

LUISS
LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI
GUIDO CARLI

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO ED ECONOMIA - XX CICLO

INTESE ORIZZONTALI ANTICOMPETITIVE: UN'ANALISI
GIURECONOMICA DEGLI STRUMENTI RIMEDIALI.

Coordinatore
Chiar.mo Prof.
Roberto Pardolesi

Candidato
Paolo Caprile

Tutor
Chiar.mo Prof.
Roberto Pardolesi

ANNO ACCADEMICO 2007-2008

INTESE ORIZZONTALI ANTICOMPETITIVE: UN'ANALISI GIURECONOMICA DEGLI STRUMENTI RIMEDIALI.

Paolo Caprile

Abstract

Il presente lavoro analizza le ragioni per le quali potrebbe ritenersi opportuno potenziare l'attuale impianto del "doppio binario" di tutela nei confronti delle intese anticompetitive, orientandosi verso un sistema che consenta più facilmente ai privati di agire per la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive, indipendentemente dall'esercizio del potere sanzionatorio amministrativo.

Viene dunque strutturato un nuovo modello di *public e private enforcement*, attraverso la scelta di meccanismi che consentano lo sviluppo e la coordinazione di entrambi, minimizzando i costi di tali strumenti rimediali.

Infine sono discussi i motivi che spingono verso un maggiore livello di armonizzazione della disciplina del *private enforcement* a livello non solo europeo, ma mondiale.

**INTESE ORIZZONTALI ANTICOMPETTITIVE: UN'ANALISI
GIURECONOMICA DEGLI STRUMENTI RIMEDIALI.**

Indice

1. PREMESSA.	p. 5
2. IL RAPPORTO TRA L'ATTUAZIONE PRIVATISTICA E PUBBLICISTICA DEL DIVIETO DI CARTELLI IN UNA PROSPETTIVA DI ANALISI ECONOMICA.	p. 9
2.1. La "formula di Becker".	p. 11
2.2. La necessità dell'intervento pubblico nell'indagine sulla anticoncorrenzialità del cartello.	p. 13
2.2.1. I differenti incentivi ad agire e il problema delle asimmetrie informative.	p. 14
2.2.2. I differenti incentivi ad agire ed il c.d. <i>free riding problem</i> .	p. 15
3. LA NECESSITÀ DELL'INTERVENTO AUTONOMO DEI PRIVATI NELL'INDAGINE SULLA ANTICONCORRENZIALITÀ DEL CARTELLO.	p. 18
3.1. Il dibattito all'interno della nostra dottrina.	p. 18
3.2. L'orientamento attuale della nostra giurisprudenza con particolare riferimento agli atti strumentali all'attuazione dell'intesa.	p. 23
3.3. I vantaggi sostanziali legati alla formula del "doppio binario impuro".	p. 26
3.3.1. Una motivazione di politica del diritto.	p. 27
3.3.2. Il principio di razionalità amministrativa.	p. 28
3.3.3. La possibilità di raggiungere un livello di deterrenza ottimale.	p. 29
3.4. Gli svantaggi sostanziali legati all'adozione di un "doppio binario impuro". Un possibile aumento dei "rischi di cattura".	p. 30
3.4.1. I "costi da mercato unico": la presa di posizione del legislatore comunitario nel Reg. CE n. 1/2003.	p. 35
3.4.2. Il "vantaggio politico" di una tutela maggiormente decentralizzata.	p. 38
3.4.3. L'attuale livello di deterrenza e il problema delle limitate risorse finanziarie dell'ente pubblico.	p. 39
4. VERSO UN MODELLO EFFICIENTE DI PRIVATE ENFORCEMENT DELLE INTESE ORIZZONTALI ANTICOMPETTITIVE.	p. 49
4.1. Coordinare l'azione pubblica e le azioni private.	p. 49
4.2. La cooperazione fra Autorità amministrative e giudici nazionali.	p. 54
4.3. Programmi di immunità e di riduzione dell'importo delle ammende e <i>private enforcement</i> .	p. 54
5. PROBLEMATICHE MAGGIORI LEGATE ALLO SVILUPPO DEL PRIVATE ENFORCEMENT.	p. 57
5.1. Il problema della legittimazione attiva.	p. 57
5.1.1. Il ruolo degli acquirenti diretti nell'esperienza degli U.S.A.	p. 60
5.1.2. Lo stato del dibattito a livello europeo.	p. 62

5.1.3. Le ragioni sostanziali di un riconoscimento della legittimazione attiva degli acquirenti indiretti e dell'eccezione di traslazione del danno.	p. 64
5.1.4. Il rischio di una possibile duplicazione di risarcimenti. Possibili correttivi.	p. 67
5.1.5. Considerazioni finali.	p. 70
5.2. Le azioni di gruppo.	p. 72
5.2.1. I vari modelli di azioni di gruppo.	p. 76
5.2.2. Un'analisi economica dei modelli citati	p. 79
5.2.3. Azioni di classe <i>Opt-in</i> .	p. 80
5.2.4. Azioni di classe <i>Opt-out</i> .	p. 82
5.2.5. <i>Mandatory class actions</i> .	p. 86
5.2.6. Le azioni rappresentative di gruppo.	p. 87
5.2.7. Recenti sviluppi nell'Unione Europea.	p. 89
5.2.8. Alcune riflessioni sulla soluzione italiana.	p. 92
5.3. L'accesso alla giustizia e le prove in possesso della controparte.	p. 94
5.3.1. Una sintetica comparazione delle norme sull'accesso alle prove nei paesi di <i>civil law</i> e <i>common law</i> .	p. 95
5.3.2. Il c.d. <i>notice pleading</i> , l' <i>initial disclosure</i> e le richieste di <i>discovery</i> nell'ordinamento giuridico statunitense.	p. 96
5.3.4. La <i>standard disclosure</i> nell'ordinamento giuridico inglese.	p. 99
5.3.5. Considerazioni finali.	p. 100
5.4. L'entità del risarcimento dei danni.	p. 104
6. IL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE E IL PRIVATE ENFORCEMENT DELLE INTESE ORIZZONTALI ANTICOMPETITIVE.	p. 107
6.1. Armonizzazione v. cooperazione.	p. 107
6.2. In particolare: la durata della prescrizione e la necessità di armonizzazione.	p. 109
7. CONCLUSIONI.	p. 113

1. PREMESSA.

La maggior parte dei consumatori non ha mai sentito parlare di legislazione antitrust, tuttavia tali disposizioni normative, laddove correttamente applicate, potrebbero far loro risparmiare enormi quantità di denaro, spesi per beni dal prezzo reso artificialmente ed illegalmente non competitivo.

Joel Klein

Sostituto Procuratore Generale

U.S. Antitrust Division

Negli ordinamenti giuridici degli Stati appartenenti all'Unione Europea (UE), l'interesse dei consumatori e delle imprese ad agire all'interno di un sistema giuridico che garantisca una concorrenza non falsata tra gli operatori di mercato viene generalmente protetto in due modi¹. In primo luogo, un'agenzia pubblica o un'Autorità amministrativa indipendente ha il compito di garantire almeno la contendibilità del mercato, investigando e punendo le condotte degli operatori in grado di influenzare negativamente il "libero giuoco" della concorrenza (c.d. *public enforcement*²). La seconda possibilità consiste nel proteggere tali situazioni giuridiche soggettive attraverso l'ottenimento da parte dei singoli di rimedi a carattere risarcitorio e di misure cautelari a contenuto inibitorio. Nel linguaggio anglosassone, quest'ultima possibilità costituisce il nucleo del cosiddetto *private enforcement* del diritto della concorrenza, stando a significare l'applicazione della normativa antitrust nelle cause instaurate da soggetti giuridici di fronte ai giudici nazionali, al fine di tutelare situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese³.

In alcuni ordinamenti giuridici stranieri il *private enforcement* non è previsto o non è mai stato utilizzato⁴. In altri, al contrario, entrambi i rimedi sono stati resi

¹ Sugli obiettivi delle politiche europee di concorrenza, si veda D. EHLERMANN E LAUDATI (a cura di) *European Competition Law Annual 1997: objectives of competition policy*, Oxford, 1998. Sul versante statunitense, per la storia e l'evoluzione della Federal Antitrust Policy si rimanda a R. PERITZ, *Competition in America: 1888-1992*, St. Paul, 1999. Infine si veda G. AMATO, *Il Potere e l'Antitrust*, Bologna 1998. Ci preme ricordare come in Italia l'introduzione di una disciplina generale a tutela della concorrenza e del mercato (Legge 10 ottobre 1990, n. 287) sia avvenuta con notevole ritardo rispetto agli altri Stati europei. Questo nonostante il dibattito fosse entrato nel vivo già nell'immediato dopoguerra. Si veda a questo proposito A. SALVATORI-U. NIUTTA, *La disciplina della libertà di concorrenza e di mercato*, Milano, 1960, che raccoglie numerose proposte di legge antitrust degli anni cinquanta. Si veda anche V. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Milano, 1990. Secondo la maggior parte degli autori il ritardo sarebbe da attribuire alla diffidenza in Italia verso un regime di effettiva concorrenza, che affonderebbe addirittura le sue radici nell'economia feudale, la quale con la sua economia di autoconsumo, sarebbe l'antitesi del libero mercato.

² Si veda analogamente T.A.R. Lazio, sent. n. 1713/2006, caso *Merck-Principi attivi*.

³ Il Reg. (CE) n. 1 del 2003 del Consiglio Europeo del 16 dicembre 2002 si riferisce alle Autorità giudiziarie nazionali chiamandole a tutelare "i diritti soggettivi" garantiti dal diritto comunitario nelle controversie tra privati".

⁴ Si veda lo studio ASHURST, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – comparative report*, 2004, disponibile alla pagina web http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/national_reports/spain_en.pdf. Tale studio fa riferimento ai casi instaurati fino al 2004. La

ugualmente disponibili. In tali casi, si è parlato di un “doppio binario” di tutela⁵. Esiste poi una terza opzione, dove il *private enforcement* è attivabile solo successivamente all’esercizio del potere sanzionatorio amministrativo (c.d. *public enforcement*). L’intervento del giudice ordinario sarebbe in tale modello limitato all’esigenza di far valere in giudizio diritti consequenziali alle decisioni dell’Autorità amministrativa. Al fine di distinguerla dalla precedente, si potrebbe definire tale opzione come la formula del “doppio binario impuro”.

