania S.p.A.*), in www.ilcaso.it e in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 482 ss., confermata in sede di reclamo da C. App. Napoli, 29 giugno 2012; C. App. Torino, 23 settembre 2011 (*G., L., S., Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*), in *Foro it.*, 2011, I, 3422 in riforma del provvedimento emesso da Trib. Torino, 28 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 1888 e in *Corr. giur.*, 2011, 1109; Trib. Roma, 27 aprile 2012 (*R., Codacons c. Policlinico univ. Agostino Gemelli*), in www.sviluppoeconomico.gov.it. Delle altre cause di classe pendenti, che non sono state ancora "delibate" in sede di filtro, vale la pena qui segnalarne due: quella relativa alla domanda di risarcimento proposta mediante *Altroconsumo* e *La casa del Consumatore c. Onorato Partecipazioni S.r.l., Moby S.p.A., Marinvest S.p.A., Investitori Associati SGR S.p.A., Grandi Navi Veloci S.p.A., SNAV S.p.A., Lota Marittime S.A. e Forship S.p.A.* per l'accordo di cartello asseritamente posto in essere dalle compagnie di navigazione in merito alle tariffe dei traghetti da e per la Sardegna (in ordine a tale procedimento il Tribunale di Genova ha disposto la sospensione in attesa della conclusione dell'istruttoria dell'AGCM, che, nelle more della pubblicazione della presente relazione, è sopraggiunta: nella riunione dell'11 giugno 2013 l'AGCM ha infatti sanzionato le società su menzionate per l'importo complessivo di € 8.107.445, avendo accertato un parallelismo di condotte, volte ad applicare incrementi significativi dei prezzi, generalmente superiori al 65%, per i servizi di trasporto passeggeri nella stagione estiva 2011 sulle rotte Civitavecchia-Olbia, Genova-Olbia e Genova-Porto Torres) e quella riguardante la domanda avanzata tramite *Altroconsumo c. Trenord* per il risarcimento dei danni subiti da (sedici) utenti della rete ferroviaria lombarda in conseguenza a vari ritardi e cancellazioni dei servizi offerti dalla società convenuta (il relativo atto di citazione è stato notificato il 20 febbraio 2013).

³ Trib. Milano, 13 marzo 2012 (*Z., Codacons c. Voden Medical Instruments*), in www.ilcaso.it. L'azione di classe era stata ammessa con ordinanza del 20 dicembre 2010; entrambe le pronunce si possono leggere in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 418 ss. e 510 ss.

non si è riscontrato un reale successo in termini di raccolta dei *class members*, poiché le adesioni si sono limitate a poche decine (o addirittura unità) per ciascun processo.

Il numero piuttosto elevato di pronunce di *absolutio ab instantia* emesse in sede di filtro è, per un verso, riconducibile alla scarsa dimestichezza e all'approssimazione con cui le associazioni consumeristiche – di fatto le vere promotrici delle cause *ex art. 140-bis* cod. cons. – si sono approcciate al rimedio. Non potendo trarre un reale ritorno economico dalle iniziative in parola, ma abbagliate dall'immediato riscontro mediatico ad esse connesso, sovente le associazioni non hanno soppesato con la dovuta obiettività le *chances* di vittoria delle cause di classe e hanno trascurato il lavoro di preparazione e di analitica articolazione delle relative domande (che richiede la previa identificazione dell'illecito plurioffensivo addebitabile all'impresa, la verifica circa l'omogeneità delle situazioni soggettive riferibili a ciascun consumatore, la delibazione sulla plausibilità *in iure* della pretesa collettiva risarcitoria/restitutoria, nonché sui concreti risultati attingibili per i singoli *class members*, la pianificazione inerente la consistenza della classe e la raccolta delle adesioni, l'acquisizione delle prove sui fatti comuni rilevanti, etc.). È così capitato che alcune delle azioni esperite siano state dichiarate inammissibili perché il soggetto selezionato come proponente non era titolare della specifica situazione soggettiva isomorfa posta a fondamento della pretesa risarcitoria/restitutoria collettiva, come si è verificato nel caso *R.*, *Codacons c. Imi San Paolo*⁵ ovvero perché difettava della stessa qualifica di consumatore/utente, come emerso nel procedimento *Z.*, *Codacons c. Voden Medical Instruments*⁶.

⁴ Trib. Napoli, 18 febbraio 2013 (*Acquirenti pacchetto turistico villaggio Zanzibar, Unione Nazionale consumatori c. Wecantour*). L'azione di classe era stata ammessa con ordinanza del 7 ottobre 2011.

⁵ Trib. Torino, 4 giugno 2010; C. App. Torino, 27 ottobre 2010.

⁶ Trib. Milano 20 dicembre 2011 e 13 marzo 2012. In corso di causa, avviata da un'avvocata già operante per un centro studi dell'associazione mandataria (CODA-CONS), l'impresa convenuta ha eccepito che in lei mancava la qualità di consumatrice, poiché il suo acquisto del "vaccino" era stato effettuato al fine di preconstituersi le condizioni favorevoli all'avvio dell'azione *ex art. 140-bis* cod. cons. Il Tribunale di Milano nell'ordinanza del 20 dicembre 2010, con cui ha in parte ammesso la domanda risarcitoria collettiva proposta dalla signora (v. *supra* nota 1, in fine), ha dichiarato di ritenere,

L'altro fattore che, a mio avviso, ha concorso a determinare il relativo insuccesso del rimedio va ricercato in un certo atteggiamento di chiusura dimostrato da parte degli organi giurisdizionali aditi (specie di primo grado), che hanno opposto una strenua resistenza nei riguardi del

in astratto, assolutamente pertinenti le contestazioni sollevate da parte convenuta in ordine alla possibilità di riconoscere una effettiva posizione di “consumatore” nell’attrice: a qualificare la posizione soggettiva protetta dalla norma il dato obiettivo del puro e semplice “acquisto” va necessariamente integrato da una puntuale verifica delle finalità concretamente perseguite attraverso l’operazione in parola, in aderenza alle espresse indicazioni di cui all’art. 3 lett. a) cod. cons. Nel caso di specie, secondo i giudici milanesi, la questione effettivamente rilevante non stava affatto nella qualifica professionale dell’attore in sé considerata o più in generale nei rapporti pregressi che potevano esistere o essere esistiti tra l’attrice e il CODACONS, «ma piuttosto in una positiva valutazione dell’effettiva destinazione dell’acquisto di cui si discute (a fini di consumo proprio ovvero di occasione e strumento per l’esercizio di attività professionale, come certo ben potrebbe in astratto qualificarsi la mirata preconstituzione delle condizioni per l’avvio di una azione legale di carattere “esemplare”»)». Pronunciandosi definitivamente sul merito della causa, il Tribunale di Milano, con sent. del 13 marzo 2012, ha rigettato la domanda *de qua* poiché ha ritenuto non provata la qualità di consumatore nella proponente. L’impresa convenuta è riuscita a “smontare” la ricostruzione fattuale allegata nell’atto di citazione in relazione all’acquisto del presidio antiinfluenzale, mettendo in luce con contestazioni puntuali e controprove minuziose che l’attrice si era procurata il prodotto al solo scopo di promuovere l’azione di classe. I giudici milanesi, dopo averne atteso i riscontri nella fase di trattazione del processo, hanno così ribadito quanto preannunciato in sede di ammissibilità ossia che perché sussista la legittimazione ad agire *ex art. 140-bis* cod. cons. non basta allegare l’acquisto del prodotto dannoso o pericoloso o pubblicizzato in maniera ingannevole, ma occorre dimostrare che il prodotto è stato comprato per essere effettivamente consumato. Il principio che ne risulta affermato rischia, tuttavia, di introdurre un onere della prova a carico del consumatore non sempre agevolmente assolvibile. Forse il tribunale, in mancanza di una testuale previsione del presupposto di ammissibilità della *numerosity*, ha inteso far leva su tale argomento per rigettare l’ennesima *class action* non genuinamente partecipata da un numero consistente di consumatori. Il problema è che l’insufficiente partecipazione degli aderenti (constatata in quasi tutte le azioni di classe promosse in questi primi anni di applicazione dell’art. 140-bis cod. cons.) è probabilmente da imputare ai limiti immanenti all’accolto sistema di *opt-in* e in parte al (normale) regime della condanna alle spese: “sanzionare” le associazioni perché utilizzano strumentalmente l’azione di classe al fine di eludere la prevista legittimazione diffusa in capo ai singoli consumatori danneggiati (di esercizio assai rischioso e così concretamente impraticato) pare soluzione alquanto discutibile.

nuovo *modus procedendi* implicato dall'art. 140-*bis* cod. cons. – maggiormente pragmatico, elastico e scevro da formalismi rispetto a quello tipico del tradizionale paradigma del rito ordinario di cognizione. Un buon numero delle decisioni di inammissibilità denota un tuzioristico attaccamento alle tradizionali regole processuali, che vengono *ex abrupto* calate nel contesto dell'azione di classe, senz'affatto considerarne le peculiarità, con risultati che di fatto vanificano le finalità perseguite dall'art. 140-*bis* cod. cons. La cognizione delle cause di classe richiede uno sforzo particolare ed in parte inedito per l'esperienza degli uffici giudiziari civili italiani, ma affatto sostenibile e utile sia in termini di economia processuale che di accesso alla giustizia. Si tratta infatti di gestire in maniera efficiente la trattazione di un rapporto processuale oggettivamente complesso (in quanto concernente la lesione di una molteplicità di situazioni soggettive accomunate *lato sensu* dalla medesima *causa petendi*), ma pur sempre bilaterale: all'impresa si contrappone un attore (di solito coadiuvato da un'associazione), "rappresentativo" di una moltitudine di consumatori/utenti, rispetto ai quali è necessario predisporre e organizzare, tramite la cancelleria, un moderno sistema di "interfaccia" per l'afflusso delle adesioni e della relativa documentazione, per la notificazione dei più importanti provvedimenti, per la gestione delle eventuali rinunce o transazioni etc. Non di rado si è invece assistito al rigetto in sede di filtro di azioni di classe sulla base di iter argomentativi formalmente inappuntabili perché conformati a quelli consueti, ma poco persuasivi proprio perché meccanicisticamente trasposti e inadatti alla dimensione sovra-personale della tutela di classe: si allude alla discutibile operazione di sussunzione del mandato alle associazioni nella fattispecie della rappresentanza processuale volontaria regolata dall'art. 77 c.p.c. sostenuta nelle decisioni di prime cure dei casi *D.F., A.D.O.C. c. Banca popolare di Novara, G., L., S., Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo e Ass. Federcons. Campania c. Ina Assitalia S.p.A.*⁷ o alle oscillanti decisioni in punto di identità/omogeneità dei diritti deducibili *ex art. 140-bis* cod. cons. che si sono avute nelle cause *R., Codacons c. Unicredit, M., B., V., Codacons. c. B.A.T. Italia S.p.A., Comitato Pendolari FR 8° carrozza c. Trenitalia S.p.A., I., C., ADOC c.*

⁷ Di cui si parlerà nel § 2.

*Gruppo Torinese Trasporti S.p.A., G., L., S., Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*⁸, o, ancora, all’incapacità di assimilare e attuare nella sua “originalità” un istituto come quello dell’adesione⁹ (che talvolta viene considerata alla stregua di un intervento, con conseguente trasformazione del processo di classe in processo litisconsortile e condanna alle spese dell’aderente: v. Z., *Codacons c. Voden Medical Instruments e acquirenti pacchetto turistico villaggio Zanzibar, Unione Nazionale consumatori c. Wecantour*).

2. Il profilo della legittimazione ad agire: la finzione dell’iniziativa spettante a ciascun consumatore/utente; ipotesi ricostruttive in merito al rapporto tra il proponente e l’associazione

Dai provvedimenti citati emerge un dato tanto evidente quanto incontestabile ovvero che la regola della legittimazione in capo al singolo consumatore/utente costituisce una sorta di *fictio iuris*: nella realtà dei fatti nessuna delle azioni di classe è stata promossa in solitario da singoli soggetti lesi dalla condotta plurioffensiva addebitata alle imprese convenute. Nella quasi totalità dei casi l’iniziativa è stata assunta dalle associazioni di consumatori, che si sono procurate uno o più “teste di legno” da far figurare come proponenti: il consumatore/utente non ha infatti la forza economica e organizzativa per farsi carico degli ingenti costi del contenzioso collettivo, né l’interesse a rischiare una condanna alle spese, a fronte di un tornaconto individuale assai modesto (il risarcimento o la restituzione spettantegli). La soluzione della costituzione di un comitato *ad hoc* per l’esercizio dell’azione di classe sembra poi essere stata praticata solo in un paio di procedimenti. Si tratta di due cause “gemelle” promosse per vari disservizi subiti dagli utenti della rete ferroviaria del Lazio: nella prima (*Comitato Pendolari FR 8° carrozza c. Trenitalia S.p.A.*) la domanda è stata dichiarata inammissibi-

⁸ Di cui ci occuperemo nel § 3.

⁹ Sull’istituto dell’adesione si rinvia a Consolo, in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 132 ss. Cfr. da ultimo L. PELLE, *Lo status processuale di aderente nell’azione di classe ex art. 140 bis cod. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 955 ss.

le¹⁰, mentre la seconda attende ancora la pronuncia *ex art. 140-bis*, co. 6, cod. cons.

Occorre quindi interrogarsi su quale sia il ruolo che le associazioni consumeristiche possono svolgere nel processo *ex art. 140-bis* cod. cons. Un tema sul quale varie pronunce si sono soffermate, cercando di appurare la natura e il regime di validità del mandato che il consumatore/utente può rilasciare all'associazione per l'esercizio dell'azione di classe.

In particolare, di tale problema si sono occupate la prima sezione del Tribunale di Torino con tre distinte ordinanze emanate nel mese di aprile del 2011 (rispettivamente per le due vertenze *D.F., A.D.O.C. c. Banca popolare di Novara e G., L., S., Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*), la Corte d'Appello di Torino con l'ordinanza adottata il 23 settembre 2011 in sede di reclamo sempre nella causa promossa *c. Intesa Sanpaolo* ed infine la dodicesima sezione del Tribunale di Roma con la pronuncia del 25 giugno 2012 relativa al caso *Ass. Federcons. Campania c. Ina Assitalia S.p.A.*

Mentre i provvedimenti di primo grado si sono espressi a favore della tesi che riconduce il mandato conferito alle associazioni all'istituto della rappresentanza processuale volontaria, la Corte d'Appello torinese ha preferito seguire una diversa ricostruzione, che esclude l'applicazione dell'art. 77 c.p.c., argomentando che l'associazione non è chiamata ad agire in giudizio in nome e per conto del proponente, ma si limita a fornirgli un ausilio tecnico-organizzativo per la gestione di questo peculiare tipo di contenzioso.

Più precisamente, nelle ordinanze "sorelle" del 7, del 27 e del 28 aprile 2011, il Tribunale di Torino ha dichiarato l'inammissibilità delle domande proposte contro due diverse banche per le restituzioni e il risarcimento dei danni patiti da alcuni correntisti in conseguenza al-

¹⁰ Per infondatezza nel merito (relativamente alla richiesta di risarcimento dei danni non patrimoniali e patrimoniali esorbitanti i limiti previsti per la responsabilità del vettore dalla l. 911/1935) e per disomogeneità dei diritti fatti valere (riguardo al *petitum* risarcitorio dei danni patrimoniali inclusi nei limiti suddetti): Trib. Roma, 19 settembre 2011. In sede di reclamo c'è stata la condanna alle spese dei componenti del comitato, ferma la compensazione disposta per il procedimento di primo grado: v. C. App. Roma 28 novembre 2012.

l'applicazione di clausole, ritenute illegittime, inerenti il pagamento di commissioni per lo scoperto di conto. I giudici di primo grado hanno rilevato la carenza di capacità dei proponenti a curare adeguatamente l'interesse della classe ed escluso la *legitimatio ad causam* delle associazioni mandatarie. Le tre azioni erano state infatti esperite da utenti in proprio e mediante associazioni consumeristiche: in accoglimento delle eccezioni sollevate dalle banche convenute e sulla scia di un *obiter* contenuto nell'ordinanza del 4 giugno 2010, relativa alla prima azione di classe (*R., Codacons c. Imi Sanpaolo*)¹¹, il Tribunale torinese ha statuito che se il rappresentato è costituito in giudizio non v'è spazio per un suo rappresentante processuale nella medesima causa, in quanto non è consentita alla stessa parte una legittimazione processuale multipla. D'altro canto, anche a voler ammettere la contestuale costituzione in giudizio di rappresentato e rappresentante, secondo i giudici di prime cure il mandato conferito all'associazione non può ritenersi valido ai sensi dell'art. 77 c.p.c., poiché privo della necessaria investitura anche sul piano sostanziale. Alla luce di siffatte deduzioni, in ciascuna delle tre cause di classe, l'associazione "mandataria" è stata pertanto dichiarata priva di legittimazione processuale. Dovendo poi valutare *ex art. 140-bis*, co. 6, cod. cons., l'adeguatezza dei proponenti a curare l'interesse della classe, il Tribunale di Torino ha constatato che gli utenti attori non disponevano delle risorse necessarie per far fronte alle considerevoli spese del processo (come paradossalmente dimostrato proprio dal conferimento dei mandati alle associazioni) e ha perciò pronunciato l'inammissibilità delle domande per carenza di questo requisito.

Tuttavia, in sede di reclamo avverso l'ordinanza del 28 aprile 2011, la Corte d'Appello di Torino ha "rovesciato" il verdetto di prime cure, dichiarando l'ammissibilità dell'azione di classe promossa contro la banca convenuta. Il *revirement* ha tratto spunto da una tesi dottrinale

¹¹ V. Trib. Torino, 4 giugno 2010, secondo cui «se la legittimazione attiva è attribuita a ciascun esponente della classe, questi può agire per il tramite di associazioni cui dà mandato o di comitati cui partecipa, secondo il meccanismo della rappresentanza processuale»: l'ordinanza si può leggere in *Giur. it.*, 2010, 2601 ss., con note di A. RONCO e B. ZUFFI.

inizialmente isolata – che va però raccogliendo consensi¹² – secondo cui appunto l'associazione mandataria, ai sensi dell'art. 140-*bis* cod. cons., non è assimilabile ad un rappresentante processuale volontario, ma ad un ausiliario tecnico-organizzativo, la cui assistenza (facoltativa) si affianca a quella (obbligatoria) del difensore tecnico e non esige il previo conferimento di una procura *ad negotia* e *ad processum*, come invece prescritto dall'art. 77 c.p.c.

Sul ruolo delle associazioni nell'azione di classe si è pronunciato anche il Tribunale di Roma nell'ordinanza del 25 giugno 2012 (*Ass. Federcons. Campania c. Ina Assitalia S.p.A.*), con cui è stata dichiarata l'inammissibilità della domanda collettiva di risarcimento proposta contro una compagnia assicuratrice da un'associazione di consumatori per una pratica commerciale scorretta subita da due dei propri associati, aderenti all'azione. La compagnia era stata chiamata a rifondere i danni derivanti dall'omessa comunicazione della disdetta dei contratti assicurativi prima della scadenza annuale e dalla mancata consegna dell'attestato di rischio, poiché tale comportamento aveva privato i titolari delle polizze dell'opportunità di valutare in tempo utile la convenienza di offerte alternative. L'azione – promossa in nome proprio dall'associazione, che aveva chiesto il risarcimento innanzitutto a suo favore – è stata respinta per difetto di legittimazione attiva, in quanto il rimedio previsto dall'art. 140-*bis* cod. cons. è attivabile solo dai consumatori o dagli utenti appartenenti alla classe lesa dal comportamento addebitato alla parte convenuta: nel caso di specie i due assicurati aderenti avevano conferito all'attrice una procura ad agire in giudizio in loro nome (di cui, peraltro, non era stato fatto uso), ma non un mandato relativo al rapporto sostanziale dedotto in giudizio. Ritenendo applicabile la disci-

¹² Il collegio ha infatti sinteticamente mutuato la tesi sostenuta da Consolo in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 121 ss., in quanto i reclamanti avevano citato alcuni passaggi dalla versione provvisoria del testo, data loro in lettura prima della pubblicazione del volume. In dottrina hanno poi condiviso la soluzione interpretativa ivi proposta anche E. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, Padova, 2012, 89 ss.; G. SCHIAVONE, *Sulla legittimazione a proporre l'azione di classe e altre questioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 191 ss. e R. D'ANGIOLELLA, *Commento al comma 1 dell'art. 140-bis cod. cons.*, in E. CESARO, F. BOCCHINI (a cura di), *La nuova class action a tutela dei consumatori degli utenti. Commentario all'art. 140-bis cod. cons.*, Padova, 2012, 22 ss.

plina della rappresentanza processuale volontaria, i giudici capitolini hanno quindi riscontrato l'inosservanza dell'art. 77 c.p.c.

La soluzione avallata dalle quattro ordinanze di primo grado dei Tribunali di Torino e di Roma – che sussumono il mandato *ex art. 140-bis*, co. 1, cod. cons. nella fattispecie della rappresentanza volontaria processuale, in linea con quanto sostenuto anche da autorevole dottrina¹³ – si rivela, a mio avviso, capziosamente ingiusta¹⁴ e, soprattutto,

¹³ S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140 bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1424; R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 384; F. SANTANGELI, P. PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in V. VIGORITI, G. CONTE (a cura di), *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, Torino, 2010, 209; M.M. WINKLER, *L'azione di classe italiana: problemi teorici applicativi di una normativa difficile*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1687; dubbioso si mostra T. GALLETTO, *L'azione di (seconda) classe*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2009, II, 540 ss.

¹⁴ Sul punto leggi le condivisibili note critiche di E. MARINUCCI, *Il difficile decollo dell'azione di classe*, in *Corr. giur.*, 2011, 1114 ss., la quale stigmatizza l'eccessiva concentrazione dei provvedimenti in parola sulla situazione processuale del proponente. Secondo l'A. i normali limiti al dovere decisorio nel merito «dovrebbero attenuarsi o quanto meno assumere un diverso rilievo se la domanda, pur formulata da un singolo, non sia destinata a tutelare esclusivamente il suo diritto, ma potenzialmente anche (e soprattutto) i diritti di un numero imprecisato di consumatori ed utenti lesi dalla medesima condotta plurioffensiva»: le ragioni in virtù delle quali l'azione di classe merita di essere dichiarata inammissibile dovrebbero essere così circoscritte a quelle indicate nell'art. 140-bis, comma 6, cod. cons. Inoltre, vari motivi inducono a dubitare della correttezza delle conclusioni tratte in ordine alla supposta correlazione tra il potere rappresentativo sul piano sostanziale e sul piano processuale, in quanto l'interpretazione invalsa dell'art. 77 c.p.c. è in realtà dibattuta in dottrina e si giustifica in base a considerazioni che non si attagliano al processo di classe. Comunque, anche supponendo di condividere le valutazioni del Tribunale di Torino sul mandato conferito all'associazione *ex art. 140-bis* cod. cons., Marinucci non comprende perché, nel rilevare l'invalidità di tale procura, non sia stato applicato l'art. 182 c.p.c., che consente al giudice di provocare la sanatoria dei vizi di rappresentanza e ritiene ancora più censurabile la soluzione adottata in punto di adeguatezza del proponente, in quanto sottende l'idea (contraria all'art. 3 Cost.) che il singolo consumatore/utente possa curare adeguatamente gli interessi della classe solo se abbinato. Sotto il primo profilo va però osservato che, assumendo le premesse accolte dai giudici di prime cure, risultava incongruo emanare l'ordine *ex art. 182 c.p.c.*, poiché la costituzione in giudizio degli attori aveva “scalzato” la rappresentanza e reso ininfluenza il vizio che la inficiava.

non coglie la peculiarità del ruolo che le associazioni possono essere chiamate ad assolvere nel processo di classe.

Come noto, tre sono le modalità di proposizione dell'azione *de qua*: ciascun consumatore/utente appartenente alla classe danneggiata dall'illecito plurioffensivo addebitato all'impresa convenuta 1) può assumere e gestire l'iniziativa "in solitario" oppure 2) può agire mediante un'associazione cui dà mandato o 3) tramite un comitato al quale partecipa.

Come già rilevato, dall'esperienza maturata sinora risulta che la seconda opzione è di gran lunga la preferita, se non l'unica percorsa. Il legislatore italiano si è mostrato così avvertito del fatto che il singolo non vorrà né potrà sopportare da solo gli ingenti oneri di conduzione e gestione del contenzioso collettivo¹⁵, ma verosimilmente si farà coadiuvare (o addirittura cooptare) da un'associazione¹⁶. L'originale soluzione adottata in punto di legittimazione dall'art. 140-bis cod. cons.¹⁷ risulta

¹⁵ V. I. PAGNI, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 363 e E. FERRANTE, *La nuova "azione di classe" in Italia*, in *Cont. Imp. Eur.*, 2011, 17.

¹⁶ Come osserva Consolo in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 110, «in linea con l'esperienza statunitense, anche nel nostro ordinamento il c.d. *class representative* si dimostra piuttosto un personaggio emblematico, un portainsegna o – più prosaicamente – un attaccapanni, attorno al quale è destinata a coagularsi la capacità socio-economica e propulsiva di realtà più complesse e fatalmente "egoistiche"».

¹⁷ Dal raffronto comparatistico delle normative nazionali sulle azioni collettive emerge la contrapposizione tra i sistemi che riconoscono la legittimazione ad agire in capo a ciascun membro della classe lesa – come avviene nella legislazione federale statunitense e nelle discipline da essa derivate – e gli ordinamenti che invece attribuiscono la facoltà di promuovere tali cause ad organismi di rilevanza pubblica (tra cui spesso figurano le associazioni). Il nostro cod. cons. segue fundamentalmente il primo modello, ma introduce una variabile quasi inedita, quella, cioè, del possibile coinvolgimento di un'associazione "mandataria". Ad uno sguardo superficiale la soluzione apprestata sembrerebbe riecheggiare la disastrosa esperienza della *action en représentation conjointe* francese, ma le differenze sono fortunatamente significative. L'art. 422-1 del *Code de la Consommation* sancisce che, previo conferimento di procura da parte di almeno due consumatori, le associazioni di categoria di rilievo nazionale, possono agire in giudizio dinanzi a tutte le giurisdizioni della Repubblica per il risarcimento dei danni patiti dai mandanti. Come appare evidente, tale disciplina consente alle *associations agréées* (ovvero alle associazioni destinatarie di un provvedimento amministrativo di

però monca, in quanto né è previsto un regime speciale per la condanna alle spese – che “sgravi” il proponente dall’alea del processo collettivo – né vengono regolamentati i diritti e gli obblighi dell’associazione. Il disposto normativo lascia solo intendere che il consumatore/utente è l’attore del processo di classe e come tale dovrebbe essere l’unico legittimato a conferire e a revocare la procura all’avvocato, ma anche l’unico chiamato a sostenere le spese di giudizio in caso di rigetto della domanda¹⁸. Rimane, invece, appena abbozzato sullo sfondo il “mandato”

agrément) di promuovere, tramite un’unica *instance*, la tutela riparatoria dei *préjudices individuels* patiti dai consumatori che le hanno investite per iscritto del potere di agire in loro nome e per loro conto (in ossequio al principio per cui *nul ne plaide par procureur*). Peraltro, la raccolta di tale mandato non può essere “sollecitata” dall’associazione «par voie d’appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d’affichage, de tract ou de lettre personnalisée», sicché difficilmente i consumatori hanno notizia dell’iniziativa giurisdizionale, del resto quasi mai intrapresa dalle associazioni per indisponibilità di fondi (esse sono tenute, infatti, ad anticipare i costi processuali e sopportano anche l’alea della condanna alle spese in caso di rigetto dell’azione: v. B. GAMBINERI, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: l’esperienza francese*, in AA.VV., *Le azioni seriali*, a cura di S. MENCHINI, Napoli, 2008, 141 ss.). La regolamentazione contenuta nell’art. 140-bis cod. cons. italiano attribuisce, invece, la legittimazione ad agire al singolo danneggiato, il quale può facoltativamente farsi adiuvar da un’associazione. All’azione così promossa possono aderire vari altri consumatori/utenti titolari di diritti omogenei rispetto a quello fatto valere dal proponente, mediante il deposito di un atto in cancelleria, cui possono provvedere autonomamente o tramite l’attore (non tramite l’associazione, alla quale non sarà conferito alcun mandato da parte degli aderenti).