Attualmente, il dibattito sull’efficacia del *private enforcement* sta riscuotendo la massima attenzione delle Istituzioni, degli operatori di mercato, nonché delle associazioni rappresentative dei consumatori⁶. Il dibattito sembra nascere dalla presa di coscienza del divario esistente tra le dimensioni del *private enforcement* negli Stati Uniti d’America ed in Europa: oltreatlantico, il novanta per cento delle questioni antitrust sarebbe rappresentato da cause iniziate da soggetti giuridici di diritto privato, mentre in Europa questo avviene solo nel dieci per cento dei casi⁷. Ciò accade in un contesto in cui già da tempo la Corte di Giustizia ha ribadito l’importanza del *private enforcement* nel promuovere la cultura della libera concorrenza tra gli operatori economici⁸.

La Commissione Europea ha così pubblicato un documento sulle azioni di risarcimento in materia antitrust (c.d. Libro verde), il cui scopo dichiarato è quello di rilevare quali siano gli ostacoli alla crescita del *private enforcement*⁹. Si è

situazione non sembra essere da allora sensibilmente mutata. In tutti i 27 Stati Membri dell’Unione Europea, nel periodo che va dal 2004 al 2007, non si registrano più di 200 casi giudiziari in cui siano stati invocati gli articoli del Trattato CE posti a tutela della libera concorrenza. Cfr. lo studio presentato alla Commissione Europea da A. RENDA et al., *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, in corso di pubblicazione, 2008.

⁵ Tale espressione è stata largamente utilizzata in dottrina. Si vedano tra gli altri da M. TAVASSI, M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 174, 1998; L.C. UBERTAZZI, *Commentario alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287, 2422*, Padova, 2004; P. CASSINIS, P. FATTORI, *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*, in *I contratti*, 418, 4/2001. P. AMICO, *Intesa e pratiche lesive della concorrenza: alla ricerca di un modello europeo per le azioni di risarcimento danni*, *I contratti*, n. 4/2005. Per una prima valutazione di tale forma di doppia tutela si veda fra gli altri V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 121, 2000.

⁶ Si vedano le numerose osservazioni pervenute sul sito della Commissione Europea dove è stato pubblicato il *Green Paper on damages actions for breach of the EC Antitrust rules*, oggi disponibile alla pagina web http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/index_en.html. (visitata in data 1 settembre 2006).

⁷ Si veda il SourceBook of Criminal Justice Statistics Online <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412004.pdf> tavola 5.41.2004, dove emerge che negli Stati Uniti d’America, dal 1975 al 2004, solo in 9 anni la percentuale di *private enforcement* sia scesa di poco sotto il 90%. Il dato è riportato da numerosi studi tra cui citiamo R. VAN DEN BERGH, P. CAMESASCA, *Economic analysis of Competition Law*, Antwerp, 26, 2006; C. A. JONES, *Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check*, 27(1) *World Competition*, 22, 2004, dove l’Autore parla di un rapporto di 1 a 10 tra cause civili e provvedimenti amministrativi. Per una prima e generale classificazione di questi casi si veda D. H. GINSBURG, *Comparing antitrust enforcement in the United States and in Europe*, 1 *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, 427.

⁸ Corte di Giustizia CE, sentenza del 20 settembre 2001, causa C- 453/99, *Courage vs Crehan*, punti 26 e 27. Per un commento anche in chiave critica da parte della dottrina italiana, si veda Foro it., IV, 75, 2002, con nota di R. PARDOLESI E A. PALMIERI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni»*.

⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *sup. cit.*. Come riportato da P. AMICO, *sup.cit.*, già alla fine degli anni ’80, la Commissione, in un comunicato ufficiale (IP/89/884 su www.europa.eu.int), sollecitava

dunque preso atto che la ragione del limitato utilizzo di tale strumento rimediabile non possa essere più attribuibile unicamente alla relativa freschezza della normativa antitrust nazionale ed alla mancanza di conoscenza della normativa antimonopolistica comunitaria da parte degli operatori del mercato e delle categorie professionali chiamate a gestire la macchina della giustizia¹⁰. Dopo una breve panoramica sui vantaggi e gli ostacoli legati allo sviluppo del *private enforcement*, la Commissione si è interrogata su alcune problematiche particolari: l'accesso alle prove, la quantificazione dei danni, il requisito della colpa, la traslazione del danno, la legittimazione ad agire dei consumatori, la tutela dei loro interessi, i costi delle azioni, il coordinamento tra l'attuazione privatistica e pubblicistica della normativa a tutela della concorrenza, la giurisdizione e la legge applicabile.

Dall'analisi complessiva di tale documento emerge come l'obiettivo della Commissione Europea sia stato quello di descrivere una serie di possibili alternative e di rimedi procedurali atti a promuovere l'utilizzo del *private enforcement*, non rinunciando a stimare ciò che questo potrebbe comportare in termini di raggiungimento di livelli ottimali di istanze risarcitorie, restitutorie o cautelari nei confronti dei comportamenti devianti, crescita dei costi di armonizzazione dei vari sistemi giuridici nazionali e dei costi di amministrazione della giustizia. In sostanza la Commissione Europea ha dato prova di non voler rinunciare in linea teorica all'idea di assegnare a tali azioni dei privati anche un più marcato effetto deterrente.

Del resto la Commissione Europea ha inserito nel Libro Verde proprio l'opzione dei "danni punitivi" tra i rimedi volti a facilitare lo sviluppo del *private enforcement*¹¹. Ora, in alcuni ordinamenti giuridici, la possibilità di ottenere i danni punitivi, sotto forma di richieste di risarcimenti doppi o tripli (*multiple damages*¹²), caratterizza chiaramente le domande dei privati di un contenuto non solo risarcitorio del danno subito, ma anche di deterrenza nei confronti degli autori di tali violazioni¹³; essi sono considerati una forma di risposta, peraltro ritenuta approssimativa, al fatto che statisticamente non tutte le violazioni

tutte le imprese ed i cittadini a promuovere azioni cautelari e risarcitorie davanti alle giurisdizioni nazionali, parallelamente (o, meglio ancora, in alternativa) alla presentazione di un reclamo a Bruxelles, ogni qual volta volessero invocare le regole comunitarie di concorrenza contro intese e pratiche turbative del commercio tra Stati membri.

¹⁰ Fino alla metà degli anni '90 era questa l'opinione prevalente. Si veda A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel diritto antitrust*, 14-15, Milano, 1996.

¹¹ COMMISSIONE EUROPEA, cit. alla nota 7, opzione 16, 7.

¹² Come afferma S. CARONGIU, *Pregiudizio subito e quantum risarcitorio nelle sentenze di punitive damages: l'impossibile riconoscimento in Italia*, Int'l Lis, (2) 89, 2004, questi danni sarebbero solo una specie di *punitive damages* distinguibili da quelli c.d. "in senso stretto" (*compensatory damages*), dove, al contrario, la somma risarcita non presenta alcun collegamento matematico con l'entità del danno effettivamente sofferto.

¹³ Si veda A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno per violazione di norma antitrust: l'esperienza americana*, in Riv. Soc., 1, p. 706 e ss, 1992. Si deve ricordare che nel sistema antitrust statunitense non si rileva una disposizione analoga a quella contenuta nella maggiorparte degli Stati Membri dell'Unione Europea, ad eccezione di Cipro e Lituania, dove si maturano gli interessi sul danno dal momento in cui l'evento dannoso si è verificato (9 Stati Membri) o dal momento in cui l'attore ne ha rilevato l'esistenza (10 Stati Membri).

vengano scoperte¹⁴. Come si cercherà di dimostrare nel corso della presente analisi, il simultaneo raggiungimento di questi diversi obiettivi potrebbe condurre gli attuali sistemi di tutela, sia a livello nazionale che comunitario, verso livelli di deterrenza non ottimali e di misure risarcitorie dei pregiudizi subiti non efficienti¹⁵.

Altra particolarità nell'approccio adottato dalla Commissione consiste nell'aver utilizzato un identico parametro di valutazione nei confronti di fattispecie anti-concorrenziali tra loro diverse¹⁶. Il dato normativo non include il danno ai consumatori tra gli elementi necessari ad integrare la fattispecie di sfruttamento abusivo della posizione dominante attraverso determinate pratiche escludenti e discriminanti. In questi casi, l'attenzione si concentra principalmente sulle perdite sofferte dai concorrenti dell'impresa dominante, i quali sono anche i soggetti che più facilmente hanno evidenza dei danni subiti¹⁷. Analogo discorso vale anche per le "intese verticali", dove i concorrenti, viste le continue interazioni tra di essi, sono i soggetti che più facilmente potranno rilevarne gli effetti negativi¹⁸.

Al contrario, in quelle forme di collaborazione tra imprese tra loro concorrenti aventi ad oggetto o ad effetto la restrizione o l'impedimento della concorrenza in una parte sostanziale del mercato rilevante, sembra più difficile che la maggior parte delle vittime, tra cui è oggi possibile citare direttamente i compratori a valle¹⁹, soggetti terzi rispetto all'intesa, possa realizzare l'esistenza del comportamento deviante senza l'ausilio dell'intervento pubblico. Ne consegue che, in base al tipo di fattispecie presa in considerazione, i costi ed i benefici legati

¹⁴ Per approfondire il tema si veda il contributo di J. SIDAK, *Rethinking antitrust damages*, in 33 *Stanford Law Review*, 330, 1981; A. M. POLINSKY, *Detrebling versus decoupling antitrust damages: lessons from theory of enforcement*, in "Private Antitrust Litigation", MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 87, 1988; A. TOFFOLETTO, *sup. cit.*, 195 e ss., il quale descrive e commenta un modello di tutela in cui, al termine di un ordinario processo, i danni ottenuti dall'attore siano inferiori a quelli che il convenuto sarà costretto a pagare (c.d. "decoupling" o "detrebling"). Quest'idea fu analizzata da W.F. SCHWARTZ, *An Overview of the Economics of Antitrust Litigation*, 68 *Georgetown Law Journal*, 1075-1102, 1980. La funzione deterrente dei danni tripli è stata sottolineata tra gli altri da K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private enforcement of Competition Laws*, 34 (3) *Osgoode Hall Law Journal*, 506, 1997.

¹⁵ Secondo l'opinione di alcuni studiosi, raggiungere questi due obiettivi contemporaneamente potrebbe risultare impossibile. Si veda R. VAN DEN BERGH, W. VAN BOOM, M. VAND DER WOUDE, *The EC Green Paper on damages actions in antitrust cases: an academic comment*, 2, Rotterdam, 2006.

¹⁶ Tale approccio al problema è ancora diffuso. Per un esempio si veda il pur dettagliato studio di R. PRESTON MCAFEE, H. MIALON, S. MIALON, *Private V. Public Antitrust Enforcement, A strategic analysis*, Emory Public Law Research Paper, 23, 2005, i quali elaborano conclusioni sulla giusta combinazione dei diversi strumenti rimediali senza prendere analiticamente in considerazione le diverse fattispecie anti-concorrenziali.

¹⁷ Così R. VAN DEN BERGH, P. CAMESASCA, *sup. cit.*, 26.

¹⁸ Cfr. G. DI FEDERICO P. MANZINI, *A law and economics approach to the new european antitrust enforcing rules*, *Erasmus Law and Economics Review* 1, no. 2, 158, 2004.

¹⁹ Per l'affermazione di tale principio nell'ordinamento giuridico nazionale si veda da ultimo Cass. Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 220, in *Foro It.*, Aprile 2005, I,1014 con nota di A. Palmieri, R. Pardolesi, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1015 ss. A livello comunitario si veda la sentenza della Corte di Giustizia nel caso C-295/04, *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, in *Gazzetta Ufficiale* C 224 del 16.09.2006, p.3.

al *private enforcement* delle norme antitrust potrebbero ricevere una differente valutazione. Un'omogenea trattazione delle varie fattispecie rischierebbe quindi di condurre a risultati fuorvianti. La nostra analisi sarà dunque circoscritta ai quei comportamenti collusivi aventi per oggetto strategie comuni di prezzo (d'ora in avanti, per comodità espositiva, anche c.d. "cartelli" o c.d. "cartelli di prezzo"), avendo questi ricevuto, all'interno delle varie condotte anti-competitive, la maggiore attenzione da parte delle Autorità pubbliche e della dottrina²⁰.

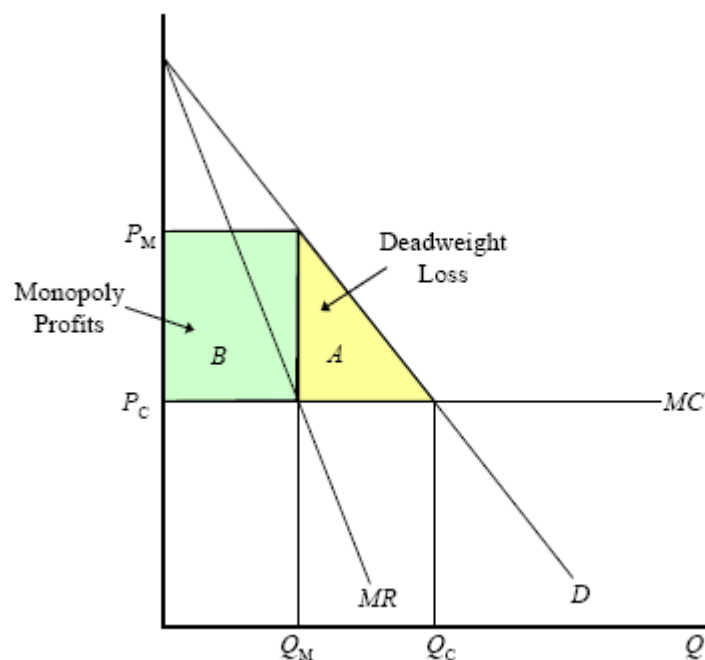
2. IL RAPPORTO TRA L'ATTUAZIONE PRIVATISTICA E PUBBLICISTICA DEL DIVIETO DI CARTELLI IN UNA PROSPETTIVA DI ANALISI ECONOMICA.

Da un punto di vista statico, mercati soggetti in maniera più o meno consistente ad iterazioni di condotte monopolizzatrici, volte cioè specificatamente a restringere la quantità prodotta e ad aumentare i profitti per l'impresa o le imprese agenti, sono generalmente considerati inferiori dal punto di vista del benessere sociale a mercati dove tali pratiche non occorrono²¹.

Figura 1:

²⁰ Si veda R. H. PATE, *International Anti-Cartel enforcement*, documento presentato alla conferenza dell'International Competition Network (ICN) svoltasi a Sydney nel 2004; disponibile alla pagina web <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206428.htm> (visitata in data 1 settembre 2006). Anche dallo studio di I. BOS, M.P. SCHINKEL, *On the scope for the European Commission's 2006 fining guidelines under the legal fine maximum*, working paper disponibile alla pagina web <http://www1.fee.uva.nl/pp/personalpage.asp?personid=40&page=wp>, 2, emerge come delle quindici più alte sanzioni, inflitte in materia antitrust dalla Commissione Europea, tredici casi abbiano riguardato cartelli tra imprese. Molto più scarse, soprattutto a livello nazionale, sono infatti state le riflessioni dedicate ad esempio alla sorte dei contratti attraverso cui l'impresa abusa della propria posizione dominante. Si veda A.FRIGNANI (M.SIRAGUSA E V.MELI), *Abuso di posizione dominante*, in *Diritto Antitrust*, cit. 310 e ss.; G. SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. It.*, IV, 134 e ss, 1992. Ciò si ritiene sia dovuto alla circostanza contingente che la maggior parte delle decisioni giurisprudenziali abbia interessato fattispecie di intese orizzontali. A questo sembra doversi aggiungere che esse sono anche chiare violazioni del diritto della concorrenza che rendono più facile agli operatori del diritto il compito di ragionare su di esse. Ciò in quanto dati gli elevati costi transattivi del cartello, per esso non è immaginabile altra strategia di azione che quella di fissare i prezzi, ed in genere, condizioni negoziali tali da assicurare un profitto superiore a quello congruo per un mercato correttamente funzionante.

²¹ Il problema è dunque da intendersi non come un problema di efficienza produttiva, ma come "crisi di una particolare modalità di regolazione dell' economia". Cfr. G. MAJONE, A. LA SPINA in *Lo stato regolatore*, 128, Bologna, 2000. In Italia il consenso socialdemocratico sul ruolo benefico dello "Stato positivo" – come pianificatore, come produttore diretto di beni e servizi, e come datore di lavoro di ultima istanza, cominciò ad erodersi già negli anni '70: la combinazione di una disoccupazione in aumento e di tassi di inflazione anche essi crescenti non poteva essere spiegata all'interno dei modelli keynesiani di quel periodo, mentre la spesa pubblica discrezionale e le politiche sociali universalistiche e generose sempre di più cominciarono a essere viste come parte del problema della modesta performance economica di certe nazioni. Cfr. G. MAJONE, A. LA SPINA *sup.cit.*, 15-22.



Il ragionamento che deriva dal modello di cui sopra è noto, così come la sua rappresentazione grafica. La figura 1 mostra chiaramente come attraverso un cartello le imprese possano decidere di fissare il prezzo in P_M dove la curva dei ricavi marginali (MR) incontra la curva dei costi marginali, anziché nel punto P_C , ipotesi in cui il mercato sarebbe perfettamente concorrenziale. Tale comportamento determina una restrizione della quantità prodotta nel mercato (il triangolo A rappresenta nella figura la perdita sociale c.d. *dead-weight loss*), e quindi una “perdita secca” per la società in termini di efficienza produttiva, allocativa e dinamica²².

Ovviamente tale ricostruzione è semplicistica, avendo come parametro solo un concetto di efficienza statico. Il suo scopo è unicamente quello di esasperare le inefficienze a cui il comportamento del soggetto monopolista potrebbe tendere. Solo per fare un esempio, le conclusioni che se ne potrebbero trarre rischierebbero di non essere opportune allorché una prospettiva dinamica ci induca a considerare quante risorse le imprese abbiano investito competendo per la creazione di un mercato, anziché rivaleggiando in un mercato già esistente²³. Tale

²² Sulla plausibilità di tale assunzione la letteratura è sterminata. Cfr. A. FRIGNANI, R. PARDOLESI (a cura di), *La Concorrenza*, vol. VII, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani, G. A. Benacchio, Torino, Giappichelli, 2006. F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 2001, 80. Anche la dottrina americana, sotto certi aspetti maggiormente conservatrice, non ha mai dubitato dell'opportunità di combattere la formazione di cartelli. Si veda *ex multis* J. E. LOPATKA, *The case for legal enforcement of price fixing agreements*, in 38 *Emory Law Journal*, 1, 1989; si veda inoltre W. LANDES, *Optimal sanctions for antitrust violations*, 50 *University of Chicago Law Review*, 653, 1983, che però afferma: “la ragione di rendere un cartello illegale non consiste nella sua intrinseca capacità ad imporre prezzi sovrapcompetitivi, ma nella naturale diminuzione della quantità prodotta”.

²³ Questo accade quando si compete per un mercato che presenta significative esternalità di rete e dove gli acquirenti sperimentano rilevanti costi di apprendimento prima di essere in grado di utilizzare il bene. Si veda ad esempio il contributo di R. PARDOLESI, A. RENDA, *How safe is the*

ultima distinzione, come è noto, non è di poco conto, in ragione della necessità, oggi sempre più diffusamente avvertita, di incentivare in maniera ottimale gli investimenti in nuove forme di produzione e creazione di ricchezza.

Ne consegue che un'elaborazione più raffinata dovrebbe almeno tenere in dovuto conto le risorse dissipate nel tentativo di raggiungere e mantenere il potere di mercato. D'altra parte tale semplice modello non è in grado di rappresentare gli altri impatti negativi di tali condotte, come quelli sull'occupazione nel mercato rilevante ed in quelli ad esso attigui o anche, solo per citare un altro esempio, le perdite di profitti per le imprese operanti in mercati attigui²⁴.

Nel tentativo di contrastare queste e altre possibili obiezioni²⁵, il dibattito sul contributo delle politiche antitrust al benessere sociale si è dunque sempre più spostato sulla ricerca di evidenze empiriche dei possibili incrementi di benessere sociale, nel caso in cui ai singoli ed alla collettività venga garantita un'effettiva tutela antitrust *ex post*²⁶. Tali studi si sono basati su indagini di particolari mercati, sulla costruzione di modelli empirici, dove periodi di assenza dell'intervento antitrust sono stati confrontati con le fasi temporali durante le quali tale intervento era attivo²⁷. Tutte le risultanze di tali studi sembrano supportare la teoria seconda la quale, in assenza di una effettiva politica antitrust, la società avrebbe sperimentato una situazione di minore benessere sociale.