¹⁸ Per ovviare a siffatto inconveniente qualcuno ha peraltro invocato l’applicazione dell’art. 94 c.p.c., che consente di condannare personalmente i rappresentanti alle spese dell’intero processo, ovvero anche in solido con la parte rappresentata: V. TAVORMINA, *La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*, in *Obbligaz. e Contr.*, 2010, 246 ss. e G. AFFERNI, *Azione di classe e danno anti-trust*, in *Merc. Concorr. Regole*, 2010, 517. L’*escamotage* così individuato si rivela tuttavia spuntato, poiché la condanna del rappresentante ai sensi dell’art. 94 c.p.c. presuppone la ricorrenza – delibata discrezionalmente dal giudice – di «gravi motivi», cioè la violazione, da parte del *procurator*, del dovere di lealtà e probità ovvero la mancanza della normale prudenza che caratterizza la responsabilità aggravata di cui all’art. 96 c.p.c. (per tutte Cass., sez. un., 6 ottobre 1988, n. 5398). Al riguardo il Tribunale di Torino, con l’ordinanza di inammissibilità del 4 giugno 2010, cit. nt. 2, ha in effetti specificato che «non può trovare accoglimento la domanda di parte convenuta di condanna [dell’associazione] alle spese, trattandosi soltanto del rappresentante processuale dell’attore che, come tale, non ha assunto la qualità di parte». Cfr. A. GIUSSANI, *Il nuo-*

che costituisce la fonte del complesso rapporto eventualmente intercorrente con l'associazione.

La maggioranza dei commentatori ritiene appunto che codesto mandato vada "inquadrato" nella rappresentanza volontaria processuale¹⁹, anche se alcuni ricavano dall'art. 140-bis cod. cons. l'implicita volontà legislativa di ammettere – in deroga all'art. 77 c.p.c. – la validità di un'investitura meramente processuale dell'associazione, cioè non coinvolgente anche il potere rappresentativo sostanziale²⁰. Le pur diffuse ricostruzioni e descrizioni che assegnano all'associazione il ruolo di

vo art. 140-bis cod. cons., in *Riv. dir. proc.*, 2010, 596, secondo cui occorre «conferire senso al regime della legittimazione ad agire attraverso un congruo esercizio dei poteri discrezionali affidati al giudice in tema di liquidazione delle spese di soccombenza: nell'accogliere la domanda, il giudice deve tenere conto della dimensione collettiva della lite e della sua conseguentemente elevata complessità, liquidando in favore dell'attore cifre di ammontare idoneo a giustificare l'assunzione del rischio insito nel far valere anche i diritti altrui. Affinché possa riprodursi l'efficacia dell'esperienza statunitense deve peraltro auspicarsi anche la futura introduzione di regole che esplicitamente permettano di liquidare a carico del soccombente cifre considerevolmente inferiori in quei casi di rigetto della domanda in cui non si ravvisi vera e propria temerarietà della lite: un generale esonero dell'attore dalla responsabilità da soccombenza, corrispondente a quello americano, costituisce forse un eccessivo incentivo all'esperimento dell'azione (benché la diffusa idea che esso renda redditizie domande infondate sia stata completamente smentita dalle ricerche scientifiche sul punto), ma una ragionevole asimmetria fra le parti si giustifica ampiamente per riequilibrare l'asimmetria strutturale degli incentivi ad agire agevolmente riscontrabile nell'analisi classica del fenomeno del contenzioso seriale».

¹⁹ V. nt. 13.

²⁰ A. GIUSSANI, *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, 374; ID., *L'azione di classe: un primo bilancio*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1184; P. FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in P.G. DEMARCHI, *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Bologna, 2010, 496 ss. e R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, 58 ss., secondo cui la possibilità del mandato conferito alle associazioni «non altera l'assetto dogmatico del potere di azione» che va comunque riferito al proponente: si tratta di una deroga all'art. 77 c.p.c., perché origina una rappresentanza volontaria processuale disgiunta dalla rappresentanza sostanziale. L'A. inoltre aggiunge che tale mandato, in quanto conferito anche nell'interesse del mandatario (l'associazione), oltre che di terzi (gli altri consumatori potenziali aderenti), dovrebbe ritenersi soggetto al regime di irrevocabilità previsto dall'art. 1723, co. 2, c.c.

rappresentante processuale non tengono, tuttavia, nel debito conto le caratteristiche affatto peculiari del processo di classe e convincono poco anche dal punto di vista sistematico, piegando forzosamente figure antiche ad esigenze nuove e bisognose di ben altro “armamentario” logico.

In particolare, la tesi che invoca l'applicazione *de plano* dell'art. 77 c.p.c. si rivela inadeguata non solo in considerazione del compito affidato alle associazioni nel processo di classe, ma pure per il fatto che, assecondando questa lettura, la previsione dell'art. 140-*bis*, comma 1, cod. cons., in virtù della quale il consumatore può agire «anche mediante associazioni cui dà mandato», risulterebbe del tutto superflua. Essa si limiterebbe, infatti, a ripetere una regola generale già sancita nel codice di rito.

Sovviene inoltre la *ratio* dell'art. 77 c.p.c., che risponde all'esigenza di munire colui che opera nel processo dei poteri sostanziali di disposizione del rapporto dedotto in giudizio in vista del compimento di vari atti processuali che tali poteri presuppongono (come, ad es., il deferimento del giuramento, la prestazione della confessione, la stipulazione di un accordo transattivo o conciliativo della lite)²¹. Ebbene, avrebbe poco senso ritenere che, nel processo di classe, all'associazione “mandataria” debbano essere conferiti i poteri dispositivi negoziali inerenti comunque il solo diritto del proponente, soprattutto alla luce del comma 15 dell'art. 140-*bis* cod. cons., ove il legislatore si premura di chiarire che i più importanti atti processuali ai quali l'investitura rappresentativa negoziale dovrebbe essere preordinata, ovverossia le rinunce e le transazioni, abbisognano dell'approvazione specifica dei sin-

²¹ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Le disposizioni generali*, Torino, 2010, 17. Diversamente, C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, 179, giustifica l'art. 77 c.p.c. alla luce di ragioni di politica legislativa, dirette eminentemente ad evitare che «persone tecnicamente non qualificate assumano praticamente le funzioni del difensore». A tale rilievo replicava tuttavia F. CIPRIANI, *Sulla rappresentanza processuale volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1131, che si tratta di «spiegazione che non sembra dare il debito rilievo al fatto che, se può avere senso essere rigorosi nelle cause di stato, non sembra che, in tema di diritti disponibili, si possano porre, nel sostanziale silenzio della legge, eccezioni a principio della libertà di agire che è alla base del nostro ordinamento».

goli aderenti, che rimangono esclusivi custodi della loro autonomia negoziale.

D'altro canto, la soluzione che ravvisa nell'art. 140-*bis*, primo comma, cod. cons. una deroga all'art. 77 c.p.c., volta a consentire il conferimento all'associazione di un mandato esclusivamente processuale (senza previa o contestuale procura *ad negotia*)²² appare poco utile e forse persino incompatibile con la disciplina del giudizio collettivo risarcitorio/restitutorio, nell'ambito della quale si stabilisce che ad agire deve essere un consumatore o un utente appartenente alla classe danneggiata (*anche* mediante un'associazione) e che eventualmente le adesioni possono essere depositate tramite l'*attore* (e non anche tramite il suo rappresentante).

Sebbene questi argomenti interpretativi non appaiano dirimenti, la persuasività della tesi qui avallata risalta appena si constati che la presenza di un rappresentante processuale del proponente sfornito dei poteri dispositivi sostanziali non apporterebbe alcun vantaggio alla trattazione del contenzioso di massa ed anzi rischierebbe di complicare la compagine soggettiva dal lato attoreo (poiché perdurerebbero le incertezze derivanti dalla sempre possibile successiva costituzione del "rappresentato").

Come giustamente sottolineato dalla Corte d'Appello torinese nell'ordinanza del 23 settembre 2011 (*G., L., S., Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*), il rimedio di cui all'art. 140-*bis* cod. cons. realizza una nuova forma di tutela, che si connota per il contributo all'adeguatezza della risposta giurisdizionale ad un determinato bisogno di protezione²³. La considerazione di siffatta specialità dovrebbe ragionevolmente indurre l'operatore del diritto non solo ad applicazioni *cum grano salis* delle norme processuali ordinarie²⁴, ma anche a letture integrative o correttive

²² V. gli autori cit. alla nt. 20.

²³ Ove si legge: «situazioni di illegittimità generalizzate ed anche gravi, ma di scarso peso economico sulla posizione del singolo (c.d. *mass torts*)» divengono giustiziabili attraverso la «facilitazione dipendente dalla collettivizzazione dei costi, altrimenti antieconomici, per il singolo consumatore».

²⁴ Leggi anche E. MARINUCCI, *op. cit.*, 1117, la quale sostiene che l'art. 140-*bis* cod. cons. arricchisce «il nostro ordinamento processuale di un nuovo mezzo di tutela

ve dello scarno art. 140-*bis* cod. cons., purché funzionali alle esigenze di economia e di accesso alla giustizia colà perseguite. In una prospettiva ermeneutica orientata a garantire al massimo grado l'effettività della tutela giurisdizionale apprestata dall'azione di classe, si è così persuasivamente suggerito – con una soluzione avvalorata dalla cit. pronuncia di secondo grado – di accostare il mandato dell'art. 140-*bis* cod. cons., comma 1, alla procura *ad litem*, piuttosto che alla rappresentanza processuale volontaria dell'art. 77 c.p.c. «Il singolo danneggiato che intende promuovere un'azione di classe e a tal fine sceglie di avvalersi dell'operato di un'associazione non è [...] paragonabile a colui che fa agire in giudizio in nome e per conto suo un altro soggetto, investito pure del potere rappresentativo sostanziale in ordine al rapporto dedotto. Il consumatore o l'utente non cerca un *alter ego*, che compia in sua vece gli atti *ad negotia* e *ad processum* relativi al diritto al risarcimento o alla restituzione di cui vanta la titolarità, bensì, in ragione della peculiare complessità della causa di classe che si accinge a promuovere, egli mira ad “ingaggiare” al suo fianco un ente che, dato lo scopo statutario ed i mezzi di cui dispone, possa fornirgli un valido ausilio tecnico-organizzativo nella gestione della lite di massa. In altri termini, il mandato che il singolo danneggiato conferisce all'associazione non avrà ad oggetto il compimento degli atti giuridici necessari alla tutela del diritto che si assume lesa dall'illecito plurioffensivo commesso dall'impresa convenuta, bensì l'utilizzazione del complesso di persone e beni, compreso l'“avviamento” mediatico (basato anche sul precedente *track-record*), che connota l'associazione consumeristica ingaggiata e che risulterà indispensabile soprattutto al fine di introitare e gestire il più alto numero possibile di adesioni»²⁵.

La predicata possibilità di ricondurre il mandato del comma 1 dell'art. 140-*bis* cod. cons. al *genus* della c.d. rappresentanza tecnica comporta, al contrario di quanto sostenuto in primo grado dai Tribunali di Torino e di Roma, che nel processo di classe stia in giudizio il proponente, con l'assistenza (facoltativa, ma davvero raccomandabile) di un'associazione consumeristica qualificata, nonché con il ministero

così lontano dal processo individuale da non consentire la pedissequa applicazione al primo dei principi conati per il secondo».

²⁵ Consolo, in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 119-120.

(obbligatorio ai sensi dell'art. 82, secondo comma, c.p.c.) di un difensore: l'attore, l'eventuale associazione e il procuratore legale possono quindi essere simultaneamente presenti nel processo, nel senso che il primo non sta in giudizio «personalmente», bensì si avvale dell'ausilio organizzativo ed economico della seconda, oltre che dell'imprescindibile supporto tecnico-giuridico dell'avvocato.

In quest'ottica l'associazione “mandataria” non può essere esclusa dal processo per il solo fatto che è costituito il proponente, in quanto il rapporto intercorrente tra questi due soggetti sfugge alla classica ed elementare logica insita nell'art. 77 c.p.c. e ai relativi corollari. Non è dunque neppure necessario che l'associazione sia munita di procura *ad negotia* e *ad processum*, poiché essa è chiamata a fornire una peculiare forma di assistenza tecnica, diretta ad offrire al proponente un appoggio finanziario ed una struttura organizzativa di supporto per le attività di promozione mediatica dell'azione, per la raccolta delle adesioni e per la gestione dei rapporti con gli aderenti (quanto meno sotto il profilo informativo, non potendo tali soggetti rivolgersi direttamente all'avvocato, che non riceve da loro l'incarico defensionale e non è perciò onerato – né del resto sarà praticamente in grado, pena una babelica fatica – di riferire sulle vicende del giudizio).

Il caldeggiato accostamento con il patrocinio serve a marcare la differenza con la rappresentanza volontaria e a sottolineare il carattere tecnico dell'investitura, ma non significa, naturalmente, che all'associazione mandataria sia demandata la difesa giuridica del proponente. Il consumatore/utente attore non conferisce all'associazione alcuno *ius postulandi*, «poiché non le cognizioni giuridiche e la capacità difensiva dell'associazione interesseranno qui, quanto invece il suo assetto organizzativo, la sua esperienza e la sua rinomanza come ente istituzionalmente votato alla difesa degli interessi dei consumatori»²⁶. Il ruolo

²⁶ Consolo, in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 120 ss., il quale, richiamandosi agli insegnamenti di F. CARNELUTTI, *Figura giuridica del difensore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, spec. 82 ss., osserva che «così come il difensore è in sostanza un cooperatore/*nuncius* della parte, nel senso che si limita a “trasformare” in termini giuridicamente congrui la volontà dell'assistito – in ciò distinguendosi dal *procurator*, che forma ed esprime un volere in luogo dell'*absens* –, analogamente l'associazione è coinvolta nel processo instaurato dal singolo consumatore-utente, attore *ex art. 140-bis* cod. cons.,

svolto dall'associazione mandataria nell'azione di classe si potrebbe dunque definire anch'esso di "patrocinio" o "patronato", ma nel senso lato e non giuridico del termine che indica l'attività di sostegno da parte di un'istituzione²⁷.

Per meglio mettere a fuoco i punti di contatto del "mandato" *ex art. 140-bis*, primo comma, cod. cons., con la rappresentanza tecnica, vale la pena qui ricordare che il patrocinatore legale svolge un'attività che è per alcuni versi inquadrabile nell'art. 1704 c.c., ma per altri è riconducibile al ruolo di *nuncius* o, ancora, valorizzabile nel differente contesto concettuale dell'ufficio. Nessuno di questi schemi ricostruttivi, singolarmente considerato, può dirsi soddisfacente²⁸ ed, anzi, si è sotto-

comma 1, non per sostituirsi a lui, ma per coadiuvarlo nell'esecuzione di certi atti, che quest'ultimo da solo faticherebbe o non riuscirebbe a compiere».

²⁷ V. la definizione di patrocinio nel vocabolario *on-line* dell'Enciclopedia Treccani: <http://www.treccani.it/vocabolario>.

²⁸ V. F. MAZZARELLA, voce *Avvocato e procuratore*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, 3, il quale rileva che «sia che si adoperi lo schema del mandato con rappresentanza, oppure quello del *nuncius*, mero trasmettitore della volontà della parte (al tempo stesso che traduttore-interprete in linguaggio giuridico delle sue pretese), ovvero ancora dell'ufficio [...] sempre si finisce col concludere che residuano uno o più aspetti della figura del difensore che fuoriescono dallo schema prescelto» e *amplius* P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1943, 257 ss., secondo cui la procura *ad litem* dà senz'altro luogo ad una rappresentanza, che risponde all'interesse privato della parte difesa, ma anche all'interesse pubblico all'efficiente e alla corretta amministrazione della giustizia. Il patrocinatore non è solo il difensore dell'attore o del convenuto, ma anche un ausiliario del giudice, chiamato ad esercitare una funzione «disciplinata da norme di diritto pubblico, alle quali egli deve attenersi anche se fossero per avventura in contrasto colla volontà della parte». Si tratta dunque di una rappresentanza limitata agli atti del rapporto processuale (tant'è che il difensore «non può compiere atti che importano disposizione del diritto in contesa, se non ne ha ricevuto espressamente il potere»: art. 84, secondo comma, c.p.c.) e, quanto al modo di esercizio, determinata dalla legge (il su accennato carattere di indipendenza del patrocinatore si ritrova nel fatto che, pur essendo determinante la volontà del patrocinato al momento del conferimento dell'incarico, quest'ultimo – a differenza di quanto previsto nell'art. 1711 c.c. per il mandato comune – non può essere accompagnato o limitato da istruzioni relative al modo di esercitarlo: gli atti compiuti dal difensore in contrasto con le istruzioni eventualmente impartite sarebbero perfettamente validi e vincolanti per la parte. Leggi pure T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in AA.VV., *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, 711 ss.).

lineato come «non abbia senso chiedersi a quale delle figure note del diritto privato o pubblico [...] corrisponda il difensore: esso è una creazione tipica del processo, che ha la sua disciplina nella legge processuale: e solo con riferimento a questa può essere inteso»²⁹. Analoga commistione di elementi propri della dogmatica civilistica e pubblicistica – da calare e “riqualificare” nella peculiare realtà del processo di classe – si crede caratterizzi il “patrocinio” dell’associazione nell’azione *ex art. 140-bis* cod. cons. Il legislatore pare in effetti aver previsto questo mandato *sui generis* per sopperire alla fisiologica situazione di “incapacità economico-organizzativa” in cui versa l’attore collettivo rispetto alle impegnative incombenze su di lui gravanti nell’ambito del contenzioso risarcitorio collettivo³⁰, come, ad es., quelle relative all’attuazione della pubblicità dell’ordinanza emessa in sede di filtro ovvero alla raccolta delle adesioni che gli altri consumatori intendono depositare per suo tramite in cancelleria. L’associazione mandataria potrà assolvere a codesti oneri per conto del proponente, ma nondimeno godrà di una certa autonomia nell’espletamento dell’incarico, in ragione anche della propria vocazione statutaria di protezione degli interessi diffusi consumeristici³¹. Il mandato *de quo* presenta, infatti, indubbi connotati semi-

²⁹ Così S. SATTA, Sub *art. 77*, in ID., *Commentario al c.p.c.*, I, Milano, 1959, 277.

³⁰ Di solito si tende a giustificare la necessità del difensore legale con uno stato di *incapacità* o di minorazione della parte nel ponderare con serena e lucida ragionevolezza le strategie difensive da adottare nel processo o con la scarsa o del tutto assente perizia delle norme giuridiche e dei tecnicismi processuali. Cfr. F. MAZZARELLA, *op. cit.*, 3 ss., secondo cui, in realtà, l’idea dell’incapacità della parte come *ratio* dell’obbligo di patrocinio deve rinvenirsi nello «stato in cui la parte si trova, a prescindere dalla conoscenza che essa abbia, o no, delle leggi e della procedura, ovvero dell’emotività, vera o presunta, del suo carattere, ma per il solo fatto di essere, appunto “parte”. Sotto questo profilo si è di fronte ad un soggetto che per il momento non può esercitare il proprio diritto – e in tal senso ha bisogno dell’aiuto altrui – ma non tanto, o non soltanto, perché non saprebbe esercitarlo convenientemente, quanto perché è un diritto, come si suol dire “litigioso”. Il pensiero corre spontaneo al divieto di autotutela [...] per quanto questo vero e proprio topos del pensiero giuridico rischia di confondere più che chiarire i termini del problema».

³¹ Ad avviso della Corte d’Appello di Torino un’ulteriore conferma della bontà dell’interpretazione proposta si trae dall’introduzione della nuova ipotesi di inammissibilità per incapacità del proponente a curare adeguatamente l’interesse della classe. Nell’originaria versione della norma tale requisito non compariva, giacché la legittimazio-

pubblicistici, essendo l'associazione chiamata a fornire, non solo nell'interesse dell'attore, ma dell'intera classe dei danneggiati titolari di diritti omogenei rispetto al suo, un ausilio prezioso nell'espletamento di quella tutela giurisdizionale aggregata per adesione di cui all'art. 140-*bis* cod. cons.

Sembra così congruo ritenere che il riferimento al «mandato» contenuto nel primo comma della norma citata non debba essere letto come icasticamente ed esaustivamente teso a richiamare l'istituto disciplinato agli artt. 1703 ss. c.c., bensì come ellitticamente descrittivo di uno degli aspetti di un rapporto ben più complesso, nella cui regolamentazione il cod. cons. non si è purtroppo cimentato. Sarebbe opportuno che il legislatore definisse nei tratti essenziali i diritti e gli obblighi scaturenti in capo al proponente e all'associazione dal peculiare *munus* privato sotteso al “mandato” *ex* art. 140-*bis*, primo comma, cod. cons.: in particolare, sarebbe auspicabile una disciplina derogabile (dall'autonomia negoziale), che stabilisca chi è tenuto ad anticipare i costi della pubblicità, come si effettua il riparto delle spese in caso di rigetto della domanda e quale somma (o percentuale) sia distraibile dall'associazione nell'ipotesi di vittoria della classe³².

Vale forse la pena richiamare infine l'attenzione sul caso *Ass. Federcons. Campania c. Ina Assitalia S.p.A.*, posto che rispetto alle altre fattispecie decise dal Tribunale di Torino, qui l'azione non è stata intentata da alcuni consumatori in proprio e mediante un'associazione mandataria, ma direttamente da un'associazione, la quale ha fatto poi

ne ad agire era conferita alle associazioni iscritte nell'apposito elenco ministeriale ed alle associazioni e ai comitati sufficientemente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere. Nel tenore attuale dell'art. 140-*bis* cod. cons., oggetto di totale riscrittura ad opera della l. 99/2009, ad agire in giudizio è invece il singolo consumatore/utente, mentre le associazioni (senza nessun previo scrutinio legale o giudiziale circa la loro “rappresentatività” rispetto alle situazioni soggettive dedotte in giudizio) possono eventualmente essere chiamate ad offrire i loro mezzi organizzativi e finanziari a supporto del proponente. Di qui la necessità di un vaglio preliminare sull’“adeguatezza” dell'attore collettivo.

³² Cfr. P. SCHLESINGER, *La nuova “azione di classe”*, in *Corr. giur.*, 2011, 549, il quale rileva che sul rapporto tra il proponente e l'ente “mandatario” la legge nulla specifica, seppure appaia evidente all'A. che in qualche modo l'associazione sarà disposta a favorire l'attività del proponente o a contribuire a sostenerne i costi.

constare l'esistenza di due associati aderenti. La relativa domanda è stata respinta per difetto di legittimazione attiva, dato che l'azione *ex art. 140-bis cod. cons.*, a differenza di quella inibitoria collettiva degli artt. 37 e 140 cod. cons., non è esperibile dalle associazioni, ma è riservata ai soli consumatori/utenti lesi in loro diritti contrattuali o da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Ora, come noto, l'art. 6 del cit. d.l. 1/2012, convertito in l. 27/2012, ha apportato all'art. 140-*bis* cod. cons. alcune novità, tra cui l'inserimento, nel primo comma, della precisazione secondo cui l'azione di classe è volta a proteggere non solo i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti, ma anche «gli interessi collettivi». Siffatto intervento normativo ha indotto taluno ad affermare che il rimedio contemplato all'art. 140-*bis* cod. cons. potrebbe assumere una «geometria variabile»³³, atteggiandosi alcune volte come azione di classe in senso stretto, capace di aggregare diritti individuali omogenei, in altre occasioni assumendo i connotati di uno «strumento esponenziale», diretto a salvaguardare «interessi superindividuali, imputabili ad una pluralità indifferenziata di consumatori»³⁴.

Questa conclusione non sembra però condivisibile alla luce di varie considerazioni.

Occorre rilevare che il d.l. e la relativa legge di conversione non hanno minimamente intaccato il regime di legittimazione dell'azione, che rimane circoscritto ai singoli consumatori/utenti danneggiati dal comportamento dell'impresa convenuta. Né è stata mutata la funzione dell'istituto, che continua a cospirare al ristoro dei danni individualmente sofferti da consumatori titolari di diritti omogenei, come in effetti, si premura di ribadire, in maniera ridondante, il nuovo periodo innestato dal d.l. al secondo comma, a mente del quale «L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori»³⁵. Resta insomma del tutto esclusa la possibilità di un titolo esecutivo intitolato all'associazione mandataria, quale ente cui riferire in via esponenziale l'interesse superindividuale eventualmente leso o com-

³³ E. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 114.

³⁴ E. FERRANTE, *op. ult. cit.*, 11 ss.

³⁵ Cfr. A. GIUSSANI, *L'azione di classe: un primo bilancio*, cit., 1184.

presso. Né pare agevole ipotizzare, nel contesto di un'azione di classe con *opt-in* qual è quella disciplinata dall'art. 140-*bis* cod. cons., che il singolo consumatore proponente possa vedersi riconoscere un risarcimento per il *vulnus* arrecato (anche) all'interesse collettivo, imputabile per antonomasia ad una schiera di soggetti indefinita o comunque ben superiore a quella concretamente aggregatasi attorno a lui mediante la raccolta delle adesioni³⁶.

L'impressione è che la disinvoltura lessicale e logica che caratterizza ormai da decenni l'attività parlamentare italiana abbia ancora una volta assestato un colpo³⁷. Volendo comunque rinvenire nell'inter-

³⁶ Cfr. A. GIUSSANI, *op. ult. cit.*, 1184, al quale appare assai "avventurosa" l'idea che in base alla norma attualmente vigente si possa giustificare «una liquidazione equitativa da distribuire "a pioggia" agli "utenti consumatori" come avviene con il *fluid recovery* nelle *class actions* statunitensi in cui la funzione di deterrenza civilistica delle condotte illecite prevale sulla funzione di economia processuale».