2.1. La “formula di Becker”.

Il fatto che i cartelli siano idonei a causare una perdita sociale, oltre che ad incidere negativamente su ben determinate situazioni giuridiche soggettive, non esclude in linea teorica che l'azione dei privati non possa, da sola, apprestare un livello di deterrenza ottimale, anche senza l'intervento statale.

La verifica se tali soggetti privati siano autonomamente in grado di approntare una credibile minaccia sanzionatoria si rende sempre necessaria, in quanto un suo esito positivo potrebbe contribuire a fare risparmiare alla società notevoli risorse pubbliche.

Sebbene alcuni studi abbiano evidenziato come spesso gli individui non abbiano un'esatta percezione della probabilità di essere sanzionati per il loro

king throne, Network externalities on trial, in Cucinotta, Pardolesi e Van Den Bergh (a cura di), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, 2003.

²⁴ Già nel 1970 la US Supreme Court tentò di definire una c.d. “target area” e la relativa “zone of interest” per delimitare le categorie dei possibili legittimati attivi in caso di violazioni della normativa antitrust. Si veda Jeffrey v. Southwestern Bell, 518 F.2d 1129, 1131 (5th Cir. 1975) (“target area”); Islamic Trade Corp. v. Exxon Corp., 632 F.2d 539, 546 (5th Cir. 1980) (“target area”); Malamud v. Sinclair Oil Corp., 521 F.2d 1142, 1152 (6th Cir. 1975) (“zone of interests”).

²⁵ Si veda R.W. CRANDALL, C. WINSTON, *Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence*, in 17 J. Econ. Persp., 3, 2003. In relazione alla lotta contro i cartelli, Crandall and Winston hanno espressamente concluso come non vi siano prove che questa abbia portato a diminuzioni non transitorie nei prezzi.

²⁶ G. J. WERDEN, *The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook*, AEI-Brookings Joint Center For Regulatory Studies, Related Publication, Apr. 2004, disponibile alla pagina web <http://aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=933>; J.E. KWOKA, JR., *The Attack On Antitrust Policy and Consumer Welfare: A Response To Crandall and Winston*, Northeastern University, Department of Economics Working Paper, March 2003, disponibile alla pagina web <http://www.economics.neu.edu/library/research/john2.pdf>.

²⁷ J. B. BAKER, *The Case for Antitrust Enforcement*, J. Econ. Persp. 27, 2003.

comportamento illecito, o sentano la necessità di rispettare la legge solo per un dovere morale, indipendentemente dal fatto che sussista o meno la possibilità di essere sanzionati, si ritiene opportuno che la risposta dei privati sia almeno in grado di alterare il calcolo dei costi e benefici economici, derivanti per i soggetti dalla violazione della norma giuridica²⁸. L'assunto è particolarmente decisivo nel diritto della concorrenza, proprio in considerazione del fatto che le condotte delle imprese sono, da qualsiasi punto di vista le si guardi, il frutto di decisioni almeno accuratamente elaborate da parte degli organi che le rappresentano.

Si può così partire nella nostra analisi dal chiarissimo contributo di Becker, la cui formula è fondata sulle intuizioni del Bentham e del Beccaria, e si basa sull'assunzione che il reo sia un individuo razionale, in grado di calcolare con esattezza i costi ed i benefici che gli derivano dalla sua azione illegale²⁹. Pertanto il numero di atti illeciti commessi da ciascun individuo (AI) è funzione della probabilità di condanna (P), della sanzione attesa (S), nonché di un insieme di altre variabili, tra cui una certa propensione a trasgredire (X): $AI=(P, S, X)$. Il corollario di tale impostazione è quanto mai evidente: il legislatore, al fine di ottenere il rispetto della norma giuridica, deve predisporre strumenti rimediali in grado di alterare ed influenzare tale calcolo, imponendo una pena che tenga principalmente conto della probabilità che il reo venga o meno condannato³⁰.

Dal lato delle vittime, il danno sofferto da un individuo è invece funzione crescente del livello di una certa attività illecita, mentre la perdita netta per la società è data dalla somma dei vari danni occorsi agli individui, più l'eventuale costo per la società di garantire l'osservanza delle leggi (forza lavoro impiegata, costi di amministrazione della giustizia, mantenimento delle carceri, costi-opportunità di non impiegare tali risorse in maniera più efficiente, costi legati a possibili errori giudiziari, tra cui quello sicuramente più dannoso è connesso alla possibilità che un soggetto innocente venga condannato), meno il vantaggio privato derivante al trasgressore dalla violazione della norma.

Ciò premesso, se l'obiettivo fosse quello di impedire ogni attività illecita, si dovrebbe rendere certa la sanzione, il cui ammontare dovrebbe essere maggiore dei benefici derivanti al trasgressore dal compimento dell'atto illecito. Tuttavia, assumendo che i costi derivanti dalla verifica delle violazioni del precetto siano

²⁸ Un'importante punto di riferimento può trovarsi nello studio di C. JOLLS, *On law enforcement with Boundedly rational actors*, Olin center for Law and Economics, Discussion Paper 494, Harvard University. Si veda sul tema T.R. TYLER, *Why people obey the law*, Yale UP, 1990. Ad ogni modo, è utile segnalare lo studio di E. A. POSNER, *Law and Social Norms: The Case of Tax Compliance*, 86 Virginia Law Review, 1781, 2000, secondo il quale, il rispetto della legge, anche in quei casi in cui la sanzione sia bassa potrebbe anche essere, in ultima analisi, un modo di segnalare agli altri individui il fatto di essere una persona onesta e leale, e quindi con cui è si può negoziare più serenamente.

²⁹ G. BECKER, *Crime and Punishment: an economic approach*, Journal of Political Economy 76, pp. 169-217, 1968.

³⁰ In altre parole maggiore è il beneficio privato atteso dalla violazione più severa dovrà essere la sanzione per scoraggiare in maniera efficace potenziali futuri trasgressori. Minore è la probabilità dell'applicazione della sanzione e più severa dovrà essere la sanzione perché funga da deterrente. Infine maggiore è il danno atteso derivante dall'atto illecito e più decisiva diventa la circostanza che tali atti vengano disincentivati.

positivi, il costo sociale necessario a garantire una tale attività di repressione si innalzerebbe a dismisura³¹.

Analogo risultato verrebbe raggiunto se si pensasse di rendere esclusivamente più severa la sanzione. L'Autore conclude dunque per l'efficienza di un sistema di repressione che garantisca la minimizzazione dei costi degli atti illeciti per la società: la società non spenderà nella repressione più di quanto danno è stato fatto³²; ciò che viene auspicato è un'interpretazione ferrea del principio di proporzionalità della sanzione.

2.2. La necessità dell'intervento pubblico nell'indagine sulla anticoncorrenzialità del cartello.

Ora, ed è questa la parte che più rileva nella fase iniziale del presente studio, la repressione può avvenire sia per il tramite e l'iniziativa di pubblici ufficiali o magistrati, sia attraverso l'opera di soggetti privati, i quali al fine di tutelare i propri interessi, e quindi con essi quelli della società, saranno incentivati dall'ottenimento di un "premio", *sub specie* di sanzione o risarcimento del danno.

Becker e Stigler arrivano ad esempio ad immaginare che lasciando completamente nelle mani dei privati l'adozione di strumenti rimediali sorgerebbero un numero di imprese specializzate in concorrenza tra loro per l'ottenimento del "premio", astrattamente capaci ed in grado di garantire l'osservanza della legge³³.

La tesi di Becker è stata quindi sviluppata da Landes e Posner³⁴, i quali hanno da subito criticato le conclusioni raggiunte dal primo. Le loro critiche si fondano su una concezione dinamica dell'utilizzo degli strumenti rimediali, dove, all'aumentare eventuale del premio, i "controllori privati" sarebbero indotti ad investire più risorse nella loro attività, determinando così un indesiderabile ed eccessivo livello di repressione di alcuni comportamenti devianti.

Anche Polinsky ha successivamente contestato la tesi di Becker e Stigler, sostenendo però, in maniera sensibilmente opposta, che il livello di deterrenza di un sistema di tutela basato esclusivamente sull'iniziativa privata sarà in molte circostanze inferiore rispetto a quello raggiungibile attraverso l'intervento pubblico. Questo perchè se la sanzione fosse minore del costo dell'attività di

³¹ Da qui la necessità di una diversa scelta politica. Tra le possibili strategie quella del divide et impera è stata analizzata tra gli altri da un recente contributo di G. DARI MATTIACCI, *Carrots, Sticks and the Multiplication Effect*, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, disponibile alla pagina web <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=bple> (visitata il 10 giugno 2007).

³² Una grande quantità di autori ha preso le mosse da tale lavoro di Becker. Si è così contribuito a fornire tutta una serie di indicazioni che vanno dalla quantità ottimale di risorse da destinare alla scoperta delle possibili violazioni, fino all'individuazione del giusto bilanciamento tra pene detentive e pene pecuniarie. Per una rassegna di tali lavori si rimanda all'opera di M. POLINSKY, S. SHAVELL, *The economic theory of public enforcement of Law*, 38 *Journal of Economic Literature*, p. 45, 2000.

³³ G. S. BECKER, G. J. STIGLER, *Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 3, No. 1, pp. 1-18, 1974.

³⁴ W. M. LANDES, R. A. POSNER, *The private enforcement of Laws*, in *Journal of Legal Studies*, 1, 1975; W.M. LANDES, R. A. POSNER, *Joint and multiple tortfeasors: an economic analysis*, 8 *Journal of legal studies*, 517, 1980.

investigazione, le imprese private non investirebbero sufficienti risorse nella scoperta di tali atti illeciti³⁵.

Da questa sintetica rassegna di studi emerge così come già da tempo la dottrina giureconomica nordamericana, interrogandosi sui casi in cui i privati non siano in grado di fornire un livello di deterrenza ottimale, abbia fortemente avvertito la necessità di applicazione di un test di sussidiarietà forte, idoneo a valutare con la maggiore esattezza possibile le aree di applicazione del diritto dove è sempre desiderabile, anche se non in maniera esclusiva, l'intervento pubblico in chiave repressiva di determinati comportamenti illeciti.