³⁷ Sottolinea l'incoerenza del legislatore anche A. GIUSSANI, *op. ult. cit.*, 1184, secondo cui «l'evocazione dell'interesse collettivo era già impropria e fuorviante nella prima versione della disciplina, in cui comunque si rinvenivano delle ambiguità; nel contesto della disciplina introdotta nel 2009, coerentemente orientata nel senso che nulla c'entrino gli interessi collettivi, la loro resurrezione delizia i cultori dell'ossimoro ma mette a dura prova l'interprete benintenzionato». Cfr. E. FERRANTE, *op. ult. cit.*, 59 ss., il quale riconosce che «la regola della legittimazione diretta di "ciascun componente della classe" crea qualche stonatura» rispetto all'apertura dell'istituto alla salvaguardia degli interessi collettivi. Il proponente trarrebbe dalla nuova formulazione della norma una sorta di investitura esponenziale, perché facendosi portatore dell'interesse collettivo agisce in nome proprio per la difesa d'interessi che travalicano la sua sfera; tuttavia, per l'attuazione di simili situazioni «apparirebbero certamente più idonee le associazioni o comunque soggetti pluripersonali privi di interesse proprio, e statutariamente volti a perseguire finalità generali». Ad avviso di questo A. (leggi 114 ss.), si riscontrerebbero, poi, ulteriori «scompensi» e «aberrazioni» nella proposizione di un'azione di classe diretta a tutelare tanto interessi collettivi quanto diritti soggettivi, poiché se l'attore di classe fa valere pretese di carattere soggettivo, la domanda dovrà rispettare i confini tracciati dall'art. 140-*bis*, co. 2, lett. a), b), c), cod. cons., mentre se si fa esponente di un interesse superindividuale, «l'azione non avrà limite alcuno e spazierà lungo tutto l'asse dei beni e degli interessi protetti», potendo coprire l'intera gamma dei diritti fondamentali enunciati dall'art. 2 cod. cons. Ma allora, osserva Ferrante, dinanzi ad un illecito lesivo sia di diritti individuali omogenei facenti capo a più consumatori sia di un interesse collettivo, potrebbe aversi una pronuncia di inammissibilità della domanda per quanto concerne la tutela delle situazioni soggettive individuali (in quanto non ricadenti

polazione operata al co. 1 una *ratio* conferente con l'aggiunta contestualmente apportata al co. 2 e con la proclamata finalità di potenziare l'efficienza dell'azione di classe, si può forse pensare che la riforma miri a rendere esperibile il rimedio per la tutela di diritti (individuali) realmente diffusi tra i consumatori o gli utenti. In altre parole, il riferimento agli interessi collettivi potrebbe semplicemente esprimere l'esigenza che la classe per la quale si avanza la domanda collettiva di risarcimento o di restituzione abbia una certa consistenza o *numerosity* e non si limiti a dedurre in maniera aggregata le pretese di uno sparuto gruppo di consumatori/utenti danneggiati³⁸.

Tale lettura, unitamente a quella che svincola il mandato delle associazioni dall'applicazione dell'art. 77 c.p.c., potrebbe finalmente rimuovere (se non tutti, alcuni degli) ostacoli frapposti al "decollo" dell'azione di classe, la cui prassi si è rivelata sinora abbastanza deludente. In molti casi si è in effetti riscontrata una certa "debolezza" delle classi concretamente "rappresentate", data l'esigua quantità (se non la totale assenza) di aderenti: con la modifica introdotta al primo comma dell'art. 140-*bis* cod. cons. si tende a prevenire il ripetersi di siffatte situazioni, esigendo che accanto al diritto fatto valere dal proponente si addensino un discreto numero di situazioni soggettive omogenee cui ricondurre appunto la sussistenza di un interesse collettivo o significativamente diffuso. L'affermazione della tesi che ricostruisce il mandato delle associazioni in termini di patrocinio tecnico – non comportando il rispetto dei formalismi previsti nell'art. 77 c.p.c. e complicazioni eccessive sotto il profilo della *legitimatio ad causam* – dovrebbe poi rendere statisticamente meno infausto il procedimento preliminare di ammissibilità, consentendo al proponente di avvalersi con successo del fattivo (e spesso essenziale) aiuto di un ente finanziariamente attrezzato e organizzato, statutariamente votato alla tutela dei consumatori.

nelle categorie descritte alle lett. a), b. e c) del co. 2 dell'art. 140-*bis* cod. cons.) con prosecuzione della procedura relativamente alla tutela dell'interesse collettivo.

³⁸ V. ZUFFI in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 54 ss.

3. *Il requisito dell'omogeneità delle pretese dedotte con l'azione di classe. La miniriforma del 2012 e le persistenti lacune dell'art. 140-bis cod. cons.*

Molte azioni di classe si sono poi “incagliate” sul versante della presunta disomogeneità dei diritti dedotti dai proponenti e dagli aderenti.

Come noto, fino alla modifica operata nel 2012, l'art. 140-*bis* cod. cons. ribadiva con enfasi la necessità che le situazioni sostanziali dei molteplici consumatori/utenti dovevano essere «identiche od omogenee». Sebbene la dottrina avesse fin da subito suggerito di interpretare i due aggettivi «non in contrapposizione ma congiuntamente, come se si trattasse di un'endiadi»³⁹, ritenendo necessario e sufficiente che i

³⁹ Così Menchini in S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. cit.*, 1420, «con le espressioni diritti identici, situazioni omogenee [...] si è voluto evidenziare un dato fondamentale: la tutela cumulativa dei diritti individuali deve avvenire soltanto in quei casi in cui, per le caratteristiche della fattispecie sostanziale, la decisione del giudice può basarsi esclusivamente su valutazioni di tipo comune, essendo del tutto inesistenti o marginali i temi personali. Solo in queste ipotesi, l'azione di classe è un rimedio più efficiente, più efficace, più celere delle azioni individuali e del litisconsorzio». Leggi pure F. SANTANGELO, P. PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in *www.judicium.it*, § 2: «i diritti dei singoli sono diversi e distinti tra di loro, ma dipendono tutti da una comune questione di fatto o diritto capace di rendere possibile un provvedimento giurisdizionale di contenuto uniforme e i cui elementi caratterizzanti, ai fini della tutela collettiva, sono i requisiti dell'origine comune e dell'omogeneità, come preminenza delle questioni comuni o collettive su quelle individuali»; P. FIORIO, *op. cit.*, 489; P. PORRECA, *Ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 565; C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzione e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 502; G. CONTE, *I «diritti individuali omogenei» nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 613. Anche R. DONZELLI, *op. cit.*, 257, dopo lunga dissertazione, ci pare giunga sostanzialmente alla medesima conclusione che la connessione rilevante sia quella impropria. Cfr. P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 548, il quale sostiene che le plurime pretese facenti parte dell'unica domanda di “classe” devono essere connesse o per l'identità del titolo o delle questioni da risolvere e R. POLI, *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 40 ss., secondo cui i diritti “identici” (ossia i diritti che, «a parte la diversità dell'elemento soggettivo, presentano le stesse questioni di fatto e di diritto, relativamente all'accertamento sia dell'*an* sia del *quantum debeat*») vanno distinti dai diritti “omogenei” (ovvero dai diritti che «presentano

diritti facenti capo ai membri della classe fossero connessi in maniera impropria ossia condividessero una questione di fatto o di diritto in ragione della coincidenza o della serialità dell'illecito plurioffensivo addebitato all'impresa convenuta, la giurisprudenza ha talora inteso in maniera quasi letterale il requisito dell'identità delle situazioni soggettive di cui al co. 2, vecchio testo, dell'art. 140-*bis* cod. cons.⁴⁰, giungendo talora persino a dichiarare l'inammissibilità a causa della differente entità dei risarcimenti singolarmente richiesti.

Così nel processo instaurato da *M., B., V., Codacons. c. B.A.T. Italia S.p.A.*⁴¹, si è dichiarata l'inammissibilità della domanda di risarcimento proposta da tre fumatori per i danni arrecati dal consumo di sigarette anche a causa della diversità delle situazioni riconducibili ad ogni proponente. Secondo i giudici romani «la ricostruzione della storia di ciascun fumatore comporta la disamina di molteplici aspetti e momenti della sua vita – quali l'inizio e le ragioni dell'adesione al fumo, il numero e la marca delle sigarette quotidianamente assunte, lo stato di dipendenza dalla nicotina, la incapacità o la scelta di non smettere di fumare, le conseguenze sulle condizioni di vita di ognuno di essi indotte dal timore di contrarre malattie – come tali non inquadrabili nell'ambito di un accertamento avente ad oggetto diritti individuali assolutamente identici, stante la peculiarità e tipicità della posizione di ogni consumatore». A dire il vero, però, la motivazione addotta sembra assumere in maniera apodittica l'irriducibile eterogeneità delle situazioni dei fumatori, invece che dimostrarla. Posto che l'azione di classe era finalizzata ad ottenere il ristoro per i danni consistenti nella dipendenza da nicotina indotta dal consumo delle sigarette e che tale conseguenza si può riscontrare statisticamente, forse le pretese risarcitorie dei tre

questioni comuni in misura maggiormente rilevante [...] rispetto alle questioni individuali»), anche se poi tale Autore ritiene che il legislatore, imponendo l'emanazione di una condanna specifica in caso di accoglimento della domanda, abbia voluto limitare l'azione di classe alla tutela dei primi.

⁴⁰ In alcuni casi pur dopo la modifica apportata dal d.l. 2012: v. *infra* M. NEGRI, parte II, § 2.

⁴¹ V. Trib. Roma, 11 aprile 2011.

tabagisti potevano sotto questo profilo ritenersi sufficientemente standardizzabili⁴².

Nella causa promossa dal *Comitato Pendolari FR 8° carrozza c. Trenitalia S.p.A.* il Tribunale di Roma⁴³ ha deciso di “bloccare” la domanda di classe avanzata per il risarcimento dei danni derivanti dai ritardi e dai disservizi denunciati da vari utenti della rete ferroviaria del Lazio sia per infondatezza nel merito con riguardo alla pretesa di rifusione dei danni non patrimoniali e patrimoniali eccedenti i limiti previsti dalla l. 911/1935 sia per l’eterogeneità delle situazioni soggettive dedotte rispetto al *petitum* risarcitorio dei danni patrimoniali compresi nei limiti di legge (ossia nel prezzo del biglietto), a quanto pare perché i viaggiatori hanno acquistato biglietti per importi diversi. Analogamente, nella vertenza *I, C., ADOC c. Gruppo Torinese Trasporti S.p.A.*, in cui le proponenti, due abbonate della linea Cumiana-Orbassano-Torino, avevano richiesto il risarcimento per i danni derivanti dai disservizi patiti da loro e da altri utenti abbonati della medesima tratta, il Tribunale di Torino ha rilevato l’eterogeneità delle situazioni riconducibili ai potenziali membri della classe perché «il semplice possesso di un abbonamento (sia esso annuale, mensile o settimanale) al pari dell’acquisto del biglietto per un solo viaggio, non consente di affermare la sussistenza di diritti omogenei tra tutti i titolari dei predetti titoli di viaggio [...]. Infatti il risarcimento del danno sussiste quando e solo quando il viaggiatore ha utilizzato l’abbonamento e nel corso del trasporto ha subito un danno e questo sia direttamente ricollegabile al trasporto ovvero [per il fatto] che non ha potuto fruire del trasporto per causa imputabile al gestore della linea», mentre la sola circostanza di essere abbonati non dimostra che si è utilizzato il treno quando si è verificato il disservizio⁴⁴. Le conclusioni attinte in queste ordinanze mi paiono alquanto discutibili per l’eccessiva enfasi data alla circostanza fattuale del tipo di titolo di viaggio posseduto dai viaggiatori (che poteva invece essere adeguatamente considerata attraverso l’uso di moltiplicatori o di coefficienti in sede di liquidazione del danno, eventualmente previa forma-

⁴² *Amplius* D. RIZZARDO, *Class action tra diffidenza e ingenuità: un'altra battuta d'arresto in fase di filtro*, in *Corr. Mer.*, 2011, 1176 ss.

⁴³ Trib. Torino, 20 settembre 2011.

⁴⁴ Trib. Torino, 31 ottobre 2011.

zione di sottoclassi), ma anche per l'aprioristica presa di posizione (dei giudici torinesi) secondo cui non si può dimostrare in via presuntiva l'effettiva utilizzazione del mezzo di trasporto da parte degli abbonati⁴⁵.

⁴⁵ La motivazione del Tribunale di Torino è stata del resto censurata in sede di reclamo da C. App. Torino, 26 gennaio 2012, che, pur confermando l'*absolutio ab instantia*, ha precisato che:

- la valutazione circa l'identità va effettuata *ex ante*, avendo riguardo alle prospettazioni del proponente e non *ex post* sulla base delle eventuali ipotetiche adesioni intervenute successivamente;
- occorre evitare la tecnica di frazionamento esasperato per categorie e sottocategorie della classe, tecnica che condurrebbe a non identificare mai, in nessun campo una possibile classe omogenea e/o titolare di diritti definibili come "identici", con il risultato di rendere inespugnabile una qualsiasi azione di classe;
- erroneo appare altresì ricollegare l'identità dei diritti individuali degli esponenti della classe al *petitum* sostanziale. In proposito merita comunque segnalare che nelle cause *R., Codacons c. Unicredit*, le ordinanze "gemelle" Trib. Roma, 25 marzo 2011 avevano già risolto l'apparente contrasto tra il requisito meno rigoroso dell'omogeneità di cui al primo comma dell'art. 140-bis cod. cons. e quello più rigido dell'identità di cui al comma successivo, assegnando valore determinante ai fini dell'ammissibilità al riscontro sull'omogeneità dei diritti azionati, tenuto conto degli elementi oggettivi dell'azione proposta, *petitum* e *causa petendi* (da intendersi, quest'ultima, sia come ragione giuridica della pretesa sia come circostanza fattuale che fonda il diritto dedotto). In definitiva – sottolineano i giudici romani – «mentre la nozione di "omogeneità" è riferita ai diritti, quella di "identità", pur essendo anch'essa letteralmente legata ai diritti, deve essere interpretata per ragioni logiche, sistematiche e teleologiche come riferita agli elementi oggettivi dell'azione: come a dire che i diritti omogenei nella misura in cui siano identici il *petitum* e la *causa petendi* della causa introdotta. D'altronde, tale soluzione ermeneutica trova fondamento nello stesso dato testuale dell'art. 140 bis: nel primo comma, difatti, si parla di "diritti individuali omogenei di cui al comma secondo", ossia il comma in cui i diritti suscettibili di tutela sono invece definiti "identici"». Peraltro, con riguardo alla concreta fattispecie decisa, si specifica come la circostanza che il proponente abbia richiesto il risarcimento per i danni subiti in conseguenza dell'applicazione di determinate clausole che si reputano nulle non comporti una sicura disomogeneità tra il diritto (risarcitorio) fatto valere dall'attore e quello (eventualmente non identico ossia restitutorio) azionabile dagli altri appartenenti alla classe. «Il fatto che parte attrice assume quale generatore del danno è infatti l'introduzione nel rapporto contrattuale con la banca di clausole *contra legem*». Ed in maniera analoga si è pronunciata anche C. App. Torino, 23 settembre 2011 nel processo *G., L., S., Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*. Interessante, anche se poco persuasiva, appare invece la posizione espressa in merito da C. App. Roma, 27 gennaio 2012

Va detto, comunque, che con le modifiche apportate dall'art. 6, lett. c), d), e), g) del c.d. decreto liberalizzazioni (d.l. n. 1/2012, convertito con modificazioni in l. n. 27/2012) è stato espunto ogni riferimento al requisito dell'identità: in linea con l'interpretazione dottrinale maggioritaria, risulta perciò ora prescritta la semplice omogeneità dei diritti vantati dal proponente e dagli altri *class members*, senza che assuma rilevanza alcuna la quantità di *petitum* sostanziale richiesto dal singolo consumatore proponente/aderente.

Secondo l'esegesi da preferirsi, in particolare in relazione ai diritti di fonte contrattuale, l'omogeneità va dunque ricercata dall'angolo visuale dei molteplici consumatori/utenti, quali soggetti passivi di una contrattazione seriale iniqua o illecita⁴⁶. Nella categoria dei «diritti con-

nel caso *M., B., V., Codacons c. B.A.T. Italia S.p.A.*, spec. § 5.3.2 ss., la quale, dopo lunga disquisizione sui diversi modi di intendere l'identità dei diritti, nonché sulla *ratio* dell'art. 140-*bis* cod. cons., ritiene di poter affermare che tale requisito ricorra «qualora, fermo l'accertamento concernente la condotta dannosa ed il nesso di causalità tra la stessa ed il danno, gli accertamenti da compiere in via istruttoria in ordine alla posizione dei singoli ricorrenti o aderenti alla classe, nella seconda fase del giudizio, sia circoscritta al solo profilo del *quantum*: nello stesso rapporto – se è consentita la similitudine, pure approssimativa, data l'unitarietà del giudizio introdotto con l'azione di classe, sebbene scandito in duplice fase – che si istituisce tra la sentenza non definitiva di condanna generica e la sentenza definitiva che provvede soltanto sul *quantum*». Il parallelo con la condanna generica sembra inappropriato, sia perché in questa maniera la delibazione preliminare sull'omogeneità dei diritti sconfinava con il controllo sulla fondatezza nel merito della domanda, sia perché, più in generale, ne risulterebbe snaturato lo stesso giudizio (sommario o *ex actis*) di ammissibilità, che non può, neppure in parte, anticipare la fase di vero e proprio accertamento.

⁴⁶ Interessanti le osservazioni di D. RIZZARDO, *op. cit.*, 1176, secondo cui «il requisito dell'omogeneità è dotato di una insopprimibile connotazione qualitativa: non è tanto la comunanza di questioni a rilevare, quanto il fatto che esiste una classe di fattispecie analoghe sul piano fenomenico (al di là del tipo di connessione che le lega ed indipendentemente da questa) che è più agevole descrivere che definire. La comunanza di questioni rileva quindi non tanto sul piano quantitativo (ovvero in relazione al numero delle questioni comuni e di quelle individuali), quanto sul piano qualitativo: affinché si abbia omogeneità tra diritti le questioni comuni debbono essere quelle che caratterizzano la fattispecie sul piano fenomenico. A definire l'omogeneità contribuisce in modo rilevante la considerazione dell'unico evento fonte dei diversi diritti: l'illecito pluri-

trattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano in una situazione omogenea» sono infatti testualmente ricompresi anche i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., rispetto ai quali l'isonomia sarà determinata dalla comunanza delle clausole cui soggiacciono i consumatori per effetto della sottoscrizione di contratti, recanti direttamente o *per relationem* condizioni, per l'appunto, generali. L'omogeneità delle situazioni giuridiche soggettive qui presupposta è perciò determinata non già, partitamente, dai diritti che i singoli possono vantare in forza del rapporto negoziale che li lega all'impresa convenuta, bensì dalla comune condizione di parti contraenti (deboli) pregiudicate dalla medesima clausola o condizione iniqua apposta al regolamento negoziale, sia essa predisposta stabilmente dall'impresa con inserzione in un modulo o nelle condizioni generali di contratto, sia essa di volta in volta ripetuta all'interno di una miriade di contratti, resi di fatto uniformi nei contenuti⁴⁷. In altri termini, i diritti soggettivi omogenei che si prestano ad essere risarciti in via aggregata ai sensi di questa previsione sono quelli ad una contrattazione equa, vulnerati da un'identica condizione o clausola illegittima (anche non pre-disposta dall'impresa)⁴⁸.

fensivo, i cui profili rappresentano peraltro, di regola, gli aspetti più delicati della battaglia giudiziaria».

⁴⁷ Cfr. A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis cod. cons.*, cit., 604; P. FIORIO, *op. cit.*, 511 ss.; V. SANGIOVANNI, *Class action e tutela contrattuale degli investitori*, in *Obbligaz. e contr.*, 2010, 614 e C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 504 ss., il quale ritiene, peraltro, che la formula generica utilizzata dall'art. 140-bis cod. cons., co. 2, lett. a) consenta di «ritenere riconducibili alla medesima, innanzi tutto, non soltanto i diritti alle restituzioni che possano derivare, in favore dei singoli consumatori, dall'accertamento di nullità o di annullabilità di una clausola ovvero i diritti al risarcimento del danno discendente dalla violazione di uno degli obblighi discendenti dal contratto, ma anche diritti derivanti dalla violazione di norme di comportamento da osservare nella fase preliminare alla conclusione del contratto».

⁴⁸ Cfr. G. CONTE, *op. cit.*, 618; cfr. G. ALPA, *L'art. 140 bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato. Prime note*, in AA.VV., *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, cit., 13, secondo cui l'azione di classe sarebbe esperibile anche per la tutela dei diritti di garanzia derivanti dalla vendita di beni di consumo ex artt. 128 ss. cod. cons.

Con riguardo poi alle pratiche commerciali scorrette, va detto che in una prospettiva casistico-analitica⁴⁹, esse potranno dar luogo a richieste di ristoro del pregiudizio collettivamente patito da consumatori o utenti a titolo extracontrattuale, precontrattuale o contrattuale (in quest'ultimo ambito potendo essere inclusi i danni discendenti dalla violazione di obblighi di informazione)⁵⁰; ma potranno essere avanzati anche *petita* restitutori al fine di ottenere il corrispettivo versato nelle

⁴⁹ M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Atti del convegno, Milano, 2011, 250 ss. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 504 ss. Il primo A. specifica altresì che i danni patrimoniali conseguenti ad una pratica commerciale scorretta risarcibili *ex art.* 140-*bis* cod. cons. potranno essere quelli derivanti dall'acquisto del prodotto in sé (in quanto esso si sia rivelato del tutto inutile o abbia comportato un esborso superiore a quello che il consumatore sarebbe stato disposto a pagare in assenza della PCS), i nocuenti da perdita di *chance* (nel senso di occasioni per acquisti alternativi), i danni da costi di sostituzione del prodotto, i danni da costi evitabili (cioè per le spese sopportate in conseguenza dell'acquisto), nonché quelli da impiego improduttivo del tempo.

⁵⁰ Leggi anche P. FIORIO, *op. cit.*, 511 ss., il quale sostiene l'opportunità di qualificare come contrattuali gli illeciti derivanti dalla diffusione di informazioni economiche inesatte nelle situazioni in cui sia riscontrabile la «violazione di norme che presuppongono un rapporto obbligatorio da affidamento in ragione dello *status* professionale del soggetto tenuto a fornire informazioni particolari dirette a proteggere la sfera giuridica dei destinatari o comunque tenuto al rispetto di specifici obblighi di protezione della persona o del patrimonio»: del resto in tal senso si muove, per certi versi, anche la giurisprudenza (rif. in P. PORRECA, *op. cit.*, 560). V. pure T. GALLETTO, *op. cit.*, 542 e S. CHERTI, *Brevi note sui diritti tutelati dalla "nuova" azione di classe*, in *Obbligaz. e contr.*, 2010, 2, 143, secondo cui i casi di «responsabilità da prospetto» non dovrebbero essere lasciati fuori dall'ambito operativo del rimedio e propone di ammettere il ricorso all'azione di classe quanto meno per tutelare le «fattispecie che si collocano tra contratto e torto». L. ROSSI CARLEO, *Class Action e pratiche commerciali scorrette: spunti e riflessioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Milano 20 dicembre 2010*, in *www.judicium.it*, § 4, si domanda se il proponente che denunci una pratica commerciale scorretta possa richiedere il risarcimento del danno e/o le restituzioni «malgrado la lett. c) si caratterizzi, rispetto alle lett. a) e b), per il fatto che l'azione è volta ad ottenere non tanto il risarcimento e la restituzione, quanto piuttosto il «ristoro del pregiudizio derivante (...) da pratiche commerciali?». L'A. giunge (nel § 5) alla conclusione che il termine è stato probabilmente scelto dal legislatore poiché è difficile dimostrare il mancato guadagno cagionato da una pratica commerciale scorretta; l'art. 140-*bis*, lett. c), cod. cons. contemplerebbe perciò una modalità di risarcimento in forma specifica che in concreto porterebbe alla mera restituzione del prezzo del bene o del servizio.

ipotesi di inesistenza del contratto imputato al consumatore (caso nient'affatto scolastico, dal momento che una delle più frequenti pratiche commerciali scorrette è costituita dalle forniture non richieste) o di inefficacia del contratto pur concluso (eventualmente previa cognizione o accertamento incidentale della questione inerente l'invalidità del negozio)⁵¹.

Per quanto riguarda poi la tipologia di situazioni soggettive deducibili in merito alla responsabilità del produttore⁵² per i danni cagio-

⁵¹ V. M. LIBERTINI, *op. cit.*, 251: peraltro nell'ipotesi da ultimo profilata l'A. sottolinea che si potrà avere una nullità *ex art.* 1418 c.c. solo laddove la pratica commerciale scorretta abbia dato luogo alla conclusione di contratti con oggetto illecito o impossibile o indeterminato oppure allorquando siano state disattese prescrizioni speciali imposte a pena di nullità (v. artt. 52, co. 3; art. 67-*septiesdecies*, co. 4, cod. cons.). In queste ipotesi, allora, su istanza del proponente o dell'impresa convenuta potrà essere richiesto che ai sensi dell'art. 34 c.p.c. sia previamente accertata con forza di giudicato l'invalidità del contratto: in difetto di una tale richiesta la relativa questione sarà invece semplicemente conosciuta *incidenter tantum*. Assai dubbia è la possibilità di cumulare all'interno di un processo instaurato *ex art.* 140-*bis* cod. cons. la domanda di previo annullamento del contratto collegato ad una pratica commerciale scorretta diffusamente adottata nei rapporti con consumatori od utenti. Tale via sarà nella gran parte dei casi impraticabile per la difficoltà di dimostrare rispetto all'intera schiera dei danneggiati un inganno determinante, una violenza che consista nella minaccia di un male ingiusto e notevole ovvero un errore essenziale e riconoscibile. Inoltre, come puntualizza M. LIBERTINI, *op. cit.*, 252, «quand'anche il contratto del consumatore sia annullabile, per dolo o violenza, a seguito di un comportamento dell'impresa qualificabile come PCS, non credo che sia esperibile un'azione di annullamento collettiva, incentrata sull'attitudine della PCS a viziare la volontà del consumatore medio. Il rimedio dell'annullamento è pur sempre incentrato sul contratto individuale e, in mancanza di un'espressa indicazione testuale, non può essere esteso fino a coprire spazi così distanti dalla funzione tradizionale dell'istituto». Nondimeno, l'azione di classe potrà essere esperita, allorquando si fondi sulla (meno ostica a provarsi) allegazione che la pratica commerciale scorretta si è concretata in una serie di raggiri, che sebbene non determinanti del consenso a contrarre, hanno indotto i consumatori/utenti a concludere contratti a condizioni per loro più sfavorevoli e così integranti dolo incidente, fonte di obbligazione risarcitoria *ex art.* 1440 c.c.

⁵² Secondo T. GALLETTO, *op. cit.*, 542, una lettura sistematica delle disposizioni del cod. cons. induce a ritenere che per «produttore» debbano intendersi tutti i soggetti a diverso titolo coinvolti non solo nella catena produttiva, ma anche in quella distributiva del prodotto difettoso. L'art. 6, lett. d), d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012, ha inserito il riferimento – che prima mancava – ai servizi. V. *amplius* M. GORGONI, *L'ammissibi-*

nati dai suoi prodotti difettosi, l'omogeneità dovrebbe essere riscontrata laddove siano fatti valere i diritti risarcitori/restitutori spettanti agli acquirenti finali del medesimo prodotto (di massa) difettoso o pericoloso o anche di prodotti diversi nei quali il bene difettoso o pericoloso sia una componente.

Va tuttavia fatta una precisazione. Nell'ipotesi di un'azione di classe promossa per il risarcimento dei danni derivanti dall'uso di condizioni o clausole seriali inique o da pratiche commerciali scorrette adottate in via seriale il *quantum* spettante ai singoli aderenti dovrebbe risultare pressoché identico, tant'è che presumibilmente queste saranno le ipotesi in cui il Tribunale addiverrà con maggior frequenza all'emanazione di una sentenza di condanna piena. Analogo esito dovrebbe prospettarsi pure laddove venga addebitato all'impresa un comportamento anticoncorrenziale, posto che gli aderenti chiederanno tutti l'eguale ritorno del sovrapprezzo pagato a cagione dell'abuso di posizione dominante⁵³. Più problematico è l'ambito della responsabilità da prodotto difettoso, in quanto il catalogo dei danni patiti da ciascun consumatore finale potrebbe rivelarsi assai variegato ed esigere accertamenti puntualmente riferiti ad ogni situazione (si pensi ai diversi sintomi e al differente decorso delle malattie cagionate dalla distribuzione di un bene dannoso per la salute; alle difficoltà di dimostrare caso per caso la sussistenza del nesso eziologico tra l'insorgenza della patologia e l'utilizzazione del prodotto e così via). Queste considerazioni inducono a presagire che in una simile evenienza il giudice dichiarerà l'azione di classe inammissibile perché manca l'identità dei diritti individuali o, meglio, perché eccessiva è l'incidenza delle circostanze e delle questioni "singolari"⁵⁴, a meno che le questioni di fatto singolarmente rilevanti non ricorrano identiche all'interno di due o più gruppi di consumatori/utenti aderenti e non vi sia dunque la possibilità di formare delle sottoclassi (per le quali poi procedere alla liquidazione dei risarcimenti o delle restituzioni spettanti ai rispettivi componenti mediante criteri e

lità dell'azione di classe tra punti fermi ed ambiguità, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1105 ss. e G. CONTE, *op. cit.*, 620 ss.

⁵³ Ma su questo si rimanda a M. NEGRI, parte II, §§ 2 e 3.

⁵⁴ V. anche C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 506 ss., G. CONTE, *op. cit.*, 622 e Trib. Roma, sez. XIII, 11 aprile 2011; *contra* I. PAGNI, *op. cit.*, 357.

coefficienti in parte diversi)⁵⁵. Un processo instaurato ai sensi dell'art. 140-*bis* cod. cons. potrebbe comunque superare il filtro e giungere ad una pronuncia nel merito, laddove il *petitum* collettivo venisse circoscritto alla restituzione del prezzo pagato per il prodotto difettoso (ma anche qui bisogna che il Tribunale ammetta una semplificazione della fase istruttoria, consentendo ad es. la prova per campione dei difetti inerenti i prodotti acquistati dai *class members* ovvero ordinando all'impresa di produrre i reclami ricevuti dai clienti).

Mi sia consentita, a questo punto, una minima osservazione conclusiva, prima di passare il testimone alla Prof. Negri.

⁵⁵ Cfr. V. TAVORMINA, *op. cit.*, 252, secondo cui «l'omogeneità e l'identità delle situazioni e dei diritti richieste dai commi 1, 2, 6 e 9 lett. a) dell'art. 140*bis*, nonché l'omogeneità de «il criterio» (al singolare) che il giudice è chiamato a stabilire nel caso in cui non proceda direttamente alla liquidazione delle somme (comma 12), se pure non comportano proprio per testuale previsione identità quantitativa, esigono tuttavia unicità del criterio di quantificazione. Ma allora questa quantificazione può variare soltanto per effetto delle variabili inserite in detto criterio, come ad esempio nel caso in cui si dovesse parametrare il danno subito dagli acquirenti per ritardi nella consegna di automobili acquistate al numero dei giorni di ritardo ed alla media giornaliera del costo del noleggio di un'auto equivalente: variabili ammesse saranno soltanto queste due e non invece quella conseguente alla perdita di un affare che la concreta impossibilità di procurarsi un mezzo di trasporto alternativo avrebbe potuto causare. E lo stesso potrebbe dirsi per il caso di ritardi nel perfezionamento della surrogazione di mutui bancari per i quali l'art. 2, comma 3, d.l. n. 78/2009 prevede che la banca surrogata sia tenuta "a risarcire il cliente in misura pari all'1 per cento del valore del mutuo per ciascun mese o frazione di mese di ritardo"; non fosse che tale diritto al "risarcimento" non può essere incluso nei "diritti contrattuali... di consumatori e utenti", dato che, per un verso, viene attribuito a tutti i clienti della banca e, per altro verso, non s'inserisce nel sinallagma contrattuale». V. pure M. LIBERTINI, *op. cit.*, 246, il quale reputa che l'oggetto dell'azione deve essere «qualitativamente identico per tutti i consumatori aderenti, potendo però essere differenziato nel *quantum*. Tuttavia, queste differenze quantitative devono potersi contenere entro criteri aritmetici di calcolo, predeterminati *a priori* e poi applicabili al caso concreto senza necessità di ulteriori accertamenti giudiziali. [...] La possibilità di adottare un "criterio omogeneo di calcolo" del danno diviene dunque, sul piano esegetico, il punto cruciale della ricostruzione dei requisiti di omogeneità dei diritti». Tale A. sottolinea, comunque, che «il criterio omogeneo di calcolo» può essere anche differenziato per diverse sottoclassi di attori, che si contraddistinguono per alcune caratteristiche peculiari ma facilmente tipizzabili. Cfr. P. PORRECA, *op. cit.*, 565.

Sebbene le interpretazioni sopra suggerite consentano di superare alcune delle *impasses* finora sperimentate nella promozione delle azioni di classe, non va sottaciuto che i modesti risultati ottenuti dai proponenti sono senz'altro imputabili anche ad alcuni limiti insiti nelle scelte attuate dal legislatore ed in particolare all'adozione del sistema di *opt-in* e alla mancata previsione di un regime di condanna alle spese un po' più incentivante per la parte attrice. Sotto il primo aspetto in quasi tutte le azioni di classe finora intentate si è, in effetti, riscontrato un basso tasso di partecipazione ovvero un numero piuttosto esiguo di adesioni, fondamentalmente dovuto – è questa la nostra opinione – al meccanismo psicologico che appunto inibisce al soggetto di assumersi un onere (anche solo spirituale) a fronte di un tornaconto individuale contenuto ed incerto⁵⁶. Dal secondo punto di vista, il rischio di essere condannato alla refusione delle spese processuali che il proponente, quale parte attrice del processo, sopporta ai sensi degli artt. 91 ss. c.p.c., rende assai improbabile che un consumatore/utente danneggiato si faccia avanti o accetti di essere selezionato come *class representative*.

⁵⁶ Su tale versante nuove prospettive *de iure condendo* potrebbero dischiudersi in sede di adeguamento alla recente comunicazione della Commissione Europea dell'11 giugno 2013, unitamente alla quale, in vista della realizzazione di “un quadro orizzontale europeo per i ricorsi collettivi”, è stata adottata la raccomandazione n. 2013/396 ai sensi dell'art. 292 TFUE, che impone agli Stati membri di far sì che entro due anni le legislazioni interne in tema di azioni collettive rispettino alcuni principi comuni. Tra questi principi spicca la previsione del metodo di *opt-in*, salva però la possibilità di ammettere delle eccezioni (ossia delle ipotesi di estensione automatica del giudicato collettivo a tutti i *class members*, indipendentemente da una loro manifestazione di volontà), in quanto rispondenti a ragioni di buona amministrazione della giustizia. Il legislatore italiano, che peraltro, su quasi tutti gli altri principi risulta essere già “allineato”, potrebbe così cogliere l'occasione per sperimentare, magari con riferimento ad alcune particolari categorie di cause collettive, il più incisivo sistema di *opt-out*.

L'AZIONE DI CLASSE DAL PUNTO DI VISTA DELL'ATTORE

PARTE II - L'AZIONE DI CLASSE E L'ILLECITO ANTITRUST

Marcella Negri

SOMMARIO: *1. Azione di classe ed illeciti concorrenziali: le strettoie imposte dalla tecnica dell'adesione; 2. Il requisito della "omogeneità" dei diritti al ristoro del pregiudizio derivante da comportamenti anticoncorrenziali; 3. (segue) Differenziazioni interne alla classe e sotto-classi; 4. Non manifesta infondatezza e sospensione del giudizio di ammissibilità.*

1. Azione di classe ed illeciti concorrenziali: le strettoie imposte dalla tecnica dell'adesione

Sotto molti aspetti il contenzioso antitrust dovrebbe rappresentare il campo di applicazione ideale per l'azione di classe: la distorsione della concorrenza produce un danno che sempre finisce per colpire, direttamente e indirettamente la vasta platea dei consumatori finali, realizzando l'ipotesi paradigmatica del danno unitariamente minimo ma disperso presso una miriade di aventi diritto. Non a caso l'illecito concorrenziale è espressamente previsto all'interno della rigorosa tipizzazione degli illeciti operata dall'art. 140 *bis* c. cons. Sinora questo settore è però stato sostanzialmente trascurato dagli attori collettivi¹. Stante

¹ A tutt'oggi [dati aggiornati al giugno del 2013], se non ci si inganna, la casistica si esaurisce nell'azione di classe più volte rammentata nel corso di questo convegno e proposta innanzi al Tribunale di Genova a seguito dell'avvio di un'istruttoria da parte dell'Agcm nei confronti di alcune compagnie di traghetti per una presunta intesa restrittiva della concorrenza sulle rotte che collegano la Sardegna con il continente, dove si sono registrati significativi e generalizzati aumenti dei prezzi nell'estate del 2011 (Agcm, provv. n. 22416 dell'11 maggio 2011). Riferimenti all'iniziativa giudiziaria in www.altroconsumo.it e in G. AFFERNI, *Class action e danno antitrust: il caso traghetti*,

il panorama piuttosto desolato è ineludibile chiedersi quali siano gli specifici ostacoli che impediscono un pieno sviluppo dell'*antitrust private enforcement* sul versante collettivo. La scarsità di iniziative, tralasciando i problemi probatori che inducono ad attendere un previo intervento dell'Autorità garante (sul punto si veda oltre al § 4), discende da concomitanti fattori che rendono non semplice la costruzione di una classe di consumatori, allo stato gli unici legittimati ad esperire il rimedio collettivo risarcitorio, sufficientemente omogenea e nel contempo sufficientemente numerosa.

Sotto questo profilo, evidentemente, la tecnica dell'*opt-in* indirettamente impone una seria limitazione, anche perché l'onere per il consumatore di fornire già all'atto dell'adesione un (principio di) prova documentale dell'acquisto, che dimostri l'inclusione nella classe degli acquirenti del prodotto interessato dal cartello, finisce per rendere il rimedio di fatto non utilmente percorribile nei casi di acquisti minimi per i quali di regola non viene conservata dagli interessati alcuna documentazione scritta². Ad esempio, nell'ambito dell'azione di classe

in *Cons. dir. e mercato*, 2012, 2. All'illecito concorrenziale non può con altrettanta sicurezza, vista l'estrema genericità delle allegazioni che parevano prospettare piuttosto un'asserita pratica commerciale sleale, riportarsi la fallita azione di classe contro Microsoft (Trib. Milano, s.s.i., 8 novembre 2011, in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012, *Appendice giurisprudenziale*, 475).

² Così G. AFFERNI, *Azione di classe e danno antitrust*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2010, 491 ss., 514. Infatti, ai sensi dell'art. 140 bis co. 3, l'atto di adesione deve contenere "l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria". Benché il comma 3 esiga una prova documentale, con esclusione dunque almeno in questa prima fase delle prove costituenti, letteralmente riferita a tutti i fatti costitutivi del diritto, deve reputarsi sufficiente un "inizio di prova" (C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 150; nel senso di "un onere probatorio e di allegazione minimo, diretto a dimostrare l'appartenenza del consumatore alla classe dei danneggiati": P. FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in AA.VV., *I diritti dei consumatori e la nuova class action*, Bologna, 2010, 531). Ad esempio, nel caso di operazioni di intermediazione finanziaria senza un contratto quadro in forma scritta, sarebbe sufficiente (quale prova documentale indiretta della conclusione del contratto che ha veicolato il danno patrimoniale) la produzione di copia degli ordini o estratti bancari dai quali risultano le operazioni di investimento (V. SANGIOVANNI, *Class action e tutela contrattuale degli*

per il risarcimento del danno cagionato da commissioni bancarie illegittime, si è richiesta all'atto dell'adesione l'allegazione di copia degli estratti del conto corrente comprovanti gli addebiti di commissione di scoperto di conto³. L'onere per l'interessato, onde essere incluso nel perimetro della classe⁴, di produrre all'atto dell'adesione un (principio di) prova *documentale* del suo diritto omogeneo risponde certamente all'esigenza di evitare lunghe indagini per ciascun singolo consumatore⁵,

investitori, in *Obbligaz. e contr.*, 2010, 616). La documentazione di cui al co. 3 ha dunque solo una valenza preparatoria, ai fini della inclusione nella classe, e resta integrabile successivamente tramite il proponente, all'uopo sollecitato dal giudice, così che la pretesa dell'aderente potrebbe essere riconosciuta in sede di merito anche sulla base di presunzioni semplici o prove costituenti: A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140 bis*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 599; R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, 90, 248, 274.

³ Trib. Torino, 15 giugno 2012, ord., in www.sviluppoeconomico.gov.it.

⁴ È chiaro che la prova dell'inclusione nella classe, per quanto sommaria e indiziaria, non può del tutto mancare. Il sistema dell'adesione infatti non tollera che si prescindano *in toto* dal danno individuale, che deve essere in qualche modo provato, sia pur con un certo margine di elasticità e standardizzazione, mentre è difficile ammettere che il danno e quindi l'appartenenza alla classe possano essere provati facendo ricorso a stime statistiche "nude" sul consumo medio di determinati beni. Si porterebbe così alle estreme conseguenze l'ottica che (facendo leva su di una lettura forte del riferimento all'art. 1226 c.c., ma soprattutto, oggi, del riferimento all'interesse collettivo) ammette un significativo allentamento degli *standards* probatori validi per le azioni individuali, aprendosi all'idea che l'ammontare totale del danno possa essere calcolato in misura *approssimativa e forfettaria* e quindi a prescindere dalla prova del danno *effettivamente* subito da ciascun aderente.

⁵ Nel senso che "se il titolo del credito dell'aderente non è provato documentalmente e se per la sua prova debbono essere svolte indagini complesse, il tribunale, allorché disegna i confini della classe... esclude tale soggetto da questa, al fine di non gravare il processo della trattazione di questioni controverse di rilevanza esclusiva ad uno dei membri del gruppo" (S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140 bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1429). È peraltro discusso se della regolarità delle adesioni e dell'effettiva appartenenza alla classe degli aspiranti aderenti il Tribunale debba decidere non appena spirato il termine per la raccolta ovvero al più tardi con la sentenza finale (nel primo senso, condivisibilmente: C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 153, nt. 39, 331; nel secondo senso: Trib. Napoli, XII sez. civ., 18 febbraio 2013, n. 2195, in *Guida al diritto*, 2013, 12). Diversamente Trib. Torino, 15 giugno 2012, cit., secondo cui "nell'ulteriore corso del processo non dovrà essere affrontata alcuna questione circa la regolarità ed il contenuto delle adesioni e sullo *status* di effettivi appartenenti alla

ma indirettamente impone una rigorosa selezione a monte degli illeciti perseguibili, escludendo ad esempio casi clamorosi, come il c.d. cartello dei pastai⁶. A volte, come appunto nell'evocato caso del cartello dei pastai, la documentazione scritta in effetti non esiste, ma altre volte potrebbe essere rimasta nelle mani del convenuto. In questa prospettiva, onde agevolare il proponente che – realisticamente con l'ausilio dell'associazione, la quale in concreto terrà i contatti “informativi” con i singoli aderenti – deve farsi carico delle eventuali lacune probatorie esibite dai singoli atti di adesione⁷, riuscirebbe utile all'attore ottenere dall'impresa convenuta la documentazione, di cui essa sia eventualmente in possesso, idonea a provare l'acquisto da parte dei singoli clienti (ad es. acquisti da compagnie di trasporto aereo o ferroviario o abbonamenti a *pay-tv*). Dopo l'ordinanza di ammissibilità, e quindi una volta acclarata la non manifesta infondatezza della pretesa del proponente, sarebbe allora opportuno ammettere un ordine di esibizione, rivolto al convenuto

classe degli aderenti, attenendo tali profili unicamente alla fase di eventuale esecuzione della decisione finale in forza di quanto previsto dal co. 14 dell'art. 140 *bis*". Il Tribunale di Torino sembra quindi voler del tutto omettere qualsiasi verifica sui diritti degli aderenti, rinviandola alla fase esecutiva della sentenza, evidentemente pronunciata con riserva di verificare l'effettiva inclusione dell'aderente nella classe (analogamente in dottrina: E. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano. Profili sostanziali*, Padova, 2012, 110; cfr., nel senso che le questioni individuali dovrebbero riemergere all'interno della eventuale fase liquidativa dell'azione di classe, che assumerebbe una struttura propriamente litisconsortile, R. DONZELLI, *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corr. giur.*, 2013, 110 ss., 118).

⁶ Agcm, provv. 25 febbraio 2009, n. 19562, relativo ad un'intesa restrittiva finalizzata all'aumento del prezzo tra i produttori di pasta italiani, che avrebbe determinato tra il 2006 e il 2008 un aumento del prezzo praticato ai distributori di circa il 51%, aumento poi traslato in parte sui consumatori finali, determinando un aumento del prezzo al dettaglio del 36% circa.

⁷ Nel senso che spetti al proponente farsi carico di “difendere gli aderenti”, anche con riguardo alle questioni non comuni, e che quindi il Tribunale debba sollecitare dal proponente eventuali integrazioni opportune agli atti di adesione: C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 151, nt. 54; I. PAGNI, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 365; S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. cit.*, 1430. Cfr. L. PELLE, *Lo status processuale di aderente nell'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 968-71, nel senso che spetti all'aderente provvedere alla integrazione della propria “domanda” anche sotto il profilo probatorio.

to, di categorie (così specificatamente individuate) di documenti rilevanti ai fini della prova dell'acquisto da parte di quegli aderenti che si fossero nel frattempo già fatti avanti con una pre-adesione senza tuttavia riuscire a comprovare adeguatamente la propria qualità; se non anche al fine di individuare i potenziali aventi diritto onde sperimentare tecniche capillari di sollecitazione dell'adesione. Si tratta certo di un uso innovativo, rispetto alla sua tratizia applicazione, dell'art. 210 c.p.c. e che però appare essenziale alla buona riuscita di un'azione di classe, anche se purtroppo sconta la perdurante carenza di sanzioni in caso di inottemperanza⁸.

Più in generale, è innegabile che il sistema dell'*opt-in* inevitabilmente conduca a ridurre la dimensione quantitativa della classe e conseguentemente esalti l'essenziale rilievo al fine di sollecitare le adesioni della pubblicità dell'ordinanza di ammissibilità, che tra l'altro rappresenta per l'attore un impegno finanziario assai gravoso. È vero che il comma 9 non dice su chi debbano gravare le spese e che comunque, in caso di vittoria finale, queste saranno poste a carico del soccombente, ma la scelta di subordinare la procedibilità della domanda all'esecuzione della pubblicità fa sì che di fatto l'anticipazione degli esborsi gravi necessariamente sul proponente e non possa realisticamente essere addossato al convenuto, che certo non ha interesse a collaborare alla buona riuscita dell'iniziativa⁹. Nell'ottica di rendere più

⁸ Nel campo antitrust, il superamento del tradizionale approccio restrittivo rispetto all'art. 210 c.p.c. potrebbe essere in linea di fatto agevolato dalla distribuzione delle competenze: l'azione di classe in materia antitrust dovrebbe essere affidata alla Sezione specializzata per l'impresa del Tribunale territorialmente competente ai sensi dell'art. 140 *bis* c. cons. (M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*. II. *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012, 65, considerando che tutti i Tribunali competenti per l'azione di classe sono anche sede di s.s.i.), cioè ad un collegio che ha dimestichezza con le varie forme di c.d. *discovery* industrialistica, di cui all'art. 121 e 121 *bis* c.p.i. (d.lgs. n. 30/2005), almeno *potenzialmente* meno asfittiche rispetto alla normativa di diritto comune. Per un confronto tra le diverse forme di c.d. *discovery* industrialistica e l'art. 210 c.p.c. e per l'opportunità *de jure condendo* di estendere le soluzioni più innovative all'intero contenzioso industriale: M. NEGRI, *op. cit.*, 335 ss., 343.

⁹ Per questa ragione nemmeno avrebbe senso, sino a che resta ferma la condizione di procedibilità, un ordine giudiziale rivolto al convenuto di anticipare le spese per la

efficace il meccanismo, si è recentemente tentato, ma senza successo, di ottenere un ordine giudiziale rivolto al convenuto di inviare, quale ulteriore forma di pubblicità, a tutti i propri clienti (e potenziali danneggiati) un avviso relativo alla possibilità di aderire alla azione di classe ammessa. Il Tribunale ha tuttavia respinto la richiesta bollandola come incongrua rispetto alla complessiva logica dell'art. 140 *bis* c. cons., che concepisce la pubblicità iniziale come un onere a carico della parte più diligente a pena di improcedibilità dell'azione; in particolare, i giudicanti hanno escluso che simile tecnica possa ricondursi vuoi al comma 11 dell'art. 140 *bis*, in quanto quest'ultimo farebbe esclusivo riferimento alla eventuale pubblicità ulteriore da effettuarsi a valle delle adesioni, vuoi tantomeno all'art. 210 c.p.c. essendo evidentemente priva di finalità probatoria¹⁰. Con un po' di quell'elasticità che appare connaturata all'azione di classe e che dunque è necessariamente richiesta anche all'interprete¹¹, non sarebbe forse troppo azzardato ritenere almeno che il potere di determinare le forme della pubblicità includa altresì quello di ordinare al convenuto la comunicazione al proponente di dati ed informazioni utili relativi ai singoli consumatori, onde agevolare una comunicazione mirata e capillare a cura e spese pur sempre del proponente¹².

pubblicità (sul quale: E. FERRANTE, *Pubblicità dell'ordinanza ammissiva e status degli aderenti nell'azione di classe*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 357 ss., 364). Come riconosce lo stesso Ferrante, il convenuto si limiterebbe a non ottemperarvi provocando così l'improcedibilità dell'azione, né pare che il mero rischio di un danno all'immagine (senza ulteriori sanzioni) possa da solo realisticamente indurre il convenuto a cooperare alla buona riuscita dell'iniziativa giudiziaria.

¹⁰ Trib. Torino, 15 giugno 2012, cit. Favorevole a simile tecnica, pena l'incostituzionalità dell'attuale regime della pubblicità: E. FERRANTE, *op. ult. cit.*, 366.

¹¹ Come già rilevato da B. ZUFFI, *supra*, Parte I, § 1.

¹² L'adozione di tecniche capillari di sollecitazione dell'adesione (ad esempio via *e-mail*) presuppone infatti la *disclosure* dei dati eventualmente in possesso del convenuto, al fine di individuare i potenziali interessati. Un accenno in tal senso in F. GIUGGIOLI, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, Padova, 2008, 96, nt. 52.

2. Il requisito della "omogeneità" dei diritti al ristoro del pregiudizio derivante da comportamenti anticoncorrenziali

Interesse del proponente è costruire una classe non solo numerosa, ma anche sufficientemente omogenea. Almeno con riguardo agli illeciti di sfruttamento produttivi di aumenti sovra-concorrenziali dei prezzi, si ripete che i requisiti di ammissibilità del trattamento in forma aggregata, sotto il profilo dell'omogeneità, dovrebbero di regola essere agevolmente soddisfatti, particolarmente quando le vittime siano consumatori al dettaglio nei confronti dei quali la contrattazione è standardizzata e soprattutto quando essi abbiano acquistato direttamente il prodotto interessato dalla pratica restrittiva¹³. In queste ipotesi, infatti, unico è il fatto generatore del danno (la condotta collusiva e abusiva preparatoria); identica la tipologia del danno, tipicamente patrimoniale, patito dalle vittime (aumento del prezzo effettivamente pagato rispetto al c.d. prezzo concorrenziale, cioè al prezzo che sarebbe stato pagato in assenza della condotta restrittiva), anche se ovviamente mediato dai singoli contratti, tra loro però del tutto omologhi; identica la sua derivazione dalla condotta illecita e quindi agevole sia la prova del nesso causale sia il calcolo del *quantum* su base comune, eventualmente tramite la fissazione di criteri omogenei di calcolo¹⁴. Le questioni propriamente indi-

¹³ Per tutti: S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. cit.*, 1482, nt. 194.

¹⁴ Nel senso che, provato il cartello, si possa presumere almeno per gli acquirenti diretti così l'esistenza di un qualche danno per tutti gli acquirenti (i.e. l'innalzamento del prezzo) e del nesso causale in base a criteri di alta probabilità logica: Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Corr. giur.*, 2007, 641, nt. S. BASTIANON, secondo la quale inoltre il danno antitrust è un caso paradigmatico di danno che non può essere provato nel suo preciso ammontare. La successiva giurisprudenza di legittimità ribadisce che l'accertamento amministrativo di un'intesa restrittiva anche solo per il suo oggetto fonda una presunzione di danno causalmente ricollegabile all'intesa e che la prova contraria sarebbe possibile solo deducendo precise circostanze specifiche all'impresa interessata e tali da dimostrare l'interruzione del nesso causale nel singolo caso (Cass., 26 maggio 2011, n. 11610; Id., 20 giugno 2011, n. 13486; Id., 9 maggio 2012, n. 7039: nel senso che la prova liberatoria avrebbe dovuto attenersi alla concreta e specifica situazione dell'impresa interessata, del singolo assicurato o della singola polizza, ovvero al raffronto tra le tariffe praticate da essa e quelle applicate da altra impresa non partecipante all'intesa illecita).

viduali dovrebbero essere quindi del tutto marginali. Anche il decorso della prescrizione sarà ancorato, almeno quando l'azione sia *follow-on*, ad un *dies a quo* uguale per tutti e cioè, secondo l'impostazione avallata in giurisprudenza, quello della divulgazione della decisione sanzionatoria dell'Agcm¹⁵.

Persino nel caso più semplice del consumatore vittima diretta (in ipotesi di abusi/intese che operino direttamente all'ultimo anello della catena distributiva: come avvenne appunto nel caso RCA e come potrebbe immaginarsi ad esempio nei settori della telefonia o dei trasporti di persone, quando il biglietto sia acquistato direttamente dalla compagnia di trasporto), tuttavia, potrebbero emergere differenziazioni, che però non vanno artificiosamente enfatizzate¹⁶. È inevitabile, infatti, che diverso per ciascun aderente possa essere il *quantum* del danno patito: tuttavia, da un lato si tratterà di regola di multipli di un danno base identico (il "sovrapprezzo"), dall'altro è ormai assodato che mere differenze del *quantum* sono irrilevanti ai fini della "omogeneità" dei diritti, come d'altra parte dottrina e giurisprudenza già avevano riconosciuto a fronte del previgente requisito di identità dei diritti¹⁷.

¹⁵ Sul *dies a quo* della prescrizione, alla luce delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza: M. NEGRI, *op. cit.*, 297; E. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 178 ss. Ovviamente resta il possibile momento differenziato di interruzione della prescrizione in ragione del tempo del deposito dell'adesione: stante la limitatezza dell'arco temporale in cui l'adesione è possibile, peraltro, questo non dovrebbe avere, di regola, influenza alcuna.