Ciò premesso, nel tentativo di sottoporre a tale analisi anche il divieto di cartelli anticompetitivi, non resta che iniziare ad analizzare se la sola attuazione privatistica della norma, in mancanza dell'ausilio dell'intervento pubblico, sia in grado di limitare in maniera ottimale il compimento di tali atti illeciti³⁶. Nei seguenti capitoli riassumeremo le ragioni di una risposta negativa a tale quesito.

2.2.1. I differenti incentivi ad agire e il problema delle asimmetrie informative.

Da più parti è stato evidenziato come la scoperta dell'esistenza di cartelli da parte delle vittime sia ostacolata dalla presenza di forti asimmetrie informative. Come già è stato accennato in premessa, a parte la mancanza di una solida e diffusa cultura della libera concorrenza, fenomeno che potrebbe essere considerato solo temporaneo, i cartelli sono per loro natura intese destinate a rimanere segrete. Data l'estrema difficoltà insita nell'allineare gli incentivi ad agire dei privati con quelli della società e valutati i possibili abusi che ne potrebbero derivare, non sembra allo stato immaginabile che ai privati vengano concessi determinati poteri investigativi, come le intercettazioni ambientali, senza le quali, però, la scoperta di evidenze materiali del cartello può risultare estremamente difficile. Al contrario l'Autorità pubblica, nello svolgere una tale funzione di accertamento e repressione, potrebbe legittimamente avvalersi, come in effetti accade, di più efficaci mezzi d'indagine³⁷.

In generale, si è però sostenuto che il diritto processuale civile, in omaggio al "principio della vicinanza della prova", potrebbe comunque sviluppare meccanismi idonei a mitigare il suddetto problema di lacune informative, facilitando l'accesso delle vittime alle prove rimaste nella disponibilità del reo o prevedendo, ad esempio, una parziale inversione dell'onere probatorio³⁸. Una

³⁵ A.M. POLINSKY, *Private Versus Public Enforcement of Fines*, 9 *Journal of Legal Studies*, 105, 1980.

³⁶ Si veda il lavoro di S. SHAVELL, *The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system*, 26 *Journal of Legal Studies*, 575, 1997. Si veda anche L. KAPLOW, *Private versus social costs in bringing suits*, 15 *Journal of Legal studies* 371, 1986; P. S. MENELL, *A note on private versus social incentive to sue in a costly legal system*, 12 *Journal of Legal studies* 41, 1983.

³⁷ Si veda K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *sup. cit.*, 491. Per un commento sugli attuali poteri investigativi della Commissione Europea si rimanda allo studio di W. WILS, *The collection of intelligence and evidence from Antitrust violators*, in *Principles of european antitrust enforcement*, Hart Publishing, p. 131 e ss, 2005.

³⁸ Ciò peraltro avviene anche in altre branche del nostro ordinamento giuridico, dove la presenza di asimmetrie informative è stata maggiormente avvertita. L'elenco sarebbe lungo.

previsione analoga anche in materia di cartelli dovrebbe quindi essere giustificata dal fatto che il costo per l'attore di ottenere la prova della violazione è sensibilmente maggiore del costo per il convenuto di fornire la prova contraria³⁹.

Tuttavia questi meccanismi, come gli altri che verranno analizzati in seguito, sono da valutare con particolare cautela, poiché comportano sempre il rischio di un abuso strategico delle norme antitrust. Un'impresa potrebbe avanzare richieste risarcitorie o restitutorie nei confronti del proprio concorrente al solo fine di ottenere dati confidenziali circa le strategie commerciali del rivale (c.d. *fishing expeditions*)⁴⁰. Per le fattispecie oggetto del presente studio il rischio è minore rispetto ai comportamenti abusivi unilaterali, in quanto più facilmente accadrà che gli attori saranno soggetti posizionati su un diverso livello della catena di produzione e quindi avranno meno incentivi a utilizzare strategicamente le norme antitrust al fine di estorcere al convenuto tali informazioni confidenziali.

Per il momento non è necessario soffermarci oltre sulla specifica questione di come facilitare l'accesso alle prove da parte dei privati in quanto sul punto si ritornerà in seguito. E' necessario e sufficiente prendere coscienza di come, grazie all'intervento pubblico, il sistema possa garantire il risparmio di notevoli risorse da parte dei privati.

2.2.2. I differenti incentivi ad agire ed il c.d. *free riding problem*.

Anche nell'ipotesi in cui un singolo soggetto giuridico abbia ottenuto rispetto all'Autorità pubblica maggiori informazioni ad un minor costo, vista la maggiore "vicinanza" rispetto all'autore della violazione⁴¹, è possibile che esso resti inerte per paura di possibili ritorsioni. Senza la garanzia dell'anonimato, il potenziale attore potrebbe avere pochi incentivi a domandare giudizialmente la tutela dei propri diritti⁴². Rivelando le informazioni in suo possesso, egli rischierà infatti che le imprese partecipanti all'intesa adottino delle strategie economiche che, nel

Solo per fare un esempio che ha attirato di recente l'interesse della dottrina, si rifletta sull'art. 23 del D.lgs. 58/1998, dove si stabilisce che nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi disciplinati dal T.U.F. spettano ai soggetti abilitati l'onere della prova di avere agito con la specifica diligenza richiesta.

³⁹ La teoria sulla necessità dell'inversione dell'onere probatorio in tali situazioni è stata sviluppata tra gli altri da R. A. POSNER, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, in 66 University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Papers, disponibile alla pagina web <http://ssrn.com/abstract=165176>, 1999, 33 (visitata in data 3 settembre 2006).

⁴⁰ E' questa la tesi di R. P. MCAFEE, N. V. VAKKUR, *The strategic abuse of Antitrust Law*, 1(3) Journal of strategic management education, 1, 2004. Per un commento critico in merito all'accezione negativa con cui il termine "fishing expedition" è stato spesso associato al diritto processuale statunitense si veda S. SUBRIN, *Discovery in Global Perspective, Are we nuts?*, in 52 DePaul L. Rev., p. 299, 2002-2003.

⁴¹ Ciò potrebbe derivare dalla costanza di rapporti di natura commerciale o dal fatto che alcuni partecipanti al cartello hanno voluto segretamente rivelare l'esistenza di tale accordo, affinché le informazioni vengano divulgate ed il cartello venga scoperto, o perché il soggetto è un lavoratore licenziato dalla compagnia.

⁴² Già nel 1955 T. C. MCCONNELL, *The treble damage Issue: astrong dissent*, 50 Northwestern Un. L. Rev., 342, 1955, riportava l'esempio del Liberty Broadcasting System, (all'epoca la seconda più grande compagnia di radiodiffusione nazionale), la quale, dopo aver iniziato una causa civile contro i clubs della major league di Baseball, fu prima esclusa dalla gara per ottenere i diritti di diffusione via etere di tali incontri, ed immediatamente dopo, per tale ragione, fu costretta al fallimento.

breve periodo, viste le lungaggini di un normale processo ordinario, potrebbero causargli ulteriori ed ingenti danni economici⁴³. Questo potrebbe essere il caso di tutti quei soggetti aventi una rapporto contrattuale con un partecipante al cartello, siano essi collaboratori della compagnia o società acquirenti dei beni oggetto dell'intesa anticompetitiva.

Si aggiunge che anche laddove un'impresa a monte o a valle dell'intesa riuscisse ad averne evidenza, è possibile che essa non abbia alcun incentivo ad agire in giudizio, in quanto particolari condizioni del mercato o contrattuali possono permetterle di scaricare la gran parte del pregiudizio subito su altre imprese a valle o in danno di ignari consumatori finali, ovvero quei soggetti che, per così dire, chiudono la filiera produttiva⁴⁴.

Sempre in ragione del fatto che l'interesse privato potrebbe differire dall'interesse pubblico, alcune cause non si concluderanno con una sentenza; perversi incentivi potrebbero infatti indurre i potenziali danneggiati, aventi maggiori informazioni sull'esistenza dell'intesa, a cedere a proposte di composizione "amichevole". E' ovvio che tali transazioni, pur conducendo all'ottenimento di facili somme di denaro nonché di generose parcelle per i consulenti delle parti, non porteranno ad un livello di deterrenza ottimale⁴⁵: in considerazione del fatto che i dati raccolti per arrivare alle transazioni potrebbero essere oggetto di accordi di riservatezza tra le parti, tutti gli altri soggetti, terzi rispetto all'accordo transattivo, sopporteranno costi eccessivi nel procurarsi quelle stesse informazioni che sarebbero state razionalmente sufficienti a fondare un'azione legale⁴⁶.

Si ricorda poi come la presenza di un coordinamento sui prezzi tra imprese dovrebbe essere considerata sempre e solo un indizio della presenza di una intesa

⁴³ E' questa la tesi di R. VAN DEN BERGH, P. CAMESASCA, *sup. cit.*, 32.

⁴⁴ Si pensi solo per fare il più classico degli esempi all'ipotesi in cui un intermediario acquisti i beni dal partecipante all'intesa e li rivenda a soggetti terzi sulla base di un contratto cui si applica un margine fisso. Per un'approfondita introduzione al fenomeno della traslazione del danno a valle si veda il contributo di A. TOFFOLETTO, *sup. cit.*, 267 e ss.

⁴⁵ Si veda il paragrafo 12 dell'art. 99 del Disegno di Legge "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)", approvato dal Senato in data 15 novembre 2007, il quale, introducendo la possibilità di determinate azioni collettive a carattere risarcitorio, aveva stabilito che, in ogni caso, il compenso dei difensori del promotore della azione collettiva non potesse superare l'importo massimo del 10 per cento del valore della controversia. Questo palesa il timore che, laddove le azioni di gruppo vengano introdotte, il problema di asimmetrie informative tra il soggetto rappresentante e quelli rappresentati si possa acuire.