¹⁶ Il danno coincidente con il sovrapprezzo dovrebbe infatti stimarsi in modo identico per tutti i potenziali danneggiati secondo i consueti modelli econometrici, che valgono anche per il giudizio individuale e che già operano una decisa standardizzazione del pregiudizio, il quale potrà essere poi successivamente agevolmente apporzionato in base alle quantità di bene/servizio acquistate o fruite da ciascun aderente. Sulla normale standardizzabilità della liquidazione del *quantum*: A. GIUSSANI, *Aspetti processuali dell'azione di classe antitrust*, in *AIDA*, 2010, 470.

¹⁷ Trib. Roma, 25 marzo 2011, in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, appendice giurisprudenziale, 427 s.; App. Roma, 27 gennaio 2012, *ibidem*, 501 s., correttamente richiamando il comma 12 là dove ammette che il Tribunale possa stabilire il criterio omogeneo di calcolo delle somme spettanti ai singoli; Trib. Roma, 27 aprile 2012, in www.sviluppoeconomico.gov.it. In dottrina, per tutti: C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 80; S. BOCCAGNA, *Art. 140 bis commi 6, 7, 8, 9*, in E. CESÀRO, F. BOCCHINI (a cura di), *La nuova class action a tutela dei consumatori e degli utenti*, Padova, 2012, 173.

Sorprende pertanto constatare che in giurisprudenza affiorano ancora letture ultra-restrittive dell'ormai abrogato requisito dell'identità tra diritti¹⁸, giungendosi talora a trarre spunto dall'intervento normativo per suffragare retrospettivamente l'interpretazione più angusta, in sprezzo agli sforzi del legislatore. In effetti, in varie decisioni emerge l'idea che le modifiche del 2012¹⁹ si applichino solo ai processi avviati dopo l'entrata in vigore della riforma, perpetuando l'equivoco della natura sostanziale e non già processuale dell'art. 140 *bis* c. cons., almeno con riguardo alle condizioni di ammissibilità dell'azione²⁰. Per questa via, si finisce per prolungare artificiosamente la vita della disposizione abrogata, mortificando la chiara intenzione legislativa di agevolare, con le ultime modifiche, l'applicazione sin qui stentata dell'azione di classe. Crediamo però che l'art. 140 *bis* sia una disposizione squisitamente processuale, in quanto disciplina una tecnica processuale e non già crea

¹⁸ Benché la motivazione sia apodittica, parrebbero pretendere la rigorosa identità del *quantum*: Trib. Roma, 16 settembre 2011 e App. Roma, 28 novembre 2012 in www.classactionromanettuno.org (la pretesa al risarcimento del danno, parametrato al costo del biglietto ferroviario per la tratta interessata, viene giudicata priva di omogeneità: “se riferita al danno relativo al prezzo dei biglietti acquistati dai viaggiatori la domanda deve giudicarsi inammissibile per difetto di omogeneità degli interessi lesi”; l'altrimenti incomprensibile statuizione si spiega solo con la considerazione che ciascun pendolare avrebbe subito un danno diverso in ragione del numero di biglietti acquistati ovvero del diverso costo unitario dei biglietti acquistati). Questa deriva è stata seguita anche da Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, cit., là dove pretende (alla luce del testo previgente) che “vi siano diritti coincidenti in tutti gli elementi costitutivi, sia con riferimento all'*an* sia con riferimento al *quantum*, potendosi differenziare solo per il fatto che ineriscano a soggetti differenti”, aggiungendo che questa lettura trova conferma nella successiva sostituzione della parola ‘identici’ con la parola ‘omogenei’ effettuata proprio allo scopo di estendere e diffondere l'azione di classe (anche se la vera *ratio* del rigetto nel merito è il difetto di prova relativamente alle situazioni non del tutto coincidenti).

¹⁹ Sulle quali già B. ZUFFI, in Parte I, § 3.

²⁰ Emblematica l'ordinanza di ammissibilità adottata da: Trib. Roma, 27 aprile 2012, cit., ove si legge che “non è in discussione l'inapplicabilità al caso di specie della modifica apportata dal d.l. n. 1/2012... trattandosi di norma a contenuto sostanziale applicabile solo ai nuovi giudizi” (il collegio peraltro accede poi ad una nozione ampia del concetto di identità-omogeneità). Si veda anche: Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, cit., ove si legge testualmente che la nuova versione dell'art. 140 *bis* sarebbe in vigore dal 25 marzo 2012 “per i giudizi successivamente incardinati”.

diritti sostanziali prima non esistenti²¹, e che quindi le modifiche dovrebbero trovare immediata applicazione, in assenza di disposizioni transitorie, ai processi in corso secondo la regola *tempus regit actum*; il che vale *a fortiori* per l'eliminazione di ogni riferimento alla identità dei diritti, trattandosi di ritocco meramente chiarificatore e sostanzialmente recettivo di una lettura già ampiamente attestata. In un'azione di classe iniziata prima del 25 marzo 2012, la cui fase di vaglio preliminare di ammissibilità non sia stata ancora definita, il collegio dovrebbe osservare il dettato del nuovo art. 140 *bis* e quindi, al momento della pronuncia dell'ordinanza, valutare la omogeneità (e non già l'identità) dei diritti, senza che rilevi la data dell'instaurazione della controversia²².

Ciò detto, è chiaro che anche nel settore *antitrust* l'attore deve prestare attenzione a come costruisce la classe. In particolare, il tasso di variabilità tra le pretese risarcitorie fondate sull'illecito anticoncorrenziale tende ad aumentare soprattutto quando, come spesso avviene, il consumatore finale sia una vittima meramente indiretta: il danno che questi subisce è frutto della traslazione a valle del sovrapprezzo ad opera dei soggetti intermedi nella catena produttivo-distributiva, la cui ca-

²¹ Sulla natura processuale dell'art. 140 *bis* c. cons. conviene la maggioranza della dottrina processual-civilistica (per tutti si rinvia a: C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 61; *contra*: C. PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 268). In giurisprudenza, la natura processuale della norma è riconosciuta da: Trib. Torino, 4 giugno 2010, in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 403 ss.; Trib. Roma, 25 marzo 2011, *ibidem*, 427 ss.; App. Roma, 27 gennaio 2012, *ibidem*, 501 ss., là dove si pone il problema della compatibilità costituzionale per irragionevole deviazione della "regola ordinaria applicabile alle norme processuali"; *contra*, per la natura sostanziale: App. Torino, 23 settembre 2011, *ibidem*, 461 ss.

²² E. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 213; A. GIUSSANI, *L'azione di classe: aspetti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 343, nt. 5. Analoga conclusione dovrebbe estendersi alla fase di reclamo, quale impugnazione sostitutiva aperta ai *nova* e quindi *in primis* alle sopravvenienze normative. In omaggio al principio *tempus regit actum*, per contro, la nuova formulazione della norma dovrebbe restare ininfluente sulla prosecuzione del processo quando l'ordinanza di ammissibilità sia già stata adottata alla luce della normativa previgente e sia ormai definitiva: in tal caso, il giudice pronunciandosi in via definitiva dovrà fare applicazione dell'ordinanza di ammissibilità già adottata, espungendo gli aderenti le cui pretese non risultassero incluse nella classe così come all'epoca definita.

pacità di riversare l'aumento sui clienti potrebbe essere differenziata²³. Se non c'è dubbio che anche quello subito dall'acquirente indiretto rientri astrattamente nell'area dei danni risarcibili²⁴, la posizione del consumatore finale (peraltro l'unico legittimato all'azione di classe) in

²³ La traslazione del danno in concreto dipenderà da molteplici variabili, alcune delle quali peraltro suscettibili di prova "comune" in relazione a *ciascun gruppo* di intermediari: dall'elasticità di domanda e offerta, dalle condizioni concorrenziali sul mercato a valle, dalla durata del cartello e dalla frequenza degli scambi, dalla sua incidenza su costi variabili o su quelli fissi dell'intermediario (*Guida pratica alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'art. 101 o 102 TFUE*, annessa alla Comunicazione della Commissione 2013/C 167/07 dell'11 giugno 2013, pt. 170 ss.); A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, 273 ss., 293. In assenza di espresse previsioni normative in tal senso, non è invece possibile ammettere a vantaggio del solo acquirente indiretto una presunzione relativa di traslazione integrale del prezzo, dato che la traslazione integrale non corrisponde affatto all'*id quod plerumque accidit*. La prova potrà però essere fornita mediante presunzioni semplici, ove l'acquirente riesca a dimostrare circostanze indiziarie dalle quali possa inferirsi con probabilità o verosimiglianza la traslazione (ad esempio, la lunga durata del cartello o la inelasticità della domanda): A. TOFFOLETTO, *op. ult. cit.*, 296; G. AFFERNI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2009, 494 ss., 515 ss.; M. SCUFFI, *La class action in funzione antitrust*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, 1180. A questo proposito si veda ora la recentissima proposta di Direttiva in materia risarcimento del danno derivante da violazioni del diritto della concorrenza nazionale e della Unione europea (11 giugno 2013, COM 2013 404), il cui art. 13 muove bensì dal principio che esistenza ed entità della traslazione debbano essere provate dall'attore acquirente indiretto, ma poi al comma 2 di fatto re-introduce (sotto forma di alleggerimento dello *standard* probatorio) una sorta di presunzione relativa almeno quanto all'*an* del trasferimento, dal momento che basta provare l'illecito, il sovrapprezzo pagato dal soggetto intermedio e l'acquisto del medesimo bene o di un bene derivato.

²⁴ Nel nostro ordinamento improntato alla funzione essenzialmente compensativa del risarcimento ed alla stregua altresì delle indicazioni provenienti dalle corti comunitarie (da ultimo la citata proposta di Direttiva, artt. 2 e 13), non è possibile escludere la risarcibilità dei danni subiti dall'acquirente indiretto, sul quale sia stato trasferito il sovrapprezzo da parte dell'intermediario acquirente diretto (per riferimenti: M. NEGRI, *op. cit.*, 278 ss.). Decisamente a favore della estensione del rimedio di classe anche ai consumatori acquirenti indiretti (dato che il danno *antitrust*, che è danno aquiliano, non presuppone affatto una relazione contrattuale con l'impresa responsabile della condotta anticompetitiva: G. AFFERNI, *Azione di classe e danno antitrust*, cit., 496; E. FERRANTE, *op. ult. cit.*, 174 ss.).

questi casi è notoriamente piuttosto scomoda. Alle accentuate difficoltà di prova del nesso causale con la condotta illecita, che potrebbero incidere negativamente (soprattutto quando la catena produttivo-distributiva sia troppo lunga ed il bene abbia subito trasformazioni rilevanti) già sul vaglio di “non manifesta infondatezza” della pretesa²⁵, si aggiungono le più che probabili eccezioni, da parte dell’impresa convenuta, di difetto di omogeneità dei diritti individuali inclusi all’interno della classe degli acquirenti finali²⁶. Pur non negandosi queste difficoltà, occorre evitare di irrigidire eccessivamente il requisito della omogeneità delle pretese, pena altrimenti l’impossibilità di far funzionare il rimedio.

²⁵ Nel senso che il nesso causale rischi di evaporare quando il bene sul quale incide la condotta restrittiva sia stato trasformato significativamente nel corso del processo produttivo, così da rendere difficile discernere quanto l’aumento del prezzo del singolo componente abbia inciso sul prezzo finale: G. AFFERNI, *La traslazione del danno*, cit., 516; F.W. BULST, *Private antitrust enforcement at a roundabout*, in *EBOR*, 2006, 725 ss., 743. In assenza di correttivi, quindi, l’estrema difficoltà di calcolare il *passing-on* in caso di trasformazioni del bene fa sì che, se il cartello riguarda una materia prima, difficilmente gli acquirenti del prodotto finito possano ottenere un risarcimento (sottolinea le estreme difficoltà di prova: W.H. PAGE, *Class Interpleader. The AMC’s recommendation to overrule Illinois Brick*, in *53 Antitrust Bull.*, 2008, 125 ss., 741; esplora possibili soluzioni per ovviare al problema: R.H. LANDE, *New options for State Indirect Purchaser Legislation: protecting the real victims of antitrust violations*, in *61 Ala L. Rev.*, 2010, 447 ss., 454 ss.).

²⁶ A. TOFFOLETTO, *L’azione di classe e la violazione delle norme antitrust*, in *Class actions: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Milano, 2011, 235 s., 235, con riguardo al caso di materia prima incorporata in prodotti diversi; G. AFFERNI, *op. ult. cit.*, 515 con riguardo a diverse politiche di prezzo delle imprese intermedie. Taluno addirittura giunge, con argomentazioni resistibili, sino a rendere del tutto impraticabile l’azione di classe per i comportamenti anticoncorrenziali: solo i consumatori finali possono agire, ma se il danno è mediato da un intermediario si spezzerebbe ineluttabilmente il nesso causale e, quand’anche l’acquisto fosse diretto, la prova del danno *ex art.* 1440 c.c. richiederebbe valutazioni necessariamente individualizzate (E. CAMILLERI, *Azione di classe a tutela dei consumatori e comportamenti anticoncorrenziali*, in *AIDA*, 2010, 415 ss., 441).

3. (segue) *Differenziazioni interne alla classe e sotto-classi*

L'omogeneità, infatti, è in realtà una nozione “funzionale” e va intesa in sostanza come prevalenza delle questioni comuni su quelle individuali: tanto più oggi che, come emerge dal novellato comma 12, l'azione di classe si proietta sempre più decisamente verso una condanna piena e specifica a vantaggio dei singoli aderenti²⁷. Se quindi l'omogeneità deve auspicabilmente sussistere con riguardo a tutte le questioni rilevanti ai fini della fondatezza della domanda, che debbono essere suscettibili di prova su base comune (occorrendo perciò che “omogenei” siano anche l'interesse violato ed il tipo di danno lamentato), non sarebbe probabilmente ammissibile una classe omnicomprensiva, composta ad esempio dall'intero insieme dei consumatori che abbiano subito un qualsiasi pregiudizio causalmente riconducibile al cartello e quin-

²⁷ “Omogeneità” è criterio difficile da definire univocamente ed è in realtà suscettibile di una valutazione flessibile, adattata alle esigenze del caso concreto. Secondo una prima impostazione, più largheggiante, basterebbe la mera “dipendenza dal medesimo illecito” (A. GIUSSANI, *op. ult. cit.*, 343; P. FIORIO, *op. cit.*, 520, ma solo ove si ammetta che l'oggetto dell'azione di classe possa esaurirsi nel mero accertamento). Si è tuttavia opportunamente precisato che essenziale è altresì l'omogeneità qualitativa del tipo di danno lamentato (M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Milano, 2011, 246). La dottrina prevalente reputa dunque che il requisito sia integrato quando le questioni comuni prevalgono su quelle meramente individuali, così avvicinando il requisito a quello della *predominance*: C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 85 ss., 90, 188, 292; M. LIBERTINI, *op. cit.*, 246; S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. cit.*, 1420 s.; G. AFFERNI, *Azione di classe e danno antitrust*, cit., 507 s., sottolineando la necessità di prova su base comune per tutti gli elementi costitutivi della pretesa. Per una nozione in linea di principio ampia di omogeneità, da eventualmente correggersi però in senso restrittivo in nome di esigenze di gestibilità della controversia: E. FERRANTE, *op. ult. cit.*, 223 ss. È chiaro quindi che il modo di intendere l'omogeneità è strettamente correlato al contenuto della sentenza di classe (nel senso che il grado di omogeneità necessario vari al variare del contenuto della sentenza conclusiva: R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., 216 ss., 257). Se quindi l'azione deve necessariamente sfociare in una condanna piena e specifica a vantaggio dei singoli aderenti, sarà necessaria (per assicurare la gestibilità della controversia) una elevata omogeneità, cioè la quasi totale assenza di questioni non suscettibili di prova comune: donde l'esigenza di circoscrivere attentamente la classe e di estromettere gli aderenti nei confronti dei quali siano state sollevate eccezioni peculiari e non palesemente infondate (v. anche S. BOCCAGNA, *op. cit.*, 178).

di comprensiva finanche dei consumatori c.d. esclusi, che avessero rinunciato all'acquisto e lamentino un danno (in questo caso non patrimoniale) *tipologicamente* diverso rispetto agli acquirenti²⁸.

Non per questo tuttavia si deve escludere a priori che l'azione di classe possa essere proposta per conto di tutti coloro che, in relazione al medesimo illecito, abbiano subito un danno dello stesso tipo (ad es., aumento del prezzo) sia pure secondo modalità differenziate, in ragione ad esempio dell'acquisto di prodotti diversi incorporanti quello oggetto della pratica anticoncorrenziale ovvero del fatto che l'acquisto sia avvenuto con diverse modalità o sia stato effettuato presso soggetti differenti, con o senza l'interposizione di un intermediario. Ancora, si immagini un cartello di prezzo tra compagnie di trasporti operanti sulla medesima tratta ed una classe, interamente composta da consumatori, ma comprensiva sia di soggetti che hanno acquistato direttamente dalla compagnia convenuta, sia di soggetti che hanno acquistato per il tramite di agenzie turistiche all'interno di pacchetti tutto compreso²⁹.

Fermo che, in primo luogo, il requisito dell'omogeneità non va strumentalmente esasperato enfatizzando qualsiasi divergenza marginale³⁰, in situazioni di questo tipo il giudice dovrebbe prendere in considerazione l'opportunità di scindere la classe ai fini della trattazione, in modo da ammettere l'azione nella composizione il più possibile ampia. Infatti, se una classe troppo ampia rischia di rendere ingestibile il processo, offuscando le note comuni, una classe definita in termini troppo angusti potrebbe rendere ancora più difficile la raccolta di un numero sufficientemente cospicuo di adesioni. La suddivisione in sottoclassi,

²⁸ A. TOFFOLETTO, *op. ult. cit.*, 238.

²⁹ Questo parrebbe essere il caso, ad esempio, della vicenda dei prezzi per i traghetti da e per la Sardegna: alcuni consumatori finali potrebbero avere acquistato il biglietto non già direttamente dalle compagnie di traghetti, ma da un intermediario come ad esempio un *tour operator* che vende pacchetti turistici (G. AFFERNI, *Class action e danno antitrust: il caso traghetti*, cit., 120).

³⁰ Altrimenti non si riuscirebbe mai a costruire una classe sufficientemente omogenea e con una sufficiente "massa critica", come ha insegnato l'esperienza della azione di classe torinese in materia di trasporti pubblici: App. Torino, 26 gennaio 2012, cit., precisa infatti che non vanno enfatizzate peculiarità marginali, conseguentemente individuando una classe omogenea di utenti-pendolari *titolari di abbonamenti di diversa durata*, a prescindere dalla prova (che attiene al merito) dell'effettuazione di viaggi.

già in sede di ammissibilità e dunque ai fini della trattazione e poi ai fini della fissazione di differenti criteri di calcolo (i.e. moltiplicatori) del *quantum debeatur*, consentirebbe appunto di fronteggiare eventuali obiezioni di non sufficiente omogeneità della classe così come delineata dal proponente nell'atto di citazione³¹.

Non può, infatti, escludersi che, pur quando le pretese dei potenziali aderenti non siano perfettamente sovrapponibili e quindi riducibili ad un paradigma rigorosamente unitario, riesca comunque possibile individuare dei sotto-gruppi al loro interno omogenei (e solo *parzialmente* disomogenei l'uno rispetto all'altro) formati, ad esempio, da pretese risarcitorie/restitutorie tutte dipendenti dal medesimo illecito e relative alla *medesima tipologia di danno* e che si differenziano solo per la diversa struttura del nesso causale.

Il potere di segmentare la classe, con riguardo alle questioni comuni a molti ma non a tutti, non è espressamente previsto. Pur dovendosi ammettere che gli appigli letterali sono flebili, esso potrebbe tuttavia ritenersi implicito nel potere riconosciuto al giudice dal co. 9 lett. a) in sede di definizione dei contorni della classe e quindi dei *crite-*

³¹ La possibilità di divisione in sottoclassi è ammessa da: M. LIBERTINI, *op. cit.*, 247 (ad es., a fronte di una stessa p.c.s., ad es. una pubblicità ingannevole che provochi danni differenziati, distinguendo tra: acquisti isolati e acquisti plurimi o abbonamenti; diversi modi di utilizzo del bene causa di danni ulteriori); G. AFFERNI, *Azione di classe*, cit., 506; R. DONZELLI, *op. ult. cit.*, 289; S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. cit.*, 1461 s.; P. FIORIO, *op. cit.*, 523; M. GUERNELLI, *La nuova azione di classe: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 917 ss., 926; P. PORRECA, *Ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 541; E. FERRANTE, *Pubblicità dell'ordinanza ammissiva e status degli aderenti*, cit., 373; M. NEGRI, *op. cit.*, 409. Un accenno consonante in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 214, in nota; L. D'ACUNTO, *Art. 140 bis co. 12*, in E. CESÀRO, F. BOCCHINI (a cura di), *op. cit.*, 257. In senso contrario, *de jure condito*: F. SANTANGELI, P. PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in V. VIGORITI, G. CONTE (a cura di), *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, Torino, 2010, 209, 238; C. CAVALLINI, *Azione collettiva risarcitoria e controversie finanziarie*, in *Riv. soc.*, 2010, 1123; F. PORCARI, *Aporie ricostruttive e qualche punto fermo nella certification dell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, nt. 35; per implicito, postulando l'unicità del criterio omogeneo di calcolo: V. TAVORMINA, *La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*, in *Obbligaz. e Contr.*, 2010, 246 ss., § 4.

ri (al plurale) per l'inclusione o esclusione degli aderenti, anche se in senso contrario depono l'uso del singolare al comma 12 con riguardo al criterio omogeneo di calcolo. L'ostacolo principale deriva dall'esigenza, dato che l'art. 140 *bis* c. cons. presuppone che la domanda sia proposta da un consumatore appartenente alla classe e quindi da un soggetto che si trovi nella situazione tipica, di individuare un diverso campione rappresentativo per ogni sotto-classe, eventualmente con un diverso avvocato³².

In realtà, la distinta difesa delle diverse sotto-classes diventa impellente solamente nelle rare ipotesi di veri e propri, corposi conflitti di interesse, tali da rendere impossibile che un unico soggetto possa fedelmente tutelare i diritti di tutti gli aderenti: ad esempio, quando la difesa unitaria dei più proponenti si trovasse a dover simultaneamente sostenere argomenti inconciliabili³³. Così – in uno scenario ove la legittimazione attiva fosse riconosciuta anche alle piccole imprese³⁴ – arduo

³² Per i casi in cui non possa farsi a meno di un distinto rappresentante e di un distinto collegio difensivo, si è prospettata come ipotesi di lavoro l'applicazione analogica del procedimento di nomina di un curatore speciale *ex* artt. 78, 79 e 80 c.p.c. (S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. cit.*, 1461; R. DONZELLI, *op. cit.*, 290). La proposta consentirebbe in sostanza di aggirare il divieto di intervento volontario di cui al co. 1, autorizzando l'ingresso successivo di un ulteriore consumatore da affiancare al proponente originario; il nuovo proponente per la sotto-classe verrebbe infatti nominato dal giudice, su istanza di parte o del p.m., ma solo ove l'interessato accetti di assumere su di sé i rischi connessi al ruolo.

³³ Cfr. G. AFFERNI, *op. ult. cit.*, 505 s., che ravvisa un possibile conflitto di interessi "intra-classe", quando il patrimonio del convenuto rischi di non essere capiente, e la classe includa consumatori di diversi prodotti in relazione ai quali sia più o meno agevole la prova della traslazione del danno (in questi casi il gruppo più "forte" avrebbe interesse a veder rigettate le domande dell'altro).

³⁴ Sull'opportunità di estendere la legittimazione attiva alle piccole e medie imprese o almeno alle microimprese (la cui debolezza, al cospetto di *partners* commerciali di ben maggiori dimensioni, è oggi certificata proprio nel contesto dello stesso Codice del consumo dall'art. 18, comma 1, lett. d) *bis* c. cons. – introdotto dall'art. 7 d.l. 1/2012 – che, insieme agli artt. 19 e 27, legittima le "microimprese" ad adire l'Agcm per denunciare pratiche commerciali scorrette, estendendo loro una forma di tutela amministrativa già prevista per i soli "consumatori" tradizionalmente intesi con lampante incoerenza rispetto all'art. 140 *bis* c. cons., che invece concede lo speciale rimedio giudiziale contro le medesime pratiche commerciali scorrette solo al consumatore tradizionalmente inteso): M. NEGRI, *op. cit.*, 379 ss.; E. FERRANTE, *op. cit.*, 44 s.; A. GIUSSANI, *Aspetti*

sarebbe rappresentare fedelmente sia l'acquirente diretto-intermediario sia l'acquirente finale, posto che le due classi hanno interesse *contrario* alla prova della traslazione del danno. In queste ipotesi, sarebbe davvero indispensabile individuare un ulteriore proponente, che (soprattutto) si affidi ad un diverso collegio difensivo.

Al di fuori di queste ipotesi remote, quando si profili *ex ante* la possibilità di una suddivisione in sottoclassi, il silenzio normativo sul sub-ingresso di un ulteriore proponente, all'atto pratico (e soprattutto quando, come sin qui sempre è avvenuto, il reale tessitore dell'iniziativa processuale sia un'associazione) potrebbe aggirarsi mediante una domanda congiunta proposta da una pluralità di proponenti³⁵, ciascuno rappresentativo di una *variante* delle situazioni sostanziali omogenee e seriali per le quali si agisce. L'unicità di impostazione della strategia processuale con riguardo alle questioni comuni a tutti sarebbe garantita *in via di fatto* nella misura in cui tutti i proponenti si affidino ad un unitario collegio difensivo e diano mandato alla medesima associazione

processuali dell'azione di classe antitrust, cit., 453. Si vedano altresì le considerazioni esposte in P. BUCCIROSSI, M. CARPAGNANO, L. CIARI, M. TOGNONE, C. VITALE (a cura di), *Collective Redress in Antitrust. Study*, Brussels, 2012, § 4.3.3, 69, ove si argomenta la necessità di fissare una soglia dimensionale limite per l'accesso all'azione di classe, che renda il rimedio percorribile alle sole micro-imprese. In senso contrario all'estensione, *de jure condendo*, del rimedio alle piccole e medie imprese: A. TOFFOLETTO, *L'azione di classe e la violazione delle norme antitrust*, cit., 238, giudicando opportuna, soprattutto nel contesto *antitrust*, la limitazione della legittimazione attiva al solo consumatore finale sia perché le imprese di regola non hanno bisogno dell'incentivo della *class action*, sia perché in tal modo si eviterebbero le difficoltà connesse all'eccezione di *passing on*.