⁴⁶ E' questa la tesi sostenuta tra gli altri da J. F. BRODLEY, *Antitrust standing in private merger cases: reconciling private incentives and public enforcement goals*, in 94 Michigan Law review, 1, 1995. Negli Stati Uniti d'America questa è stata la ragione che ha spinto a condizionare la validità di tali accordi transattivi avvenuti nel corso del processo al controllo del giudice. Per verificare come negli Stati Uniti già da tempo sia stato dato rilievo all'analisi dei dati empirici sulle transazioni raggiunte, si veda lo studio di J. M. PERLOFF, D. L. RUBINFELD, *Settlement in private antitrust litigation*, in *Private Antitrust Litigation*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 149, 1988. E' interessante notare come nello studio di R. H. LANDE, J. P. DAVIS, *An Evaluation of Private Antitrust Enforcement: 29 Case Studies*, interim report, 8 Novembre 2006, disponibile alla pagina web <http://www.antitrustinstitute.org/recent2/550b.pdf>. tutti i casi riportati come azioni indipendenti si siano conclusi con una transazione.

anti-concorrenziale, ma mai una prova decisiva⁴⁷. Anche nel valutare un classico cartello anticompetitivo, il giudice dovrebbe evitare l'applicazione di condanne *per se*⁴⁸. Egli, nello stimare quanta parte del danno sia effettivamente stata sofferta e non traslata a terzi, non dovrebbe mai esimersi dal valutare la possibile riduzione dei costi medi di produzione per le imprese coinvolte⁴⁹. Ne consegue, più in generale, che la valutazione del danno non potrà mai prescindere da una complessa analisi non solo dei costi, ma anche dei benefici che un'intesa orizzontale può comunque comportare.

Si aggiunge che, sebbene la perdita di benessere sociale derivante da tali condotte sia ingente, i danni potenziali per le singole vittime non saranno in grado di comprendere tutto il costo sociale delle condotte anticompetitive, che comprende anche le risorse dissipate per mantenere in piedi il cartello. In più tali somme non solo non comprendono tutto il costo sociale delle condotte anticompetitive, ma, prese singolarmente, sono spesso di lieve entità. La situazione della maggior parte delle vittime sarà nella maggior parte dei casi sia in punto di diritto che di fatto pressoché identica (c.d. "interessi seriali"⁵⁰). Ne deriva che, senza l'utilizzo di meccanismi atti a suddividere tra più parti il costo di accesso alla giustizia, nelle fattispecie in questione, per le vittime, ed in particolare per le imprese di ridotta dimensione e per i piccoli consumatori, è eccessivamente costoso indagare sull'esistenza di tali comportamenti anticompetitivi⁵¹.

⁴⁷ Sul punto si veda R. VAN DEN BERGH, P. CAMESASCA, *Economic analysis of Competition Law*, Antwerp, 2006, 3.

⁴⁸ Diversamente, la nostra giurisprudenza amministrativa ha più volte ritenuto come laddove l'oggetto di un accordo sia chiaramente anti-concorrenziale non sia necessario provarne i suoi effetti sui mercati di riferimento: esemplificativa è la sentenza del Tar Lazio n. 425/1997. Per un'analisi dell'approccio adottato dalla nostra giurisprudenza amministrativa si veda M. SIRAGUSA, L. DE SANCTIS, *Una prima analisi del regime delle prove nel diritto della concorrenza: la giurisprudenza del Tar del Lazio e del Consiglio di Stato*, in E. A. RAFFAELLI (a cura di) *Antitrust fra Diritto Nazionale e Comunitario*, 85, Milano, 2002.

⁴⁹ Si veda W. H. PAGE, *Antitrust damages and economic efficiency: an approach to antitrust injury*, 47 *Chicago Law Review*, 1980, 482. Come affermato in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI (a cura di), *sup. cit.*, lo stesso dato normativo comunitario non avalla la tesi che talune restrizioni (c.d. "hard-core-restraints") non possano mai risultare indispensabili al conseguimento di effetti benefici.

⁵⁰ *Ex multis* e per attinenza alle problematiche trattate si veda A. DI MAJO, *I diritti soggettivi (collettivi) delle associazioni di consumatori*, in *Il Corriere Giuridico* 6/2006, 785, ma anche nella stessa rivista P. FAVA, *Class Actions tra efficientismo processuale, aumento di competitività e risparmio di spesa: l'esame di un contenzioso seriale concreto*, in *Il Corriere Giuridico* 4/2006, 535, il quale ribadisce l'importante distinzione tra interessi diffusi ed interessi seriali.

⁵¹ Il problema è comune ad altri settori dell'ordinamento giuridico nazionale e non si pone ovviamente solo per i danni prodotti dalle intese orizzontali anticompetitive. Si pensi, solo per fare un esempio "vicino" alle problematiche trattate, ai danni prodotti dagli operatori commerciali attraverso la diffusione indiscriminata presso il pubblico di messaggi promozionali ingannevoli. Dell'utilizzo di azioni rappresentative di gruppo a carattere risarcitorio, della possibilità di riconoscere la legittimazione attiva ad altri enti esponenziali di interessi collettivi, così come della possibilità di introdurre peculiari forme di finanziamento pubblico si discuterà in seguito. Per un primo approccio di analisi economica e giuridica di tali azioni rappresentative di gruppo si veda sin da ora C. SILVER, *Class Actions, representative proceedings*, in B. BOUCKAERT, G. DE GEEST, (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V, The Economics of Crime and*

Di conseguenza essi non solo difficilmente realizzeranno l'esistenza del danno subito, ad esempio di aver pagato un prezzo falsato dall'insistenza di un cartello, ma ognuno di questi soggetti cercherà di aspettare che la domanda giudiziale proposta dalle altre parti si concluda con una sentenza di accoglimento. Il precedente giudiziario servirà poi a rafforzare le loro pretese. In tale contesto, gli incentivi ad essere i primi ad instaurare una causa giudiziale sono bassi (c.d. *free riding problem*)⁵².

Le ragioni addotte sembrano sufficienti ad escludere che il *private enforcement*, senza l'ausilio del *public enforcement*, sia in grado di raggiungere un livello di deterrenza ottimale delle fattispecie esaminate. Non è quindi necessario per il momento riportare le numerose risultanze di indagini empiriche atte a confermare tale conclusione⁵³.

3. LA NECESSITÀ DELL'INTERVENTO AUTONOMO DEI PRIVATI NELL'INDAGINE SULLA ANTICONCORRENZIALITÀ DEL CARTELLO.

Assunta la natura pluri-offensiva dell'illecito in questione e preso atto della desiderabilità dell'iniziativa pubblica nel contrastare la formazione di cartelli, è opportuno verificare l'opportunità che a esso si affianchi un contributo autonomo dei privati alla scoperta dei cartelli anticompetitivi.

Non sembra possibile ritenere desiderabile il *private enforcement* dei cartelli, solo perché esso è sempre desiderabile per le altre condotte anticompetitive. Né ci si può limitare a sostenere che nel caso di illeciti concorrenziali a c.d. offensività diffusa, ove il danno di pur ingente ammontare è però ripartito su di una vasta pluralità di soggetti ed è tale da non determinare in capo al singolo un forte incentivo ad intraprendere un'azione giudiziaria, "il *private enforcement* non risulterebbe efficiente (salvo il ricorso a strumenti assai discussi quali le *class actions*) e che l'intervento pubblico sarebbe l'unica via percorribile"⁵⁴.

3.1. Il dibattito all'interno della nostra dottrina.

Al fine di verificare se accanto all'iniziativa pubblica vengano offerti ai soggetti privati anche autonomi strumenti rimediali in tema di lotta ai cartelli, alcuni sono partiti dal dato normativo nazionale. Come sarà analizzato in seguito, l'ordinamento giuridico comunitario ha espressamente previsto l'azionabilità autonoma da parte dei privati di tali strumenti rimediali. Ciò non toglie ovviamente utilità alla nostra indagine anche in ragione del fatto che il vincolo ermeneutico imposto dal nostro legislatore al dato normativo comunitario riguarda

Litigation, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 722 ISBN 1 85898 988 4, disponibile alla pagina <http://encyclo.findlaw.com/7600book.Pdf> (visitata in data 1 settembre 2006).

⁵² Anche questo aspetto è stato chiaramente evidenziato da R. VAN DEN BERGH, P. CAMESASCA, *sup. cit.*, 32.

⁵³ La più significativa e completa sul punto è stata l'indagine empirica condotta da J. M. CONNOR, C. G. HELMERS, *Statistics on modern private international cartels*, Working Paper #06-11, Novembre 2006, Dept. of Agricultural Economics Purdue University disponibile alla pagina web http://www.agecon.purdue.edu/working_papers/workingpaper.connor.11.10.06.pdf.

La stessa conclusione è peraltro raggiunta per tutte le condotte anticompetitive da M. LIBERTINI, *Autonomia Privata e concorrenza nel diritto italiano*, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, fasc. 7-10, p. 440, 2002.

⁵⁴ P. AMICO, *sup. cit.*, p. 404.

solo le previsioni sostanziali della legge n. 287 del 1990 (“legge antitrust”) e che la disciplina dell’organizzazione dei mezzi di tutela in un tale modello autarchico è lasciata ai singoli ordinamenti giuridici nazionali. L’unico vincolo imposto dall’ordinamento comunitario è che tali meccanismi siano effettivi e non discriminatori rispetto ai profili rimediali concessi ai privati sulla base della normativa antitrust europea.

Ad evitare che l’indagine risulti anacronistica, si può anche rilevare come la nozione di restrizione al commercio intracomunitario lascia all’interprete nazionale la possibilità di confrontarsi in maniera autonoma con tutta una serie di condotte illecite parimenti rilevanti⁵⁵.

Ora, la legge n. 287 del 1990 non prevede alcuna disposizione specifica in materia di azioni di risarcimento danno, ma contiene soltanto l’art. 33, intitolato “competenza giurisdizionale”, il cui comma secondo recita: “le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi a ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d’appello competente per territorio”. La legge n. 287 del 1990 non esplicita affatto quali conseguenze sotto il profilo civilistico la violazione delle norme antitrust abbia sugli atti negoziali compiuti dall’impresa con i propri clienti

A parte la manifestazione del legislatore della condivisibile preoccupazione che tali controversie vengano risolte celermente, si tace su molti punti; per ciò che qui più rileva, si tace se ai fini dell’esperibilità delle azioni civilistiche si debba attendere, come ad esempio si riteneva accadere in Spagna⁵⁶, l’accertamento della violazione da parte dell’Autorità amministrativa e quindi il decorso dei termini per l’impugnativa o la conclusione della procedura di controllo⁵⁷.