³⁵ L'originaria, simultanea presenza di una pluralità di consumatori proponenti che diano mandato alla medesima associazione è frequente nelle esperienze sin qui maturate; ad es., App. Torino, 26 gennaio 2012, in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 484 ss. (in quel caso due consumatori agivano in proprio e mediante l'associazione mandataria, ciascuno rappresentando una potenziale sotto-classe di abbonati, con abbonamento mensile o annuale); Trib. Roma, 11 aprile 2011, *ibidem*, 439 s.; App. Torino, 23 settembre 2011, *ibidem*, 461 s. (vicenda in cui pure vi era una pluralità di proponenti assistiti da un'unica associazione). V. anche Trib. Milano, 13 marzo 2012, *ibidem*, 510, ammettendo l'intervento di altro proponente originario, la cui legittimazione era stata contestata. Nel senso che "nulla vieta che l'azione collettiva sia esperita da uno o più danneggiati assieme": C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 111, in nota.

consumeristica, idonea ad adeguatamente *coadiuvarli* tutti³⁶. Così si evita tra l'altro la moltiplicazione di voci dal lato dell'attore e non si complica ulteriormente la trattazione dell'azione di classe preservando il (preferibile) contraddittorio uno-contro-uno³⁷.

Infatti, nella maggior parte dei casi le differenziazioni interne non offuscheranno la sostanziale identità di interesse³⁸ e quindi non dovrebbero intralciare una difesa comune che sia adeguata e fedele a vantaggio dell'intera platea di aderenti: ad esempio, il fatto che solo alcuni dei consumatori abbiano acquistato da un intermediario e quindi che solo per tale specifico sotto-gruppo di aderenti sarà necessario allegare

³⁶ È chiaro che questa proposta recupera l'unità dell'interlocutore facendo leva sulla gestione unitaria della lite sostanzialmente ad opera dell'associazione, superando di fatto la finzione su cui riposa il ruolo che quest'ultima svolge. È pacifico che la legge attribuisce la legittimazione al singolo, che si afferma titolare di un diritto asseritamente omogeneo a quello di una moltitudine di altri co-legittimati, e non già all'associazione, la quale svolge un ruolo di eventuale, mero coadiutore tecnico-organizzativo accanto a quello di consulenza giuridica svolta dall'avvocato. Nella realtà, tuttavia, il proponente è solo un soggetto cooptato dall'associazione (che sarà la vera protagonista della strategia processuale) e la peculiarità del "mandato" all'associazione, colorato da una connotazione semi-pubblicistica, fa sì che debba probabilmente escludersene la revocabilità *ad nutum*. Sul ruolo rispettivo delle associazioni e del proponente, si rinvia alle ampie considerazioni di B. ZUFFI, Parte I, § 2.

³⁷ Sul quale insistono C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 116, conseguentemente rifiutando di regola sia la compresenza di più *class representatives* per una stessa classe, ciascuno con un diverso legale; sia il cumulo di azioni di classe meramente connesse, onde evitare l'eccessiva complicazione del processo (C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 208 ss., 215 ss., nt. 8). *Contra*, ammettendo una pluralità di promotori che agiscano con atti separati dando vita ad un cumulo di domande dal lato attivo: V. TAVORMINA, *op. loc. cit.*; R. DONZELLI, *op. ult. cit.*, 291.

³⁸ Nel senso che il requisito dell'assenza di conflitti di interesse, che deve essere valutato dal giudice al fine di ammettere l'azione, faccia riferimento essenzialmente all'ipotesi (di rara verifica) in cui il proponente (o l'associazione mandataria) "coltivi interessi collimanti con quelli del convenuto": C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 185. Nel senso, invece, che possa rilevare anche il disallineamento dell'interesse del proponente rispetto a quello dell'intera classe (nel qual caso farebbe difetto già la "tipicità" della pretesa del proponente): R. DONZELLI, *op. ult. cit.*, 139. Peraltro, lo stesso Donzelli riconosce che non sempre e necessariamente la divisione in sotto-classi incide sull'adeguata rappresentatività del proponente o il piano del conflitto di interessi.

e provare l'avvenuta traslazione del sovrapprezzo, di per se stesso non costringe a tenere linee difensive inconciliabili³⁹.

Comunque, ove non si ammetta la tecnica del *sub-classing* e la classe sia stata dall'attore delineata in termini troppo ampi, l'epilogo non è necessariamente l'inammissibilità radicale dell'azione: il comma 9 assegna infatti al giudice quantomeno il compito di "ridisegnare" in senso restrittivo i contorni della classe, o almeno di invitare il proponente a farlo, in modo da recuperare la necessaria omogeneità. È quindi importante sottolineare che la riduzione *ope judicis* della classe, operata con l'ordinanza di ammissibilità, lascia perfettamente liberi i soggetti da essa esclusi (avessero o meno già aderito) di riaggregarsi in una nuova classe⁴⁰, che ben potrebbe alimentare una nuova azione parallela alla prima nei confronti della medesima impresa⁴¹. La nuova azione di

³⁹ Di regola, l'associazione consumeristica, che sta dietro al proponente, dovrebbe garantire adeguatamente la difesa fedele degli interessi di tutti i consumatori, indipendentemente dal fatto che per alcuni di essi sia necessario articolare difese ulteriori e peculiari. Si potrebbe anzi ipotizzare che si possa addirittura fare a meno della stessa pluralità di proponenti, almeno quando sia presente anche l'associazione mandataria (e si tratti di una delle associazioni riconosciute di cui all'art. 139 c. cons.), che dovrebbe offrire garanzia sufficiente (anche alla luce dello scopo statutario di tutela dei diritti dei consumatori) di una gestione della lite idonea a garantire il diritto di difesa di tutti i potenziali aderenti (R. DONZELLI, *op. ult. cit.*, 290; M. NEGRI, *op. cit.*, 414). Ipotizza che ciascun singolo possa ritenersi legittimato a far valere pretese riconducibili ad una classe più ampia rispetto a quella ritagliata sugli specifici caratteri della sua pretesa, pur riconoscendo che così si rende "sempre più simbolica ed evanescente la figura dell'attore": M. LIBERTINI, *op. cit.*, 249. Nel senso che il giudice possa anche cautamente *ampliare* i contorni della classe rispetto alla situazione inizialmente prospettata dall'attore: S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. cit.*, 1460.

⁴⁰ Ammettono la riaggregazione di una nuova (e diversa) azione di classe per fare valere le pretese escluse dalla prima in quanto non omogenee: R. DONZELLI, *op. ult. cit.*, 334; C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 214, nt. 6; M. NEGRI, *op. cit.*, 411. Se invece la ridefinizione riduttiva della classe dovesse lasciare agli esclusi unicamente la possibilità di agire in via individuale (G. AFFERNI, *op. ult. cit.*, 506; e se ben si intende, E. FERRANTE, *L'azione di classe*, cit., 225), l'efficace tutela dei diritti dei consumatori sarebbe decisamente frustrata, giacché l'azione individuale è solo astrattamente percorribile ma di fatto non verrà coltivata.

⁴¹ In questa ipotesi, potrebbe peraltro porsi un problema di prescrizione dato che l'esclusione dell'aderente eccentrico, invalidandone l'atto di accesso, impedisce anche l'effetto interruttivo della prescrizione. Questa preoccupazione suggerisce di anticipare

classe non risulta infatti preclusa dal comma 14, che dichiara “non proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della medesima impresa dopo la scadenza del termine assegnato dal giudice” per l’adesione alla prima, in quanto si tratta di un’azione meramente connessa ma per definizione non identica alla prima (altrimenti non vi sarebbe stata necessità di circoscrivere la definizione della classe)⁴².

La prospettiva della divisione in sotto-classi presenta perciò vantaggi non solo nell’ottica dell’attore proponente e dell’associazione mandataria, che mirano ad aggregare una classe il più possibile numerosa vuoi ai fini del finanziamento dell’azione⁴³, vuoi nella prospettiva di eventuali trattative finalizzate alla transazione; ma anche dal punto di vista dell’economia dei processi, concentrando in un unico giudizio una trattazione ed un’istruttoria per larghi tratti coincidenti. Infine, dalla divisione in sottoclassi trarrebbe vantaggio anche l’impresa convenuta, scongiurando un duplice processo di classe per i medesimi fatti⁴⁴.

quanto più possibile l’espunzione degli aderenti eccentrici, da farsi quindi con ordinanza a ridosso del termine per le adesioni (C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 153, nt. 59). La giurisprudenza mostra peraltro di non tenere nella dovuta considerazione questo problema, affrontando la posizione dei singoli aderenti solo con la sentenza finale (così Trib. Napoli, 18 marzo 2013, cit.) o comunque dichiarando che le posizioni dei singoli aderenti e la regolarità della loro adesione non saranno valutate nell’ulteriore corso della trattazione (così Trib. Torino, 15 giugno 2012, cit.). Si veda anche *supra* nota 5.

⁴² Ed è assai discusso se sia ammissibile una riunione successiva ai sensi dell’art. 274 c.p.c. di azioni di classe (non identiche, ma) meramente connesse. In senso contrario: C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 216; Trib. Roma, 25 marzo 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 1889, secondo cui la riunione delle cause sarebbe consentita solamente ai sensi del comma 14 e quindi solamente in caso di assoluta uguaglianza dei tratti oggettivi delle domande (nel caso di specie il Tribunale respingeva l’istanza attorea di riunione di due distinte azioni di classe, poiché i proponenti erano in un caso titolari di conti affidati e nell’altro di conti non affidati e quindi si trovavano in situazioni disomogenee, le relative domande presentando diversa *causa petendi* e diverso *petitum*).

⁴³ Nel senso che il proponente (ovvero per lui l’associazione mandataria) possa finanziare l’azione di classe anche raccogliendo contributi dai consumatori all’atto dell’adesione: G. AFFERNI, *op. ult. cit.*, 516; C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 131, 139.

⁴⁴ Secondo G. AFFERNI, *op. ult. cit.*, 506, invece l’identità di due azioni di classe relative al medesimo illecito e contro la medesima impresa non sarebbe offuscata dalla carente omogeneità delle pretese (ove conglobate in un’unica classe), con la conse-

Con particolare riguardo ai cartelli, ci si deve chiedere ancora se sia possibile costruire una classe che coinvolga tutti i consumatori che abbiano sopportato il sovrapprezzo, indipendentemente dal fatto che tutti abbiano acquistato dalla medesima impresa convenuta. Se si conviene che il coinvolgimento in una intesa anticoncorrenziale fondi una responsabilità extracontrattuale solidale (art. 2055 c.c.), con la conseguenza che qualsiasi impresa colludente potrebbe essere chiamata a rispondere nei confronti di tutte le vittime del cartello, la prospettiva più ampia ed inclusiva sembrerebbe astrattamente praticabile posto che per tutti i danneggiati si deve provare un danno qualitativamente omogeneo derivante da una condotta unitaria⁴⁵, salva sempre la eventuale divisione in sottoclassi nel solo caso in cui emergessero serie questioni davvero peculiari alla clientela di ciascun membro del cartello. L'alternativa anche in questo caso sarebbe la parallela pendenza di azioni di classe connesse nei confronti dei diversi membri del cartello, ciascuna per conto dei rispettivi acquirenti (diretti o indiretti). Sono queste le ipotesi in cui probabilmente dovrebbe anche ammettersi un litisconsorzio facoltativo passivo originario, in modo da coinvolgere nell'azione di classe tutte le imprese corresponsabili e quindi tutti i rispettivi clienti, anche al fine di prevenire contestazioni della propria legittimazione passiva da parte dell'unico convenuto⁴⁶. Tra l'altro, ove non convenute

guenza che scatterebbe la disciplina del comma 14: a questa stregua, le più azioni per classi disomogenee, ciascuna con un diverso proponente, sarebbero riunite in un unico processo dando vita ad un cumulo di azioni di classe sostanzialmente coincidente con la divisione in sotto-classi (intesa come litisconsorzio attivo dei proponenti con pluralità di domande) fin dal principio. Tuttavia, così ragionando, il gruppo "escluso" avrebbe l'onere di riorganizzarsi entro il termine per l'adesione alla prima azione di classe ammessa nella compagine più angusta, pena la definitiva consumazione del rimedio.

⁴⁵ E. FERRANTE, *op. ult. cit.*, 177, rilevando l'assenza di ostacoli sotto il profilo sostanziale; *contra* G. AFFERNI, *op. ult. cit.*, 479, osservando che la solidarietà non è di per sé sufficiente a garantire l'omogeneità se i partecipi alla collusione non abbiano tenuto rapporti omogenei con i rispettivi consumatori. Per ulteriori riferimenti sulla natura solidale della responsabilità (riconosciuta espressamente dalla citata proposta di Direttiva, art. 11): M. NEGRI, *op. cit.*, 305, nt. 119.

⁴⁶ Ammettono un'azione di classe promossa nei confronti di tutti i cartellisti: M. SCUFFI, *op. cit.*, 1169; E. FERRANTE, *op. ult. cit.*, 237; un cenno favorevole alla compresenza di più imprese corresponsabili in M. GUERNELLI, *op. cit.*, 922. Che l'azione di classe possa assumere una struttura litisconsortile (che di regola non ha, dato che le

ab initio dall'attore, le altre imprese sarebbero con ogni probabilità coinvolte nel processo dal convenuto originario, quantomeno al fine di estendere il giudicato per assicurarsi il futuro regresso⁴⁷.

4. *Non manifesta infondatezza e sospensione del giudizio di ammissibilità*

Un'ultima notazione deve essere dedicata al requisito della manifesta infondatezza della pretesa del proponente, che nell'esperienza sin qui maturata è stata frequentemente evidenziata dalle corti come motivo di inammissibilità anche se spesso a causa di evitabili errori di impostazione da parte del proponente⁴⁸. Si potrebbe a lungo discutere sull'opportunità di subordinare l'ammissione della classe ad un preliminare scrutinio di "solidità" della pretesa (nel solco dell'ormai fre-

adesioni non comportano, secondo l'impostazione preferibile, l'assunzione della qualità di parte formale) è tuttavia vivacemente disputato (*contra*, C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 216, nt. 8, che più in generale escludono qualsiasi ipotesi di cumulo processuale di domande collettive connesse: sia ove queste siano proposte da diversi attori, sia ove siano proposte nei confronti di diversi convenuti.). Fermo l'espresso divieto di interventi volontari, la questione è concretamente discussa soprattutto con riguardo alle chiamate in causa e quindi in primo luogo alla chiamata in garanzia ed alla chiamata del terzo vero obbligato o corresponsabile (ammesse da: S. MENCHINI, *I primi provvedimenti sull'azione di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 818; A. GIUSSANI, *op. ult. cit.*, 353; Trib. Napoli, 31 maggio 2010, inedita). Secondo l'impostazione più rigorosa, in ragione dell'esigenza di preservare la struttura basilamente bi-polare dell'azione e di evitare complicazioni eccessive, dovrebbe tendenzialmente escludersi qualsiasi ipotesi di cumulo oggettivo e conseguentemente dovrebbe escludersi la chiamata in garanzia dell'assicuratore da parte del convenuto, mentre potrebbe ammettersi, in quanto non innovative o non marcatamente innovative: la chiamata del terzo vero obbligato ad opera del proponente e la chiamata per comunanza di causa del condebitore solidale da parte del convenuto (C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 250 ss.).

⁴⁷ La struttura litisconsortile, poi, dovrebbe *a fortiori* ammettersi a fronte di serie incertezze sul soggetto passivo: ad esempio nell'ambito dei gruppi societari, potendo essere dubbio, e quindi non sempre suscettibile di rapida decisione in sede di giudizio di ammissibilità, se la responsabilità risarcitoria spetti alla controllante ovvero alla controllata o a entrambe (v. M. NEGRI, *op. cit.*, 123 ss.).

⁴⁸ Si vedano le considerazioni di B. ZUFFI, *supra*, Parte I, § 1.

quente confusione legislativa tra presupposti di ammissibilità e di fondatezza delle domande), ma sarebbe un esercizio sterile a fronte di un dettato normativo chiaro e che ha resistito ai tentativi di censurarne la legittimità costituzionale⁴⁹. La funzione di questo peculiare requisito di ammissibilità non deve essere però equivocata: la non manifesta infondatezza non deve essere rovesciata nel suo contrario, cioè nella pretesa che già in sede di filtro l'attore provi la plausibile fondatezza della sua pretesa. Il requisito è previsto allo scopo di bloccare iniziative temerarie e palesemente pretestuose e lo scrutinio giudiziale deve pertanto arrestarsi a tale soglia, senza trasmodare in una delibazione (sia pur sommaria) del *fumus boni iuris*. In ogni caso in cui sussistano legittimi dubbi sulla fondatezza e le allegazioni del proponente suggeriscano l'opportunità di una ulteriore indagine, l'azione non dovrebbe essere bloccata⁵⁰.

In questo quadro deve essere apprezzata e valutata anche la sospensione del giudizio di ammissibilità in pendenza dell'istruttoria del-

⁴⁹ Anche negli Stati Uniti, nonostante l'impostazione tradizionale negasse ingresso a uno scrutinio sulla fondatezza nel merito della pretesa risarcitoria nella fase della *certification*, in tempi più recenti si è assistito ad una crescente tendenza ad indulgere, onde verificare la sussistenza della *commonality* e della *predominance*, in analisi approfondite di questioni rilevanti anche ai fini del merito (per rif. M. NEGRI, *op. cit.*, 368; nel settore della *antitrust litigation*: *In re Hydrogen Peroxide Litigation* 552 F.3d 305, 3d Cir. 2008); il che non significa peraltro che la corte debba delibare la fondatezza della domanda (*In re Aftermarket Auto Lighting Prods Antitrust Litig*, 276 F.R.D. 364, 367-68, C.D. Cal. 2011). Per una vibrata critica alla presunta necessità di valutare il probabile successo nel merito dell'azione ai fini della sua ammissibilità: S.J. CAMPOS, *Proof of classwide injury*, in 37 *Brooklin J. Int'l L.*, 2012, 751, e 757 ss.

⁵⁰ Così: Trib. Napoli, 9 dicembre 2011, in C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 482 s., che reputa integrato il requisito se le allegazioni in fatto dell'attore "inducono ad un approfondimento"; App. Roma, 27 gennaio 2012, *cit.*, che esclude la manifesta infondatezza perché lo stato della giurisprudenza e della dottrina è tale da non poter a priori far giudicare inconcepibile l'addebito mosso alla convenuta. Nel senso che lo scrutinio giudiziale si attesti ad un livello di approfondimento inferiore a quello del *fumus boni iuris* cautelare e che miri unicamente ad escludere "non solo lo scontato ma anche il pressoché certo rigetto della domanda": App. Torino, 27 ottobre 2010, *ibidem*, 410 ss. Deve inoltre ritenersi consentito all'attore di integrare, ai fini della valutazione di ammissibilità, le allegazioni fattuali e le prove offerte nell'atto introduttivo (App. Torino, 26 gennaio 2012, *ibidem*, 484 ss., almeno con riguardo alle prove precostituite).

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. L'art. 140 *bis* c. cons., co. 6 prevede che il Tribunale possa sospendere il giudizio sull'ammissibilità della domanda "quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo". Nelle intenzioni del legislatore storico, l'arresto mira a coordinare i due percorsi, pubblico e privato, dell'*antitrust enforcement*, evitando interferenze con l'istruttoria amministrativa in corso e spingendo di fatto l'attore ad attendere la decisione amministrativa (definitiva) prima di avventurarsi in sede civile. Verrebbe così privilegiato il contenzioso propriamente *follow-on*, attribuendo *indirettamente* alla stessa Autorità la funzione di "filtrare" le azioni di classe ammissibili⁵¹.

Tuttavia, *de jure condito* resta fermo che l'attore non è affatto tenuto ad attendere la decisione definitiva dell'Autorità e ben può decidere di lanciare l'azione di classe anche nell'immediatezza dell'avvio dell'istruttoria amministrativa, dando vita quindi ad un'azione "quasi *follow-on*"⁵². A prima vista, la facoltà di sospensione sembrerebbe giocare a vantaggio dell'attore, che ancora non può giovare della decisione finale dell'Autorità, onde scongiurare un prematuro rigetto in rito dell'azione, quando il Tribunale non si mostri persuaso dalle argomen-

⁵¹ V. la segnalazione AS430 del 22 novembre 2007 dell'Agcm, ove si auspicava la previsione di "un sistema in cui l'azione collettiva risarcitoria possa essere esperita a seguito del procedimento amministrativo di competenza dell'Autorità", sottolineando l'importanza del proprio ruolo al fine di prevenire il danno ai consumatori. Ferma restando l'assenza di una pregiudiziale amministrativa, anche per le azioni di classe, e quindi la possibilità di adire il giudice civile indipendentemente da un previo accertamento dell'illecito, a livello comunitario notoriamente il coordinamento decisivo tra *public* e *private enforcement* è presidiato dall'efficacia vincolante che l'art. 16 Reg. 1/03 attribuisce alle decisioni della Commissione nei confronti del giudice civile, nonché dalla sospensione facoltativa del processo civile in pendenza dell'istruttoria della Commissione sui medesimi fatti. La già citata, recente proposta di Direttiva (art. 9) rilancia l'idea già affacciata nel Libro Bianco di attribuire efficacia vincolante altresì alle decisioni delle Autorità nazionali che accertino un'infrazione agli artt. 101 o 102 TFUE, ma solo ove definitive.

⁵² È quel che è avvenuto nella già rammentata vicenda Traghetti. Radicata l'azione di classe quasi *follow-on*, l'adito Tribunale di Genova in data 4 ottobre 2012 ha sospeso il processo in attesa della conclusione dell'istruttoria da parte dell'Autorità amministrativa (fonte: www.altroconsumo.it).

tazioni svolte negli atti introduttivi. L'attore riuscirebbe così a sfruttare, per raccogliere pre-adesioni (utili a suffragare la potenziale numerosità della classe), l'effetto pubblicitario derivante dall'avvio dell'istruttoria amministrativa senza rischiare un subitaneo rigetto in rito ed altresì senza rischiare che l'azione ammessa vada incontro poi ad un sicuro rigetto nel merito nel caso di "fumata nera" da parte dell'Autorità⁵³.

Ma a ben guardare la previsione ha una portata ambivalente e può facilmente rovesciarsi in un *boomerang*.

Infatti, non vi sono garanzie che la sospensione impropria eventualmente disposta per attendere il formarsi di una "prova privilegiata"⁵⁴ sia ragionevolmente breve, come si converrebbe ad una fase di vaglio preliminare. La durata dell'istruttoria amministrativa non è pre-

⁵³ La scelta di non attendere la conclusione del procedimento potrebbe tuttavia incidere indirettamente sul *dies a quo* della prescrizione del diritto. Ferma la qualificazione di danno lungo-latente, e quindi la decorrenza del termine quinquennale dal momento in cui l'illecito possa considerarsi sufficientemente noto, nel caso in cui la campagna per le pre-adesioni inizi prima della definizione dell'istruttoria amministrativa con una decisione sanzionatoria, il *dies a quo* potrebbe essere anticipato già alla delibera di avvio dell'istruttoria. In questo caso, l'effetto interruttivo della domanda avanzata dal proponente gioverebbe a coloro che avessero già prestato adesione anticipata, mentre per tutti gli altri varrebbe il momento del deposito dell'adesione. La sospensione della fase di "filtro" preliminare in questo caso potrebbe, seppur solo in casi limite di durata abnorme dell'istruttoria, risolversi a danno di coloro che aderissero solo dopo l'ordinanza di ammissibilità.

⁵⁴ Questo è infatti, attualmente, il valore che deve attribuirsi, quantomeno con riguardo all'esistenza dell'illecito anticoncorrenziale, alle decisioni sanzionatorie dell'Autorità garante nel processo civile (per ulteriori riferimenti: M. NEGRI, *op. cit.*, 306 ss.). Peraltro, quand'anche la decisione dell'Autorità goda di efficacia formalmente vincolante (alla stregua in sostanza di una prova legale), come attualmente è per le decisioni della Commissione europea, credo che la sospensione del processo civile in pendenza del giudizio sull'impugnativa dell'atto innanzi alle corti europee dovrebbe fondarsi piuttosto sull'art. 337 cpv. c.p.c. che sull'art. 295 c.p.c. e quindi atteggiarsi come arresto discrezionale e non già necessario: lasciando al giudice nazionale l'opzione tra sospendere ovvero conformarsi alla decisione vincolante ancorché impugnata (M. NEGRI, *Procedimenti paralleli in materia antitrust*, II, in *Int'l Lis*, 2009, 133 ss.). Il timore di dare vita ad un giudicato civile contrastante con il diritto comunitario non dovrebbe essere sopravvalutato, giacché un contrasto rilevante non si produrrebbe sempre e necessariamente (non ad es., ove l'annullamento della decisione sanzionatoria discenda da vizi procedurali).

determinata né agevolmente predeterminabile: l'Autorità stabilisce essa stessa i termini del procedimento e può prorogarli a piacimento, come frequentemente avviene⁵⁵.

Infine e soprattutto è tutt'altro che ovvio che di questa sospensione ci sia realmente bisogno in una fase del processo in cui il giudice è chiamato solamente a valutare la non manifesta infondatezza della pretesa avanzata dal proponente, sulla base di una delibazione sommaria da svolgersi tendenzialmente allo stato degli atti e non già di una anticipazione del futuro giudizio di merito. A questo limitato fine (escludere cioè *in limine* azioni palesemente pretestuose, vessatorie, temerarie) dovrebbe essere già sufficiente la preesistente decisione di avvio dell'istruttoria da parte dell'Autorità, che, ai sensi dell'art. 6 d.P.R. 217/98 è già sorretta da una prima, sia pur sommaria, valutazione della possibile esistenza allo stato degli atti di un illecito⁵⁶. Tra l'altro, non è irrilevante rammentare che statisticamente solo di rado l'Au-

⁵⁵ La durata media dell'istruttoria dovrebbe attestarsi intorno a circa un anno (fonte: M. CARPAGNANO, A. NUZZI (a cura di), *Antitrust in numeri*, in www.osservatorioantitrust.eu, 2011). Tuttavia, le proroghe (motivate con la formula stereotipa della complessità della valutazione degli elementi già acquisiti e/o della necessità di procedere a ulteriori accertamenti istruttori) sono frequentemente seriali: in casi estremi le istruttorie, di proroga in proroga, si sono protratte per 4-5 anni. Ad esempio nel caso Traghetti, in ragione della complessità dell'istruttoria, l'Autorità ha differito la chiusura del procedimento, già prevista per il 28 ottobre 2012, dapprima al 28 marzo 2013 (prov. n. 23993 del 27 ottobre 2012) e poi sino al 19 giugno 2013 (prov. n. 24274 del 13 marzo 2013, in *Boll.*, 2013, 12). La decisione finale è infine giunta con provvedimento dell'11 giugno 2013 (al momento in cui si scrive non ancora pubblicato nel Bollettino Ufficiale), che ha accertato l'infrazione contestata comminando multe complessive per oltre 8 milioni di euro (v. comunicato stampa dell'Autorità).

⁵⁶ L'atto di avvio dell'istruttoria (sul quale: P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, 388 e 405) è pubblicato sul sito dell'Autorità e contiene le valutazioni preliminari che, alla luce dei dati raccolti nella informale pre-istruttoria, secondo l'Autorità evidenziano la non manifesta infondatezza della sospetta infrazione e quindi giustificano l'indagine (la formula tratatizia suona: alla luce dei dati sin qui raccolti "non è possibile escludere" la violazione). Con riguardo alle pratiche commerciali scorrette ed alle clausole vessatorie, il Reg. dell'Agcm n. 23788 dell'8 ottobre 2012, all'art. 5 precisa che la fase pre-istruttoria può chiudersi con archiviazione per manifesta infondatezza in assenza di elementi atti a giustificare approfondimenti istruttori: emerge quindi anche qui che la decisione di avviare l'istruttoria presuppone una valutazione di non manifesta infondatezza della denuncia.

torità, dopo aver avviato l'istruttoria, la chiude senza accertare l'infrazione e nella maggior parte dei casi ciò è in realtà dovuto all'accettazione di impegni⁵⁷. In quest'ultimo caso l'istruttoria si chiude con una decisione che non equivale certo alla positiva dichiarazione della violazione, ma nemmeno al suo contrario⁵⁸. È vero che, una volta ammessa l'azione, l'eventuale archiviazione dell'indagine amministrativa finirà per (ancorché non necessariamente: v. *supra*) pregiudicare l'accoglimento nel merito della domanda. Il rischio di un rigetto nel merito deve quindi sempre essere attentamente soppesato dal proponente e dal suo avvocato: fermo restando peraltro che l'azione di classe avviata in pendenza dell'istruttoria amministrativa, e quindi sulla base della delibera di avvio dell'istruttoria, non potrà essere giudicata addirittura "temeraria" ai sensi dell'art. 96, co. 1, c.p.c.

Tuttavia, a fronte di provvedimenti amministrativi che già presuppongono un vaglio di non manifesta infondatezza dell'esistenza del-

⁵⁷ Secondo una sommaria analisi condotta sulla base dei dati pubblicati sul sito Agcm, tolte le delibere di non avvio dell'istruttoria, i casi in cui l'istruttoria si conclude con una vera e propria "attestazione negativa" (insussistenza allo stato di prove della violazione) sono assai limitati, anche considerando che nella maggior parte dei casi si tratta di decisioni con accettazione di impegni (già esistenti nella prassi dell'Autorità prima di essere formalmente ed espressamente previsti dall'art. 14 *ter* d.P.R. 217/98). Secondo *Antitrust in numeri*, cit., in più di ¾ dei casi l'Autorità commina sanzioni o impone impegni.

⁵⁸ Se è difficile attribuire alla proposta di impegni addirittura efficacia confessoria, mancando un'ammissione di colpevolezza (M. NEGRI, *op. cit.*, 312 ss.; cfr. C. di Stato, 20 luglio 2011, n. 4393, *Mastercard*, pt. 5.2.8, che discorre in *obiter* di comportamento dai connotati sostanzialmente confessori in ordine alla sussistenza dell'illecito), nulla impedisce invece di riconoscere alla decisione *ex art. 14 ter* l. n. 218/90 un valore indiziario, in quanto fondata su di una precisa "preoccupazione concorrenziale" (A. PERA, *Decisioni con impegni e private antitrust enforcement*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, Padova, 2012, 116), o almeno un'efficacia paragonabile a quella degli argomenti di prova (M. NEGRI, *op. cit.*, 312; cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. amm.*, 2010, 503 ss., secondo la quale in se stessa la decisione con impegni è inutilizzabile in sede civile, potendosi invece acquisire, con il limite delle informazioni riservate, gli atti istruttori contenuti nel fascicolo dell'Autorità).

l'illecito⁵⁹, il giudice dovrebbe, ove non emergano altri ostacoli, ammettere l'azione di classe e semmai sospendere *il giudizio di merito* in attesa della delibera dell'Autorità. È vero che letteralmente il comma 6 colloca la sospensione nella sola fase preliminare, ma una lettura complessiva della norma autorizza a ritenere che l'arresto possa essere disposto anche in sede di merito: ed in tal senso depone soprattutto l'espressa previsione della possibilità di sospendere il sub-procedimento di ammissibilità dell'azione di classe altresì in pendenza del giudizio amministrativo sui "fatti rilevanti ai fini del decidere", cioè in attesa che la decisione amministrativa venga definitivamente confermata. In questo caso la sospensione è chiaramente funzionale a garantire il coordinamento decisorio tra percorso amministrativo e percorso civile e quindi ad un'esigenza che attiene alla fase di merito piuttosto che a

⁵⁹ *A fortiori*, anche considerando che il co. 6 non predetermina la *dies ad quem* della sospensione, il giudice potrebbe reputare sufficiente, per fondarvi il vaglio di ammissibilità, la comunicazione delle risultanze istruttorie che ai sensi dell'art. 14 del R. 217/98 è autorizzata dal Collegio previa valutazione della non manifesta infondatezza delle conclusioni raggiunte dagli uffici inquirenti e quindi contiene "l'indicazione degli elementi di fatto e probatori raccolti nel corso dell'istruttoria, su cui l'A. fonderà la propria decisione finale". Nel senso che, onde evitare eccessive dilatazioni temporali della fase di filtro, il giudice, anziché attendere la conclusione dell'istruttoria, possa chiedere informazioni all'Autorità: G. BRUZZONE, A. SAIJA, *La class action da danno antitrust: prime considerazioni*, in *Assonime*, 2009, 6, 10; C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 185. Va peraltro precisato che la sospensione si imporrà quando l'accesso non sia possibile onde non recare intralcio allo svolgimento parallelo dell'indagine amministrativa (G. FIENGO, *Tutela antitrust del consumatore: il Libro Bianco della Commissione e l'azione di classe italiana a confronto*, in *Dir. un. eur.*, 2010, 357 ss., 373; in questa direzione muove la citata proposta di Direttiva, il cui art. 7 co. 2 vieta l'utilizzo in sede civile dei documenti formati nell'ambito dell'indagine amministrativa sino alla definizione di questa). In effetti, il diritto di accesso c.d. informativo agli atti del fascicolo dell'A. è assicurato, anche ai fini dell'utilizzazione in sede civile, solo dopo la conclusione dell'istruttoria (Tar Lazio, 10 febbraio 2012, n. 1344, salva la tutela delle informazioni riservate) e sempre dopo la conclusione dell'istruttoria è consentita l'acquisizione di atti e documenti del fascicolo amministrativo ex art. 210 e 213 c.p.c. (A. PERA, *op. cit.*, 120). Sulle ulteriori limitazioni derivanti dall'esigenza di non inficiare i c.d. programmi di clemenza: L.F. PACE, *Accesso agli atti delle autorità di tutela della concorrenza*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *op. cit.*, 194 ss.; P. CASSINIS, G. GALASSO, *Il ruolo dell'A.g.c.m., tra public e private enforcement*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *op. cit.*, 21 ss.

quella preliminare di ammissibilità, destinata a sfociare in provvedimenti non idonei al giudicato.

Ai soli fini della valutazione preliminare di ammissibilità, la sospensione in attesa del giudicato amministrativo sarebbe invero superflua (dato che la decisione amministrativa, pur se impugnata, deve ritenersi sufficiente per escludere la *manifesta* infondatezza della pretesa) e sarebbe soprattutto altamente inopportuna⁶⁰. Poiché le decisioni dell'Autorità garante vengono praticamente sempre impugunate innanzi al Tar e poi al Consiglio di Stato, si finirebbe per consegnare nelle mani del convenuto un agevole strumento per tenere sotto scacco l'azione di classe per un tempo potenzialmente assai lungo, con il risultato di uccidere nella culla l'iniziativa consumeristica, costretta a non poter partire nemmeno dopo una prima – sia pur non definitiva – condanna dell'impresa convenuta in sede amministrativa.

La stasi indefinita della fase preliminare volta a valutare l'ammissibilità dell'azione non agevola, infatti, la formazione della classe, dato che è ragionevole ritenere che la protratta incertezza alla lunga finisca per scoraggiare i potenziali aderenti. Come già sottolineato, la soluzione preferibile dovrebbe essere quella di ammettere l'azione di classe ed eventualmente, ove davvero opportuno anche alla luce di una prognosi di rilevanza e solidità delle censure avanzate dai ricorrenti in sede giurisdizionale amministrativa, sospendere in attesa della decisione del giudice amministrativo il giudizio di merito sulla pretesa risarcitoria. Se si respinge questa che a me pare la soluzione più congrua e si preferisca per (eccesso di) prudenza sospendere già la fase di *pseudo-certification*, allora si dovrà almeno evitare di protrarre la stasi addirittura sino a che sul versante amministrativo della controversia sia posta la parola “fine” con il crisma del giudicato formale⁶¹. Bisogna ricordare

⁶⁰ Apprezzano invece l'espressa previsione proprio in quanto funzionale al coordinamento tra i due percorsi di tutela, consentendo al giudice civile di avvalersi già ai fini della valutazione di ammissibilità della decisione dell'Autorità “così come confermata dal giudice amministrativo”: P. CASSINIS, G. GALASSO, *op. cit.*, 15 ss.

⁶¹ La sospensione del giudizio civile risarcitorio è del tutto indipendente dall'esistenza di un vero e proprio rapporto di pregiudizialità-dipendenza sostanziale, ricollegandosi piuttosto all'identità dei fatti rilevanti nelle due sedi, amministrativa e civile ed all'esigenza di acquisire elementi probatori (M. NEGRI, *op. cit.*, 426 ss. testo e nt. 171;

infatti che il Tribunale, non diversamente da quello che avviene nel contesto dell'art. 337 comma 2 c.p.c., gode di ampia discrezionalità nel modulare il *termine finale* della sospensione, che la legge non predetermina: anche in considerazione della funzione *lato sensu* istruttoria di questa specifica ipotesi di sospensione, finalizzata in sostanza all'acquisizione di elementi probatori, non è vero quindi che, *soprattutto* nella fase del "filtro", l'arresto disposto in pendenza del giudizio amministrativo debba *necessariamente* ed immancabilmente protrarsi sino al giudicato ben potendo il giudice civile far decorrere il termine per la riassunzione del processo dalla decisione di prime cure del giudice amministrativo⁶².

I. PAGNI, *op. cit.*, 369 s.). *Per incidens*, si osserva che la previsione è estremamente generica e, se non correttamente delimitata, rischia di aprire il varco alle istanze più fantasiose di sospensione. Dovrebbe quindi evitarsi una lettura "atomistica" del comma 6, che svincoli il riferimento al giudizio amministrativo da quello alle decisioni di un'Autorità indipendente, e con essa qualsiasi tentativo di fare leva sul comma 6 per ottenere l'arresto del vaglio di ammissibilità in pendenza di giudizi amministrativi diversi da quelli di impugnativa delle decisioni di una Autorità indipendente e genericamente connessi per "identità di questioni" con l'oggetto dell'azione di classe.

⁶² M. NEGRI, *op. cit.*, 429 ss.

ANALISI ECONOMICA NEL VAGLIO DI AMMISSIBILITÀ DI UN'AZIONE DI CLASSE

Paolo Buccirosi

SOMMARIO: 1. *Introduzione*; 2. *Omogeneità dei diritti* (commonality, predominance); 3. *Conflitto di interessi* (typicality, adequacy); 4. *Conclusioni*.

1. Introduzione

L'azione di classe disciplinata dall'art. 140 bis cod. cons. costituisce uno strumento per favorire il risarcimento del pregiudizio subito a causa, tra l'altro, di un illecito antitrust da un insieme di consumatori o utenti che potrebbero trovare non conveniente agire individualmente. La proposizione di tale azione richiede l'esistenza di una omogeneità dei diritti individuali tutelabili, nonché l'assenza di conflitti di interessi tra gli eventuali membri della classe. La sussistenza di tali condizioni è vagliata dal tribunale nella fase preliminare del giudizio e, insieme alla valutazione sulla non manifesta infondatezza e sulla capacità del proponente non di curare adeguatamente l'interesse della classe, costituisce un requisito necessario per ritenere la domanda ammissibile.

Cosa renda "omogenei" i diritti individuali e quando si configuri un conflitto di interessi sono questioni aperte.

Nell'ordinamento statunitense, a cui spesso si guarda per orientarsi nella materia, la *Rule 23 (a)* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, identifica i seguenti requisiti cumulativi per la ammissibilità di un'azione di classe:

- (1) la classe è sufficientemente numerosa da rendere la riunione delle cause non praticabile (*numerosity*);
- (2) esistono questioni di diritto o di fatto comuni ai membri della classe (*commonality*);

(3) le domande e le difese del rappresentante della classe sono proprio le domande e le difese della classe (*typicality*);

(4) il rappresentante curerà gli interessi della classe in modo equo e appropriato (*adequacy*).

Inoltre, l'azione di classe è subordinata al soddisfacimento di una delle condizioni identificate dalla *Rule 23 (b)*, tra cui quella che più frequentemente invocata nel caso di illeciti antitrust sussiste se “la corte stabilisce che le questioni di diritto o di fatto comuni ai membri della classe predominano sulle questioni che riguardano solo i membri della classe individualmente e che un'azione di classe costituisce uno strumento superiore ad altri metodi disponibili per aggiudicare la causa in modo equo ed efficiente” (*predominance*).

Queste indicazioni, per ragioni fin troppo ovvie, che attengono tra l'altro alle numerose differenze che esistono tra l'azione di classe italiana e quella statunitense, non possono essere trapiantate *sic et simpliciter* nell'ordinamento italiano. Tuttavia, esse individuano condizioni strumentalmente legate alle finalità dell'istituto. Tali finalità sono: consentire un'effettiva tutela di diritti individuali, che non esisterebbe per la mancanza di un interesse individuale ad agire, e adottare un meccanismo processuale e decisionale efficiente. In altri termini, l'azione di classe trova la sua ragion d'essere innanzitutto in valutazioni economiche che attengono agli incentivi delle vittime dell'illecito e alla efficiente utilizzazione delle risorse (pubbliche e private) che sono richieste per lo svolgimento di un processo e la risoluzione della controversia. In questo senso vanno letti i requisiti prima citati. L'azione di classe risolve il problema degli incentivi dei potenziali attori se: 1) la classe è sufficientemente ampia da soddisfare il raggiungimento di quella che si potrebbe definire la “scala processuale minima” (*numerosity*); 2) i membri della classe hanno interessi convergenti che possono essere perseguiti proponendo le medesime domande ed espletando le medesime difese (*typicality*); 3) il proponente ha la capacità di curare adeguatamente tali interessi (*adequacy*). D'altronde, il sistema processuale che si instaura con un'azione di classe è efficiente se: 1) consente di trattare in un'unica soluzione questioni di diritto e di fatto che sono comuni ai membri della classe (*commonality*); e 2) anche qualora sussistano differenze tra le posizioni individuali, le questioni comuni hanno un caratte-

re predominante, così che la duplicazione dei giudizi implicherebbe un maggior costo che non può essere compensato dalla eventuale necessità di differenziare all'interno dello stesso giudizio collettivo le posizioni di singoli danneggiati (*predominance*).

Se queste sono le ragioni che spiegano le condizioni richieste per l'ammissibilità di un'azione di classe nell'ordinamento statunitense, si potrebbe sostenere che esse sono valide anche nell'ordinamento italiano, sul presupposto che le finalità di efficienza ora citate siano condivise dai due istituti. Ne deriverebbe che le condizioni di "assenza di conflitto di interessi" e di "capacità" del proponente di curare gli interessi della classe possono essere identificate dalla idoneità dell'azione proposta a superare correttamente e coerentemente il problema degli incentivi individuali e che la qualificazione di "omogeneità" dei diritti individuali tutelabili fa riferimento alla superiorità di un giudizio collettivo, in termini di equità ed efficienza, rispetto ad una molteplicità di giudizi individuali. Ciò permette di definire dei criteri per l'accertamento delle condizioni a cui è subordinata l'ammissibilità della domanda.

Per rendere questi criteri "operativi" possono rivelarsi utili alcuni strumenti propri dell'analisi economica. Nelle successive sezioni saranno esaminati alcuni di questi strumenti e illustrata la logica ad essi sottesa, dapprima con riferimento alla questione dell'omogeneità dei diritti e, successivamente con riferimento all'eventuale sussistenza di conflitti di interessi.

2. Omogeneità dei diritti (*commonality, predominance*)

Secondo l'impostazione descritta nella sezione introduttiva, la condizione di "omogeneità dei diritti" può essere intesa come uno stato delle cose in cui esistono questioni di diritto e di fatto che sono *comuni* ai membri della classe e che hanno un carattere *predominante* rispetto a questioni di diritto e di fatto che possono eventualmente differenziare le posizioni individuali, così che un giudizio di tipo collettivo risulta più equo ed efficiente di una molteplicità di giudizi individuali.

Con riferimento ad un'azione risarcitoria per un illecito anti-trust (ma non solo) questa condizione può essere verificata rispetto a tre

aspetti: 1) la sussistenza dell'illecito; 2) il nesso causale tra la condotta anticompetitiva e il pregiudizio subito dalle vittime; 3) l'entità del danno. Per economicità di discorso, nel prosieguo si farà esclusivo riferimento all'ultimo aspetto, sebbene molte delle cose che si diranno potrebbero essere estese anche ai primi due.

La questione che si pone è se esista una metodologia *comune* all'insieme dei membri della classe che consenta la determinazione dell'entità del risarcimento idoneo a compensare ciascuna vittima del danno subito e se l'identificazione di questa metodologia sia più efficiente della valutazione su base individuale dell'effettivo pregiudizio patito da ciascun danneggiato.

Come si vede la domanda non chiede se tutti i membri della classe abbiano subito lo stesso identico danno. Questo livello di "omogeneità" renderebbe l'azione di classe impossibile, dato che implicherebbe il soddisfacimento di una condizione quasi sempre insussistente. Ciò è stato rilevato dalla Corte di Appello di Torino nel caso *Callegari-ADOC/G.T.T.* la cui ordinanza afferma che "trattandosi di un'azione risarcitoria individuale [...] va da sé che ogni utente che si affermi danneggiato in virtù di condotte illecite ascrivibili al medesimo titolo o rapporto contrattuale o di consumo, non potrà che vantare un personale diritto risarcitorio patrimoniale (o non patrimoniale) a seconda della modalità concreta con cui il pregiudizio conseguente all'illecito si è manifestato. Ma non è certo corretto dedurre dalla personalizzazione del danno l'esclusione del criterio dell'omogeneità ed identità del diritto azionato". Pertanto: "non rileva [...] in concreto, per l'individuazione dell'identità di classe, la qualità o quantità del pregiudizio patrimoniale affermato, né pare corretto escludere a priori l'esperibilità dell'azione di classe a tutela dei diritti non patrimoniali, per definizione personali, non avendo il legislatore posto alcun distinguo in merito alla natura del danno tutelabile".

Con riferimento alle azioni collettive inerenti ad illeciti antitrust è probabilmente utile distinguere tra le condotte anticoncorrenziali qualificabili come "di sfruttamento", *in primis* gli accordi e le pratiche concordate orizzontali con oggetto o effetti collusivi, e quelle qualificabili come "di esclusione", tra cui prevalgono gli abusi di posizione domi-

nante. Per semplicità le due categorie saranno nel seguito identificate con le loro manifestazioni tipiche e prevalenti.

Nel caso dei cartelli, l'esistenza di una classe omogenea di danneggiati, in molte circostanze, potrebbe essere dimostrata agevolmente. Ciò perché in Italia l'azione di classe può essere proposta solo dai consumatori-utenti i quali hanno acquistato il prodotto cartellizzato unicamente per soddisfare le proprie esigenze di consumo. Al contrario, nell'esperienza statunitense la necessità di un'analisi più dettagliata della sussistenza di un comune metodo per la determinazione del danno subito deriva dalla circostanza che la classe potrebbe ricomprendere soggetti i cui acquisti avevano finalità diverse, tra cui l'utilizzo del prodotto cartellizzato in ulteriori processi produttivi, così che l'entità del danno potrebbe dipendere in misura prevalente dalle particolari condizioni in cui operava ciascuna vittima del cartello.

Nonostante questa considerazione all'apparenza rassicurante, rimane vero che anche per i consumatori le condizioni di acquisto di un prodotto per cui sussiste un'intesa collusiva possono essere estremamente differenziate. In letteratura, si è dunque discusso se l'accertamento di un'elevata dispersione dei prezzi pagati dagli acquirenti di un prodotto cartellizzato può essere motivo sufficiente per escludere l'omogeneità della classe¹. Il quesito è suscettibile di un'esposizione formale, suggerita da Dickey e Rubinfeld². L'esame della domanda attorea, nel corso del giudizio, richiederà di accertare l'entità dell'*overcharge* determinato dal cartello, vale a dire in che misura il prezzo pagato da ciascun consumatore è stato inflazionato dalla pratica anticoncorrenziale. Pertanto, sia:

P_{it} = il prezzo pagato dal consumatore i al tempo t ;

¹ V. P. CREMIEUX, I. SIMMONS, E.A. SNYDER, *Proof of Common Impact in Antitrust Litigation: The Value of Regression Analysis*, in 17 *Geo. Mason L. Rev.*, 939 (2010); J.F. NIEBERDING, R.A. CANTOR, *Price Dispersion and Class Certification in Antitrust Cases: An Economic Analysis*, in 14 *J. Legal Econ.*, 61 (2007); J.H. JOHNSON, G.K. LEONARD, *Economics and the Rigorous Analysis of Class Certification in Antitrust Cases*, in 3 *J. Competition L. & Econ.*, 341 (2007).

² B.M. DICKEY, D.L. RUBINFELD, *Antitrust Class Certification: Towards an Economic Framework*, in 66 *Nyu Annual Survey Of American Law*, 459 (2011).

X_{it} = una lista di variabili che incidono su tale prezzo e che sono indipendenti dal cartello;

D_t = una variabile che assume valore 1 nei periodi in cui il cartello è stato operativo e 0 negli altri periodi.

Il prezzo pagato da ciascun consumatore può esser rappresentato dalla seguente equazione:

$$P_{it} = A_i + b_i X_{it} + c_i D_t + \varepsilon_{it} \quad (1).$$

Questa equazione ci dice che il prezzo pagato da ciascun consumatore in ogni periodo osservato dipende da una serie di fattori (rappresentati da X_{it}), alcuni dei quali specifici al consumatore, e dall'*overcharge* imposto dal cartello, nel periodo in cui era attivo, misurato dal parametro c_i . Tale parametro potrebbe variare da consumatore a consumatore (è questo il motivo per il quale è indicato il pedice i).

Da questa semplice rappresentazione emerge innanzitutto che può esistere una dispersione di prezzi (definita anche *eterogeneità*) anche qualora l'*overcharge* sia identico per tutti i consumatori vittime del cartello. Infatti, l'entità del danno patrimoniale subito dal consumatore (almeno in prima approssimazione) può essere misurato mediante una semplice moltiplicazione, data dal sovrapprezzo pagato, c_i , per il numero di unità di bene acquistate. Se il sovrapprezzo è il medesimo per tutti i consumatori (vale a dire se $c_i = c$ per tutti gli acquirenti), in relazione all'azione risarcitoria esiste una chiara *omogeneità* di diritti individuali e una comune formula per quantificare il danno, sebbene i consumatori possano avere pagato prezzi *eterogenei* (dato che i prezzi effettivamente corrisposti dipendono anche da A_i , b_i e X_{it}). Questa conclusione rimane valida se tra le caratteristiche individuali e l'*overcharge* esiste una relazione funzionale, ma questa non pregiudica l'utilizzo di una formula comune a tutti i membri della classe per la quantificazione del danno.

La rappresentazione formale può essere spiegata facilmente con un esempio. Si pensi ad una pratica collusiva nel mercato assicurativo RC auto. Il premio corrisposto da ciascun assicurato dipenderà da una serie di caratteristiche specifiche al consumatore, formalmente rappresentate da A_i , b_i e X_{it} (modello di automobile, comune di residenza, età, sesso, precedenti sinistri, etc.) così che necessariamente esisterà un'ele-

vata dispersione di prezzi. Tuttavia, se il cartello ha determinato un sovrapprezzo che ha inflazionato il premio in modo comune, se cioè si può sostenere che l'entità dell'*overcharge* non è dipesa dalle caratteristiche individuali dell'assicurato, allora esiste una condizione di uniformità che consente di ritenere i diritti individuali tutelabili omogenei, a dispetto dell'eterogeneità dei prezzi. Lo stesso può dirsi se il valore assoluto del sovrapprezzo dipende dalle caratteristiche dei consumatori, ma in un modo sistematico, suscettibile di essere espresso attraverso una semplice formula. Ad esempio, se l'*overcharge* può essere indicato da un incremento percentuale del premio³.

La formalizzazione prima proposta sembra suggerire un possibile approccio operativo per determinare il soddisfacimento del requisito dell'omogeneità. L'equazione (1), infatti, è una rappresentazione sintetica di un insieme di equazioni, una per ciascun consumatore. Se fosse possibile stimare tali equazioni, la questione se il parametro c_i è comune a tutti i consumatori (cioè se $c_i = c$ per tutti gli i è una rappresentazione *fair* degli effetti del cartello), sarebbe suscettibile di risposta empirica. Tuttavia questo approccio genera quello che è stato definito il *common proof paradox*⁴. Il paradosso è che per stabilire se una disamina comune della posizione di tutti i membri della classe è superiore (in termini di equità ed efficienza) ad una valutazione individuale occorrerebbe svolgere un'approfondita (e spesso irrealizzabile) analisi su dati individuali.

Il pregio dell'esposizione formale è prevalentemente un altro. Quello di chiarire che l'esame della condizione di omogeneità dei diritti deve tralasciare quelle caratteristiche che determinano l'eterogeneità dei membri della classe, anche qualora queste impattino sul prezzo del bene cartellizzato, se non esiste un legame funzionale tra la formula che può essere definita per calcolare l'entità del danno e le stesse caratteri-

³ Matematicamente ciò si verifica se il legame funzionale tra il prezzo e le sue determinanti è rappresentato dalla seguente equazione: $p_{it} = a_i + \beta_i x_{it} + \gamma_i D_t + \varepsilon_{it}$ in cui l'uso delle lettere minuscole indica la trasformazione logaritmica delle variabili incluse nell'equazione (1); se $\gamma_i = \gamma$ per ogni i , la formula per calcolare il danno, comune a tutti i membri della classe, consiste nel definire un sovrapprezzo pari ad un valore percentuale del prezzo e moltiplicare questo valore per le unità acquistate.

⁴ Così definito da Johnson e Leonard, cit. nota 1.

stiche eterogenee. L'analisi economica richiesta, eventualmente anche con l'ausilio di strumenti empirici, deve dunque mirare ad accertare se tra il fenomeno collusivo e alcune caratteristiche individuali dei consumatori esiste un nesso che può avere inciso sugli effetti della condotta illecita.

Ad esempio, si consideri il caso di un cartello tra un insieme di imprese che operano su una pluralità di mercati locali e si ipotizzi che su alcuni di questi mercati le imprese aderenti all'intesa coprono l'intera offerta mentre su altri competono con (numerose) altre imprese estranee al cartello. In un caso simile la caratteristica del consumatore "luogo di domicilio" (coincidente, per ipotesi, con quello in cui avviene l'acquisto) rappresenta un fattore determinante per stabilire se il danno si è verificato e la sua entità. Così che una classe composta da tutti gli acquirenti del prodotto cartellizzato, indipendentemente dal luogo in cui è avvenuto l'acquisto, potrebbe essere considerata non ammissibile proprio perché la determinazione del danno non può essere affidata a una formula comune a tutti i membri della classe.