Così secondo alcuni il fatto che la norma di cui all’art. 33, secondo comma, sia stata posta dal legislatore su un piano di immediata consequenzialità rispetto all’attribuzione al TAR Lazio della giurisdizione esclusiva (primo comma) è stato ritenuto indice della dipendenza e del carattere consequenziale del giudizio

⁵⁵ E’ sicuramente plausibile che un’intesa che interessi l’intero territorio nazionale ed abbia coinvolto i 2/3 del mercato rilevante, possa rientrare tra quelle che, anche solo potenzialmente (cfr. Comunicazione 2004/C 101/07 cit., para. 78 e ss.), risultano idonee a pregiudicare gli scambi transnazionali (cfr. sentenza TAR Lazio, sentenza del 8 maggio 2007 n. 4123). Tuttavia è ancora legittimo ritenere che esistano dei cartelli, parimenti dannosi per la società, che hanno ad oggetto prodotti venduti su mercati di rilevanza locale, per accedere ai quali le imprese comunitarie dovrebbero sopportare attualmente dei costi di trasporto non indifferenti.

⁵⁶ L’Articolo 13.2 della Legge n. 16 del 1989, ora abrogato dalla recente Ley 15/2007, è stato generalmente interpretato nel senso che un provvedimento amministrativo che accerti la violazione delle norme a tutela della concorrenza sia indispensabile per potere richiedere un risarcimento dei danni innanzi alle singole Corti nazionali. Per un’analisi del dibattito all’interno della dottrina spagnola si rimanda allo Studio Ashurst disponibile alla pagina web http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/national_reports/spain_en.pdf.

⁵⁷ Si veda A. TOFFOLETTO, *sup. cit.* 169-170, il quale esaminando attentamente il dibattito svoltosi in seno alle Commissioni che sono state investite, a diverso titolo, dell’esame della normativa antitrust (nota 159), sembra confermare l’assunto. Cfr. C. SELVAGGI, *Disciplina della concorrenza e del mercato: problemi di giurisdizione e competenza*, in Studi in onore di Elio Fazzalari, in Riv. Dir. Comm. 1993, 243. L’autore è seguito da C. ALVISI, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, 1, 81, Milano, 1991, il quale non esclude però una competenza generale del giudice ordinario per tutto ciò che non è direttamente disciplinato dall’art. 33 della L. n. 287/1990.

innanzi alla corte d'appello. Una parte della dottrina, attraverso questa presunta legittimazione formale, ha dunque provato a sostenere la tesi che il legislatore avesse previsto un "doppio binario impuro" di tutela.

Il modello proposto era il seguente: solo le agenzie pubbliche insieme alle Autorità amministrative indipendenti sarebbero state chiamate a investigare e a sanzionare la formazione di intese orizzontali dal contenuto potenzialmente anti-competitivo, ponendo le basi per alterare con la sanzione imposta il calcolo dei futuri autori di tali violazioni; prima che l'Autorità pubblica avesse emanato un provvedimento sanzionatorio o prima del decorso dei termini per l'impugnativa o della conclusione della procedura di controllo in sede amministrativa, i soggetti privati non avrebbero avuto legittimazione attiva a proporre domande giudiziali tese ad ottenere misure risarcitorie in relazione a tali violazioni⁵⁸.

L'accertamento amministrativo sarebbe stato sempre vincolante per il giudice ordinario, pur essendo suscettibile di disapplicazione in sede giudiziaria ai sensi dell'art.4 della L. 20 marzo 1865 n.2248, in quanto l'art. 5 della richiamata legge del 1865 attribuisce al giudice, implicitamente, il potere di disapplicare l'atto anche in caso di controversia fra privati⁵⁹.

In altri termini, le norme contenute nella legge n. 287 del 1990 conferirebbero ai soggetti terzi rispetto all'intesa, ma anche a quelli partecipanti, solo un interesse all'accertamento della anticompetitività del cartello⁶⁰, la cui rilevanza giuridica necessaria ai fini della esperibilità delle cause civili, tese ad ottenere il ristoro dei pregiudizi subiti, emergerebbe solo trascorsi i termini per l'impugnativa del provvedimento, ovvero decorsa la procedura di controllo da parte della giustizia amministrativa⁶¹.

⁵⁸ In tal senso vedi G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, Riv. Dir. Civ., 548, 1993. Eventuali raffinazioni del modello potrebbero prevedere che l'archiviazione di una denuncia presentata dal privato venga sempre trasfusa in un provvedimento motivato dell'Autorità competente e che quindi al segnalante sia concessa la legittimazione ad impugnare l'atto innanzi agli organi di giustizia amministrativa. Parimenti sarebbe immaginabile che ai soggetti a cui è stato notificato l'avvio del procedimento ed a quelli che sono stati ammessi a parteciparvi, venga concesso di impugnare tutti i provvedimenti in grado di incidere direttamente nella loro sfera soggettiva. Si veda a tale riguardo la sentenza del consiglio di Stato n. 3865/ 2004. L'effettività della tutela degli interessi comunque qualificati dei consumatori e delle imprese sarebbe in tale modo maggiormente garantita ed al contempo verrebbe salvaguardato il principio di economia processuale.

⁵⁹ Sul punto si veda G.M. BERRUTI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio civile*, 108, Milano, 1991. Contra M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in Dir. Amm., I, 77 e ss, 1993.

⁶⁰ Non si usa volutamente il termine interesse legittimo, in quanto autorevole dottrina ha sostenuto che già a questo stadio la posizione giuridica soggettiva sarebbe accreditabile da parte dei privati nei confronti di altri privati. Si veda L. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo, diritto privato*, in Dig. disc. priv. civ., IX, 543 ss, Torino, 1993. Tuttavia è importante parlare di interesse giuridicamente rilevante, poiché, in questo modo, si potrebbero porre le basi almeno per l'impugnazione del provvedimento di chiusura dell'istruttoria da parte di un soggetto che ha partecipato al procedimento o a cui è stato comunicato l'avvio del procedimento da parte dell'Autorità. In più, in un'ottica *de jure condendo*, laddove, anche a livello nazionale, fosse prescritto che l'archiviazione di una denuncia debba essere effettuata attraverso un provvedimento motivato, il riconoscimento di un interesse giuridicamente rilevante in capo ai singoli denunciati, consumatori o concorrenti, ne permetterebbe l'impugnazione innanzi agli organi di giustizia amministrativa.

⁶¹ D'altronde per quanto riguarda i soggetti terzi ed in particolare i consumatori finali già G. ALPA, *Diritto dei Consumatori*, 90, Roma-Bari, 1999, dopo aver sottolineato che la disciplina della

Al contrario, altra parte della dottrina facendo leva sulla circostanza che manchi nella legge n. 287 del 1990 un qualsiasi raccordo fra l'istruttoria amministrativa ed il procedimento giudiziario, che i provvedimenti di urgenza non avrebbero senso se dovessero attendere un previo provvedimento dell'Autorità Garante⁶², ma anche che duplici sarebbero gli interessi che l'ordinamento giuridico persegue⁶³, ha sostenuto che i due piani di tutela resterebbero autonomi e slegati l'uno dall'altro (c.d. "doppio binario puro")⁶⁴.

A sostegno di tale teoria si è potuto anche evidenziare come l'art. 2 sia posto a protezione del diritto fondamentale alla libertà di iniziativa economica, tutelato dall'art. 41 della Costituzione, il che implicherebbe sempre la possibilità di una sua immediata e diretta azionabilità⁶⁵. Ciò nonostante un tale approccio sembra potersi prestare a molteplici interpretazioni. Si ritiene dunque difficile che la rilevazione di un diritto fondamentale possa assurgere ad elemento discriminante in quanto si potrebbe sostenere che ogni interesse legittimo presupponga l'esistenza di un diritto soggettivo e quindi anche di un diritto fondamentale⁶⁶.

In più se il divieto di cartelli anti-competitivi proteggesse in maniera assoluta un diritto fondamentale, allora sarebbe stato indispensabile esigere che il potere di accertamento della violazione fosse stato disciplinato *in toto* dalla legge e che la

concorrenza, in sé, non offre una tutela diretta degli interessi dei consumatori, ma solo una tutela indiretta e mediata, ha affermato che l'impressione che si ricava dalla lettura complessiva del testo è che l'interesse dei consumatori sia preso in considerazione solo come punto di riferimento, come metro di valutazione della anticoncorrenzialità di un atto o di una pratica, cioè come mezzo piuttosto che come fine.

⁶² Cfr. M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Giur. Comm.*, 658, 1998.

⁶³ Cfr. S. LA CHINA, *Concorrenza e mercato, commento alla legge 10 ottobre 1990 n.287*, a cura di Afferni, 647, 1994; C. ALESSI, G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, in quaderni di diritto commerciale europeo, 170, Torino, 1991; L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto Antitrust Italiano*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi e L.C. Ubertazzi, vol.II, 1449, 1993.

⁶⁴ Cfr. *ex multis* P. FATTORI, *La tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, a cura di E.A. Raffaelli, 297, Milano, 1999. Cfr. P. CASSINIS, P. FATTORI, *sup.cit.*, 425-426, i quali si soffermano sugli illeciti antitrust c.d. "di sfruttamento".

⁶⁵ Impostazione che potrebbe ritenersi anche coerente con il progetto di legge n. 240 presentato dal Ministro dell'Industria e del Commercio e dell'Artigianato Battaglia, di concerto con il Ministro per il Coordinamento delle politiche comunitarie La Pergola, col Ministro del Tesoro Amato e con il Ministro delle Partecipazioni Statali Francazani, comunicato alla Presidenza il 26 luglio 1988, intitolato, "Norme per la Tutela della concorrenza e del mercato, in *Giur. Comm.*, 1988, I, 762. Già F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, ristampa con note di aggiornamento a cura di G.Miele, Padova 1968, p. 188, sulla base della teoria della preminenza dei diritti fondamentali, messo di fronte al problema della censura del potere non discrezionale, aveva risposto che competente non era la neo-istituita IV sezione del Consiglio di Stato, ma il giudice ordinario e talvolta qualche autore ripropone questa tesi, cui talvolta accede il legislatore, come è avvenuto nel caso della tutela contro i provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali. Senonchè, come scrive F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Riv.Dir.Amm.* 2/2002, p. 205, anche lo stesso Cammeo avvertì che la sua tesi non corrispondeva più non solo al diritto positivo, ma anche all'evoluzione istituzionale della giustizia amministrativa nel nostro ordinamento dopo l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato.