In situazioni simili l'approccio operativo prima indicato risulta meno paradossale. L'analisi economica deve verificare se esistono fondate ragioni, su un piano teorico ed empirico, per ritenere che la classe di danneggiati definita dal proponente comprende consumatori che non hanno subito il danno determinato dal cartello o lo hanno subito in misura significativamente diversa che non può essere ricondotta ad una semplice e chiara formula. L'indagine empirica richiesta per dimostrare questa affermazione è assai meno esigente di quella prima esposta perché si basa sulla stima di un numero molto inferiore di equazioni. La stessa espressione formale riportata nella (1), infatti, può essere interpretata in modo diverso, ponendo che i stia a indicare diversi "gruppi" di consumatori per i quali è ragionevole ipotizzare, per motivi da allegare, che il cartello abbia prodotto effetti eterogenei. Un test empirico sulla uniformità del parametro c_i , potrà così risolvere la questione dell'esistenza o meno di una classe con diritti omogenei.

Ulteriore questione è stabilire in che modo ripartire, tra il proponente e le convenute, l'onere di provare la sussistenza della condizione di omogeneità o la sua assenza. Anche su questo aspetto la teoria economica può dare qualche indicazione. I cartelli di norma operano

come un meccanismo idoneo a coordinare *in generale* le politiche di prezzo delle imprese che vi aderiscono. Un cartello che volesse declinare le scelte di prezzo degli aderenti in considerazione di tutte le caratteristiche dei prodotti e della domanda che incidono sulla profittabilità di un livello di prezzo piuttosto che di un altro sarebbe difficilmente sostenibile perché richiederebbe puntuali e impraticabili attività di monitoraggio e punizione. Pertanto, nei casi in cui i consumatori sono acquirenti *diretti* dei membri del cartello, si può presumere che essi abbiano sofferto un danno che sia determinabile mediante una formula comune. Quando invece i consumatori sono acquirenti *indiretti* delle imprese colluse, si pone l'ulteriore problema di stabilire il grado di traslazione del sovrapprezzo da parte degli acquirenti diretti, siano essi meri distributori o altre imprese che hanno utilizzato il prodotto cartellizzato per la realizzazione di altri beni o servizi venduti poi ai consumatori finali. In questo secondo caso la presunzione che il *pass on* sia riconducibile ad una formula comune risulta meno evidente ed è dunque ragionevole richiedere al proponente una prova positiva del soddisfacimento di questa condizione. In entrambi i casi, ovviamente, alle convenute è consentito di dedurre l'assenza di omogeneità dei diritti tutelabili, ma, almeno nel caso di un'azione intrapresa dagli acquirenti diretti del cartello sembra opportuno porre sulle convenute l'onere di fornire gli elementi probatori sufficienti ad escludere la possibilità di procedere alla quantificazione del danno utilizzando una formula comune a tutti i membri della classe.

Con riferimento agli illeciti antitrust di tipo "escludente", come la maggior parte degli abusi di posizione dominante, si deve riconoscere che le fattispecie che possono essere concretamente poste a fondamento della domanda risarcitoria sono così variegate e numerose da rendere impossibile la proposizione di specifici approcci. Il discorso, necessariamente, deve mantenersi su un piano più generale e può, al più, contenere un commento a casi specifici, ma solo al fine di esemplificare la complessità del tema.

Su un piano generale, i termini della questione non sono particolarmente dissimili da quelli visti per i cartelli. L'omogeneità dei diritti presuppone la possibilità di quantificare il danno subito da ciascuna componente della classe a causa dell'abuso utilizzando una formula

comune, giacché le questioni di diritto e di fatto comuni ai consumatori predominano gli elementi di differenziazione. Tuttavia, mentre per i cartelli si è detto che tale condizione è spesso verificata, e anzi potrebbe anche essere presunta per gli acquirenti diretti, un giudizio assai diverso sembra potersi esprimere per gli abusi escludenti.

La ragione generale di tale opinione è che l'abuso escludente tipicamente produce un effetto dannoso, non in modo diretto, ma attraverso la riduzione della pressione concorrenziale esercitata sull'attore dominante da altre imprese. Ne segue che il danno procurato dall'abuso ai consumatori finali è quasi sempre mediato dalle scelte di altri operatori, producendosi così effetti caratterizzati da un'elevata eterogeneità. Inoltre, il comportamento abusivo assai di frequente determina un'asimmetria tra l'impresa che lo pone in essere e le altre imprese che competono sullo stesso mercato e, talvolta, una condizione asimmetrica anche tra queste ultime. Dunque, sebbene tutti i consumatori finali possano essere danneggiati dall'illecito, quasi sempre lo saranno in modo diverso a seconda dell'impresa che li ha forniti o del momento in cui hanno effettuato i propri acquisti e, probabilmente, di altre caratteristiche.

Alcuni esempi possono mettere in luce le difficoltà che si possono incontrare.

Diverse strategie escludenti possono essere ricondotte alla categoria del *raising rivals' costs*⁵. Ad esempio, l'impresa dominante potrebbe concedere l'accesso ad una risorsa qualificabile come essenziale ad un prezzo eccessivamente oneroso (come viene ipotizzato in molti casi di *margin squeeze*) o limitare la disponibilità di canali distributivi efficienti mediante la stipula di accordi di esclusiva, o, ancora, adottare strategie di accaparramento che determinano un incremento dei costi di acquisto di alcuni fattori produttivi. Queste condotte riducono la capacità delle altre imprese di competere e possono causarne anche l'uscita dal mercato. Gli effetti negativi sui consumatori si manifestano innanzitutto attraverso un incremento dei prezzi. Questo incremento è ragionevolmente diverso per i consumatori che comprano dall'impresa domi-

⁵ Per una discussione di carattere generale di queste strategie, si vedano S.C. SALOP, D.T. SCHEFFMAN, *Raising Rivals' Costs*, in 73 *Amer. Ec. Rev.*, 267 (1983) e T.G. KRATTENMAKER, S.C. SALOP, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, in 96 *Yale L. J.*, 209 (1986).

nante e per quelli che lo fanno dai concorrenti. Per questi ultimi, infatti, il maggior prezzo deriva dalla decisione del concorrente danneggiato di traslare sul consumatore il maggior costo causato dall'abuso. Lo si può definire un effetto di "primo ordine", perché esiste un nesso causale diretto tra l'aumento dei costi e quello del prezzo. Per i consumatori che invece acquistano dall'impresa dominante, l'incremento di prezzo si deve alla reazione strategica della stessa impresa proprio all'aumento dei prezzi dei concorrenti. Si tratta, dunque, di un effetto che gli economisti chiamano di "secondo ordine": l'abuso impatta sui costi dei concorrenti, ciò induce i concorrenti a praticare un prezzo più elevato e, a sua volta, questo effetto induce l'impresa dominante ad aumentare il proprio prezzo⁶. Dato che gli effetti di primo ordine sono normalmente più consistenti di quelli di secondo ordine, la quantificazione del danno mediante una formula comune ai consumatori che hanno acquistato da imprese diverse potrebbe non essere appropriata.

Un secondo esempio riguarda le strategie di prezzi predatori⁷. Queste consistono nell'applicazione di prezzi sottocosto da parte dell'impresa dominante tali da determinare la preclusione del mercato per i concorrenti e consentire all'impresa dominante di esercitare il proprio potere di mercato una volta che i concorrenti saranno usciti o avranno ridotto l'aggressività della loro proposta commerciale. In questi casi, il danno al consumatore si manifesta soltanto nella seconda fase della strategia abusiva, laddove nella fase iniziale il consumatore ottiene un beneficio derivante proprio dalla riduzione (sottocosto) del prezzo. In questi casi esisterà una eterogeneità di situazioni a seconda del *momento* in cui è avvenuto l'acquisto e, probabilmente, non sarà possibile

⁶ Potrebbe esistere un effetto di primo ordine anche per l'impresa dominante se la strategia escludente causa un aumento dei costi sia dei rivali sia (ma in misura inferiore) dell'impresa dominante; ciò avviene, per esempio, quando l'abuso viene realizzato attraverso accordi di esclusiva (per i quali l'impresa dominante normalmente paga un "premio") o attraverso strategie di accaparramento che impattano sul prezzo di acquisto del fattore produttivo interessato anche per l'impresa dominante.

⁷ Vedi P. BOLTON, J.F. BRODLEY, M.H. RIORDAN, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, in 88 *Geo. L.J.*, 2239 (1999).

quantificare il danno per tutti i consumatori con un'unica formula che non tenga conto di questo elemento essenziale⁸.

Un terzo esempio riguarda le strategie di *tying* o *bundling*. Queste consistono nella decisione dell'impresa di imporre, o rendere particolarmente attraente, l'acquisto di un prodotto A, per il quale esiste un'offerta concorrenziale, insieme all'acquisto del prodotto B, la cui offerta è monopolizzata (o quasi) dall'impresa dominante. Le strategie di *tying* possono incidere sul benessere del consumatore in diversi modi. Innanzitutto, esse possono mirare ad escludere i concorrenti attuali e potenziali dal mercato A⁹. È la teoria del cosiddetto *offensive tying*, secondo la quale l'impresa dominante usa il prodotto monopolizzato (B) quale *leva* per estendere il proprio potere di mercato sul prodotto A. Una possibilità alternativa è quella del cosiddetto *defensive tying*¹⁰, secondo cui l'impresa dominante abbina le vendite di A e B per ostacolare l'entrata di concorrenti potenziali nel mercato già monopolizzato, vale a dire quello del prodotto B. Infine, la letteratura economica ha dimostrato che le vendite abbinate sono un efficace strumento di discriminazione di prezzo che consente all'impresa di estrarre la maggior parte del surplus di alcuni consumatori e di allargare il mercato a consumatori che non avrebbero acquistato uno o entrambi i prodotti alle condizioni di prezzo che si sarebbero registrate in assenza di *tying*¹¹. Date queste diverse ipotesi sulle implicazioni concorrenziali del *tying*, con riferimento all'accertamento degli effetti sui consumatori si può avere che il *tying*: 1) ha danneggiato i consumatori per l'acquisto del

⁸ Anche in questo caso è probabile che gli effetti dipendano anche dall'impresa presso la quale il consumatore ha effettuato il proprio acquisto dato che la riduzione di prezzo dei concorrenti (nella prima fase) e il successivo incremento (nella seconda fase) potrebbero essere diverso dalle variazioni di prezzo decise dall'impresa dominante.

⁹ Cfr. M.D. WHINSTON, *Tying, Foreclosure and Exclusion*, in 80 *Amer. Ec. Rev.*, 837 (1990).

¹⁰ Elaborate da D.W. CARLTON, M. WALDMAN, *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, in 33 *Rand J. Econ.*, 194 (2002) e da J.P. CHOI, C. STEFANADIS, *Tying, Investment, and the Dynamic Leverage Theory*, in 32 *Rand J. Econ.*, 52 (2001).

¹¹ Per una descrizione degli effetti della discriminazione di prezzo attuata tramite pratiche di *tying* o *bundling* cfr. M. ARMSTRONG, *Price Discrimination*, in P. BUCCIROSSI (a cura di), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge (MA), 2008, Cap. 12.

prodotto A; 2) li ha danneggiati solo per l'acquisto del prodotto B); 3) ha danneggiato alcuni consumatori e beneficiato altri a seconda delle loro preferenze e disponibilità a pagare. In queste circostanze una classe di consumatori dei prodotti A e B potrebbe essere ritenuta non ammissibile perché le loro posizioni sono effettivamente differenziate così che non è possibile accertare l'esistenza di un danno e quantificarlo utilizzando per tutti la stessa formula.

Dagli esempi appena illustrati emerge che nei casi di abusi risulta indispensabile definire nitidamente quella che nel gergo antitrust viene chiamata la *theory of harm*, vale a dire la completa descrizione dei canali attraverso i quali la condotta abusiva produce un danno alla concorrenza e, in ultimo, una compressione del benessere del consumatore. La specificazione della "teoria del danno concorrenziale" è sempre più considerato un passaggio cruciale per l'accertamento dell'illecito, posto che il cosiddetto "approccio bassato sugli effetti" ha largamente influenzato la prassi applicativa dell'art. 102 TFUE da parte della Commissione Europea e delle autorità nazionali della concorrenza. Tale "teoria", dunque, sarà spesso rintracciabile nelle decisioni delle autorità nei casi di azione *follow-on*, o dovrà comunque essere elaborata dall'attore nelle azioni *stand alone*. Attraverso di essa, se correttamente specificata, potranno essere identificate le categorie di consumatori finali che sono accomunati da una analoga esposizione agli effetti pregiudizievoli dell'illecito escludente. Ed è rispetto a questa categorizzazione dei consumatori finali che si potrà decidere se la classe risulta omogenea perché comprende soggetti appartenenti ad una sola di tali categorie o se invece risulta trasversale ad esse.

Inoltre, i tre precedenti esempi dimostrano che nei casi di abusi escludenti può esistere un'eterogeneità tra i consumatori che potrebbero lamentare un danno e che tale eterogeneità può riguardare: a) l'impresa presso la quale è stato effettuato l'acquisto; b) il momento in cui è avvenuto l'atto di acquisto; c) le motivazioni sottostanti alla decisione di consumo. Nessuno di questi elementi di differenziazione, in linea di principio, preclude la identificazione di una classe omogenea se esiste una relazione sistematica tra elementi osservabili (es. la data di acquisto) e l'entità del danno e se, pertanto, questa relazione può essere inserita nella formula che sarà utilizzata per calcolare il risarcimento. Tut-

tavia, alcuni di questi elementi, come ad esempio le preferenze dei consumatori, le motivazioni all'acquisto o la disponibilità a pagare potrebbero non essere osservabili o non essere correlate a fatti osservabili e ciò renderebbe di fatto impossibile l'individuazione di un criterio applicabile a tutti i membri della classe per la quantificazione del danno.

3. *Conflitto di interessi (typicality, adequacy)*

L'ammissibilità dell'azione di classe è anche subordinata all'assenza di conflitti di interessi. Questo requisito può essere interpretato come una condizione in cui gli incentivi individuali dei membri della classe risultano allineati rispetto alle strategie processuali da adottare. Anche su questo tema è possibile un contributo dall'analisi economica.

Esistono due situazioni in cui i consumatori che formano la classe possono avere incentivi divergenti. La prima si verifica se l'illecito ipotizzato ha causato un danno ad alcuni membri della classe e arrecato un vantaggio ad altri. La seconda situazione riguarda invece il caso in cui, sebbene tutti i consumatori siano stati danneggiati dall'illecito, essi hanno un interesse diverso rispetto alla tipologia di danno procurato dalla condotta anticoncorrenziale.

Della prima circostanza si è già parlato nella precedente sezione con riferimento ad alcune pratiche escludenti. Quando essa si verifica la disomogeneità delle posizioni individuali potrebbe essere un motivo assorbente per negare l'ammissibilità dell'azione di classe e l'accertamento dell'esistenza di un conflitto di interessi non aggiungerebbe molto.

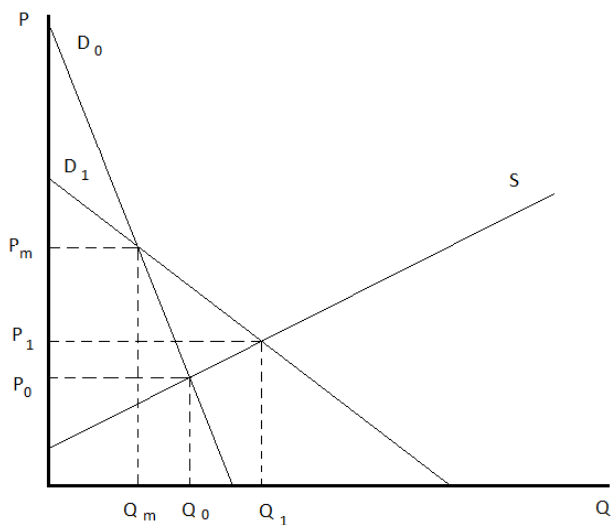
Nel secondo caso, invece, ci si troverebbe di fronte ad una situazione in cui tutti i consumatori hanno subito un pregiudizio e potrebbe anche essere individuata una formula comune per la quantificazione del danno. Tuttavia, i membri della classe hanno motivi confliggenti per preferire una delle diverse formule possibili.

Per illustrare questa situazione si pensi ad un'azione risarcitoria proposta nei confronti di imprese partecipanti ad un cartello. Questa pratica anticoncorrenziale produce due effetti. Il primo è l'imposizione di un prezzo maggiore di quello concorrenziale; il secondo la riduzione

delle quantità scambiate. Entrambi gli effetti sono fonte di un pregiudizio per i consumatori; il primo, di natura patrimoniale, consiste nella necessità di dovere sopportare un esborso maggiore per l'acquisto del prodotto cartellizzato; il secondo, di tipo non patrimoniale, consiste nella rinuncia al surplus di utilità che si sarebbe ottenuto consumando unità aggiuntive del medesimo prodotto. In linea di principio i consumatori potrebbero richiedere il risarcimento di entrambi i tipi di danni. L'ampiezza di queste tipologie di danno dipende da una comune caratteristica del mercato, vale a dire l'andamento della funzione di domanda. Tuttavia, tale caratteristica ha un impatto divergente per i due tipi di danno. La seguente rappresentazione grafica spiega perché.

Sia P_m il prezzo (monopolistico) imposto dal cartello e Q_m le quantità acquistate dai consumatori a questo prezzo. Nella Figura 1 sono descritte due funzioni di domanda compatibili con questo equilibrio collusivo; una più inclinata (rigida) (D_0) ed una più piatta (elastica) (D_1). Nella figura è poi riportata la curva di offerta (S) che descrive quale sarebbe stato il comportamento delle imprese se la concorrenza non fosse stata alterata dall'intesa collusiva.

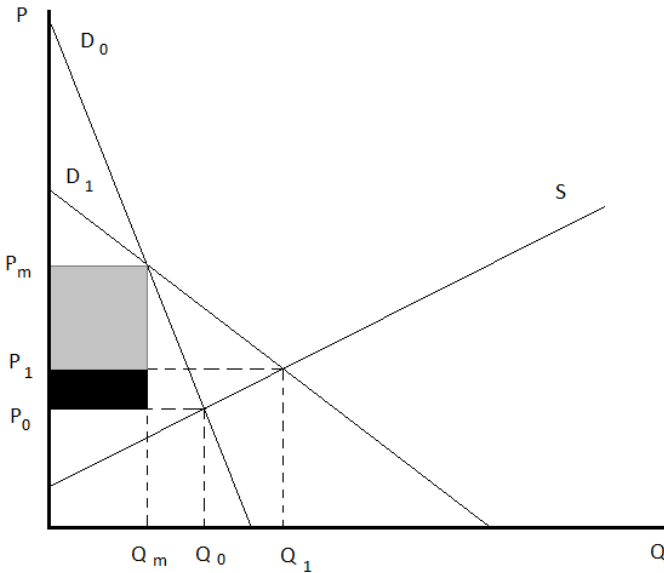
Figura 1



I punti di intersezione tra le curve di domanda e le curve di offerta individuano l'equilibrio "but for" del mercato, vale a dire le coppie di prezzo e di quantità che si sarebbero avute se non fosse esistito il cartello e la domanda fosse stata $D_0 (P_0, Q_0)$, ovvero $D_1 (P_1, Q_1)$.

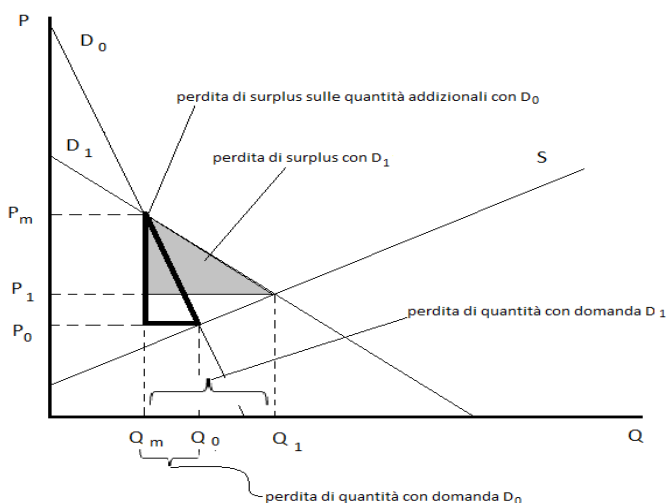
Attraverso questa rappresentazione si può individuare il conflitto di interessi che potrebbe sorgere tra i componenti della classe. I consumatori che lamentano un danno patrimoniale, consistente nel sovrapprezzo che hanno pagato sulle quantità effettivamente acquistate, avrebbero interesse a sostenere che la domanda di mercato è correttamente descritta dalla curva D_0 . Nella figura 2 il rettangolo grigio rappresenta il valore del danno patrimoniale complessivo che sarebbe causato dal cartello se il *but for price* fosse P_1 , mentre il rettangolo nero individua l'ulteriore perdita di cui i consumatori potrebbero chiedere il risarcimento se il prezzo controfattuale fosse P_0 .

Figura 2



La figura 3 mostra perché i consumatori che invece lamentano solo un danno non patrimoniale derivante dalla perdita di “surplus” conseguente al mancato acquisto del prodotto cartellizzato potrebbero preferire che la domanda fosse identificata dalla curva D_1 . Nel caso ipotizzato, infatti, la perdita di benessere è maggiore se il cartello ha determinato una maggiore contrazione delle quantità acquistate¹². Dunque, se la domanda fosse la D_0 , le quantità aggiuntive che questi consumatori avrebbero consumato sarebbero date da $Q_0 - Q_m$ e la perdita di benessere sarebbe rappresentata dal triangolo identificato dai lati in grassetto; al contrario se domanda fosse la D_1 , i consumatori avrebbero acquistato unità aggiuntive pari $Q_1 - Q_m$, con una perdita di surplus rappresentata dal triangolo grigio.

Figura 3



¹² Questa affermazione non è valida in generale. Siccome il benessere che i consumatori avrebbero ottenuto sulle unità aggiuntive deve essere misurato al netto della spesa sostenuta, la domanda più piatta anche potrebbe determinare un livello di surplus inferiore nonostante identifichi una quantità *but for* superiore.

La situazione ora descritta non si verifica necessariamente se i consumatori lamentano danni di “tipo” diverso, poiché tale elemento di differenziazione non implica l’esistenza di incentivi divergenti. L’analisi economica può contribuire a risolvere la questione attraverso l’esame delle specifiche caratteristiche del mercato interessato, della condotta illecita e della posizione dei consumatori componenti la classe.

4. Conclusioni

In questo articolo sono state svolte alcune considerazioni sul contributo che l’analisi economica può fornire nella fase in cui il tribunale è chiamato a verificare l’ammissibilità di un’azione di classe volta al risarcimento dei danni subiti dai consumatori a causa di un illecito antitrust.

Parte del giudizio affidato al tribunale riguarda l’esistenza di una condizione di omogeneità dei diritti individuali tutelabili e l’assenza di un conflitto di interessi. Il primo requisito può essere inteso come volto a garantire che l’azione di classe rappresenti uno strumento superiore, in termini di equità ed efficienza, ad una molteplicità di azioni individuali, poiché esistono questioni di fatto e di diritto comune a tutti i membri della classe e tali questioni risultano preponderanti rispetto ad elementi individuali e di differenziazione. Il requisito dell’assenza del conflitto di interessi è invece volto a garantire che i membri della classe abbiano i medesimi incentivi rispetto alle strategie processuali da adottare, con riferimento alla domanda da proporre e alle difese da espletare. La sussistenza delle condizioni previste dai due requisiti citati, in taluni casi, potrebbe richiedere l’utilizzo di strumenti di analisi economica.

L’omogeneità della classe presuppone, tra l’altro, la possibilità che il danno sia quantificabile attraverso una formula comune a tutti i membri della classe. Ciò non richiede una identità del danno subito e nemmeno l’uniformità delle caratteristiche economiche di ciascun consumatore, tant’è che l’omogeneità sussiste anche qualora i consumatori abbiano pagato prezzi estremamente eterogenei. Ciò che rileva è che non esista una relazione non sistematica tra le caratteristiche dei con-

sumatori e le modalità in cui si è realizzato il danno lamentato. Si può ritenere che tale condizione sia quasi sempre soddisfatta nei casi di cartello e potrebbe essere anche presunta quando i consumatori sono stati acquirenti diretti delle imprese colluse. Nei casi di abusi escludenti è invece probabile che gli interessi dei consumatori presenti nel mercato in cui si sono prodotti gli effetti dell'abuso siano stati incisi in modo diverso dall'illecito. Ciò non preclude la possibilità di individuare una formula comune per la quantificazione del danno, se le caratteristiche che rendono diverse le posizioni dei consumatori sono osservabili, e se esiste una chiara e sistematica relazione tra queste caratteristiche e l'entità del danno.

La condizione di assenza di conflitto di interessi può essere violata quando la classe è composta da consumatori che sono stati danneggiati dal comportamento anticoncorrenziale e consumatori che ne hanno tratto un beneficio, ovvero nei casi in cui i consumatori lamentano danni di tipo diverso e, per tale motivo, potrebbero essere indotti a seguire diverse strategie nella rappresentazione dei fatti economici posti alla base dell'azione risarcitoria e della quantificazione del danno. Una simile circostanza può verificarsi nei casi di cartello in cui alcuni consumatori chiedono il ristoro del danno patrimoniale subito, dovuto alla maggiore spesa sostenuta, mentre altri pretendono di essere compensati della perdita di benessere conseguente alla rinuncia all'acquisto determinata dall'eccessiva onerosità del prezzo frutto della collusione. Si è mostrato in particolare che questi due gruppi di consumatori hanno un interesse divergente nel rappresentare la curva di domanda esistente nel mercato, dato che una domanda meno inclinata porterebbe ad accertare un più elevato *overcharge* mentre una domanda più piatta porterebbe a stimare una maggiore perdita in termini di unità consumate.

Quelli qui descritti sono solo alcuni esempi del contributo che l'analisi economica può fornire nella valutazione dell'ammissibilità di un'azione collettiva. Altri potranno emergere in futuro con la pratica e con la necessità di risolvere questioni concrete.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Ricardo Alonso Soto, *Universidad Autónoma de Madrid, già Vice Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, Spagna*

Gian Antonio Benacchio, *Università di Trento*

Marta Bricchetto, *Avvocato in Milano*

Paolo Buccirosi, *Direttore LEAR, Roma*

Michele Carpagnano, *Università di Trento*

Muriel Chagny, *Université de Versailles*

Roberto Chieppa, *Segretario Generale, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

Innocenzo Cipolletta, *Presidente dell'Università di Trento*

Vito Cozzoli, *Capo di Gabinetto, Ministero dello Sviluppo Economico*

Aldo Frignani, *Università di Torino*

Carmen Herrero Suárez, *Universidad de Valladolid*

Bruno Lasserre, *Presidente Autorité de la Concurrence, Francia*

Claudio Nardone, *Consigliere, Camera dei Deputati*

Marcella Negri, *Università di Padova*

Luigi Prosperetti, *Università di Milano*

Enrico Adriano Raffaelli, *Avvocato in Milano*

Maurizio Raffaini, *Generale Counsel, TNT Post Italia*

Leonor Rossi, *Nova, School of Business, Lisbona*

Dario Ruggiero, *Avvocato in Roma*

Luca Sanfilippo, *General Counsel Sky Italia e Presidente Commissione Concorrenza, Camera di Commercio Internazionale (ICC)*

Massimo Scuffi, *Magistrato di Cassazione, Presidente Tribunale di Aosta*

Miguel Sousa Ferro, *Avvocato in Lisbona*

Marina Tavassi, *Magistrato di Cassazione, Presidente della Sez. Spec. Impresa, Tribunale di Milano*

Beatrice Zuffi, *Università di Padova*

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