⁶⁶ E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1956, p. 24 e ss.

disciplina della legge fosse avvenuta rispettando *in toto* l'essenza del diritto fondamentale. In realtà accade che la norma protegga un duplice interesse e che il diritto fondamentale alla libertà di iniziativa economica venga costantemente temperato con altri diritti, ugualmente ritenuti di fondamentale rilevanza come, ad esempio, quello alla massima soddisfazione del benessere collettivo⁶⁷.

E' poi facile rilevare come l'Autorità, nel valutare la consistenza e rilevanza, che sono i presupposti del divieto di cartelli anticompetitivi, agisca in una prospettiva temporale non determinata *ex ante*, né determinabile *ex post* in maniera sempre uguale⁶⁸. In tale contesto i singoli non hanno sempre un interesse meritevole di protezione ad uno stato di concorrenza perfetta, ma neanche ad una concorrenza potenziale o ad un mercato contendibile⁶⁹. Molto dipenderà dalla struttura del mercato in questione, dalle sue prospettive di crescita, dal tasso di innovazione auspicabile.

Ciò allo stesso tempo non fa scattare automaticamente la necessità che l'attività di scelta e di valutazione fra contrapposti interessi debba essere sempre compiuta dall'amministrazione e non dal giudice, né esclude che le due sfere possano compenetrarsi, suddividendosi rispettivamente la funzione di scelta delle fattispecie da perseguire rispetto a quella della relativa valutazione.

D'altronde anche nell'ordinamento statunitense, che per primo ha introdotto una normativa antitrust, non sono mancate posizioni dottrinali che si sono spinte a teorizzare un'assoluta intercambiabilità tra privato e pubblico nella fase d'accertamento. Si consideri il seguente esempio. Nel modello proposto da Rosenberg e Sullivan, l'accertamento preliminare della violazione verrebbe affidato esclusivamente all'organismo pubblico che, dopo una prima raccolta delle evidenze materiali o in qualsiasi altra fase del procedimento, potrebbe conferire l'incarico al miglior offerente privato, il quale lucrerebbe della differenza tra l'ammontare offerto e la sanzione imposta dal giudice ai convenuti. L'aggiudicatario potrebbe comunque decidere liberamente se transigere, arrivare a dibattimento o addirittura rinunciare alla lite⁷⁰.

⁶⁷ Si vedano le conferme offerte da G. ROSSI, *Antitrust e Teoria della giustizia*, Riv. Soc. 1995, 7. Su questa linea pur con sfumature diverse A. TOFFOLETTO, *sup. cit.* 174; S. LA CHINA, *sup. cit.*, 647; C. ALESSI, G. OLIVIERI, *sup. cit.*, 170; L. NIVARRA, *sup. cit.*, 1449. Cfr. P. CASSINIS, P. FATTORI, *sup. cit.* In giurisprudenza, anche tra quella più risalente, cfr. C.App.Milano, 18-7-1995 in causa Telsystem c/ S.p.A. Sip con nota di A. Barone, Danni da abuso di posizione dominante e giurisdizione ordinaria; C. App. Milano, ord. 31 gennaio – 5 febbraio 1996 in causa Comis più Vari c/ Fiera di Milano più altri. Cfr. la rassegna di M. SCUFFI, *L'evoluzione del diritto antitrust nella giurisprudenza italiana*, in Dir. Ind., 41, 1998.

⁶⁸ Sugli obiettivi delle politiche di concorrenza si veda OCSE, *A framework for design and implementation of competition law and policy*, 1992, 2, ma anche M. POLO, F. GHEZZI, D. PREITE, *L'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza e l'esperienza italiana di attività antitrust*, in *Promozione della concorrenza e politiche antitrust*, a cura di A. Del Monte, Bologna 1997, 83.

⁶⁹ Così A. CARUSO, *Colpa nell'illecito antitrust*, in *2 Danno e Responsabilità* 1998, 122, il quale parte dal presupposto che esistono variabili economiche, valutazioni sulle condizioni di mercato suscettibili di incidere sulla qualificazione di illiceità d'una determinata pratica, non sempre facilmente conoscibili *a priori*.

⁷⁰ Si veda D. ROSENBERG, J. P. SULLIVAN, *sup. cit.*, 159, secondo i quali il meccanismo potrebbe anche prevedere la possibilità per l'ente pubblico di esercitare l'opzione al riacquisto dell'azione stessa allo stesso prezzo cui è stata aggiudicata al privato, rimborsandogli ovviamente le spese di partecipazione all'asta. In ogni caso, gli Autori auspicano che le somme recuperate vengano messe

In merito ai criteri specifici in base al quale tali funzioni potrebbero essere suddivise e sulle varianti astrattamente disponibili si ritornerà in maniera più dettagliata in seguito, essendo per ora sufficiente prendere atto della parziale insufficienza del solo dato formale e delle teorie elaborate a fornire una soluzione definitiva all'interrogativo che ci siamo posti.

3.2. L'orientamento attuale della nostra giurisprudenza con particolare riferimento agli atti strumentali all'attuazione dell'intesa.

Dalla lettura delle norme antitrust che disciplinano la nullità dell'accordo di cartello non emerge se l'accertamento amministrativo si ponga come elemento imprescindibile di procedibilità dell'azione innanzi al giudice ordinario. La questione riguarda ovviamente non solo e non tanto l'accordo anticoncorrenziale (che può anche mancare, come nel caso del parallelismo consapevole), ma anche e soprattutto il successivo comportamento distorsivo della concorrenza posto in essere effettivamente dalle parti.

E' specialmente su questo aspetto che l'attenzione della nostra giurisprudenza ha avuto modo di concentrarsi ultimamente⁷¹. Ciò d'altronde è abbastanza scontato, in considerazione del fatto che per le condotte che abbiamo preso in considerazione è piuttosto difficile immaginare che un'impresa partecipante all'accordo di cartello agisca in giudizio per farne accertare la nullità. E' sicuramente meno oneroso per essa "pentirsi" di fronte all'Autorità amministrativa al fine di ottenere l'immunità o la riduzione dell'ammenda⁷².

Ora, nonostante le incertezze registratesi in dottrina, l'accesso individuale e diretto ai sensi della legge antitrust all'accertamento della nullità dell'intesa e alle conseguenti richieste di risarcimento da parte dei soggetti interessati è ormai divenuto, anche se a fatica, *ius receptum* del nostro stesso ordinamento giuridico nazionale. Attraverso l'impulso dato dalle sentenze della Corte di Giustizia (*Courage c. Crehan* – Causa n. 453/99⁷³), la Suprema Corte di Cassazione ha così

a disposizione del giudice o del soggetto pubblico al fine di abbassare il livello generale della tassazione.

⁷¹ Il sistema binario fondato sull'autonomia dei rispettivi procedimenti era stato già avallato dalla giurisprudenza all'indomani dell'emanazione della legge antitrust. Cfr. Corte di Appello di Roma, ord. 14-20 gennaio 1993 in causa soc. *Gruppo Sicurezza/Soc. Aereoporti di Roma* e ord. 9-21 dicembre in causa *De Montis Catering/Soc. Aereoporti di Roma*.

⁷² Questa possibilità è oggi prevista anche all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale attraverso l'introduzione di un'apposita novella nella Legge 287/1990. E' l'art. 15, comma 2-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Per un commento si rimanda a M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust* a cura di F. Cintioli, G. Olivieri, Milano, 2007.

⁷³ In questa sentenza la Corte di Giustizia ha escluso la possibilità e, soprattutto, la necessità che il diritto comunitario possa spingersi fino al punto di sindacare la scelta nazionale in punto di qualificazione della posizione soggettiva e di conseguente designazione del giudice competente. Nella stessa sentenza "Courage", la Corte ha affermato che "le condizioni per l'esercizio delle azioni di risarcimento sono, in assenza di una normativa comunitaria, demandate alla legge dei vari ordinamenti giuridici nazionali, a patto che le condizioni per l'esercizio di tali azioni siano equivalenti a quelle disponibili a livello nazionale e siano idonee a consentire un'effettiva tutela di tali diritti". Corte giust. 20 settembre 2001, causa C-453/90, *Courage c. Crehan*, in *Foro it.*, 2002, IV, 75, con nota sotto alcuni punti di vista critica di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni»*; E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista*

superato l'iniziale difficoltà nel ritenere che il danno ingiusto possa sempre concretizzarsi nella lesione dell'interesse dei consumatori e delle imprese ad agire all'interno di un sistema giuridico che garantisca una concorrenza non falsata tra gli operatori economici.

Il percorso che ha portato la Suprema Corte a tale approdo non è stato agevole, proprio a causa dell'influenza di quell'orientamento dottrinale, cui poc'anzi si faceva riferimento, forse in maniera eccessivamente formalistica incentratosi sulla nozione di nullità⁷⁴.

In un non lontano passato i consumatori, soggetti terzi rispetto all'intesa anticompetitiva, erano dunque considerati carenti di legittimazione attiva per far valere il contrasto con gli art. 85 e 86 del Trattato CE⁷⁵, nonché esclusi dal novero dei soggetti legittimati a far valere la nullità di un'intesa ai sensi dell'art. 33, comma 2, legge n. 287 del 1990⁷⁶. Si riteneva che la prospettiva privilegiata dell'impresa caratterizzasse tutto l'impianto della legge n. 287 del 1990 sotto il profilo delle condotte ritenute illecite, il che portava a negare qualsiasi possibilità di ravvisare un nesso causale, un collegamento tra l'accordo anticompetitivo a monte e i contratti a valle. Ciò sul presupposto che *“tanto l'art. 81 del Trattato di Roma quanto l'art. 2 della legge n. 287/90 mirassero a tutelare la libertà di concorrenza tra imprese, sanzionando con la nullità soltanto gli accordi lesivi di tale libertà, e non anche i negozi eventualmente stipulati a valle”*. Il ruolo del consumatore nell'attuazione della normativa antitrust era dunque destinato ad esaurirsi nella sollecitazione dell'esercizio dei poteri da parte degli organi individuati dalla legge n. 287 del 1990⁷⁷. Veniva però sostenuto che, in presenza

del giudice italiano, in *Il Foro italiano*, fasc. 2, pagg. 84-90, 2002; con osservazioni di S. BASTIANON, *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole*, in *Danno e responsabilità*, 12/2001, 1153-1160; con nota di G. COLANGELO, *Intese «oborto collo» e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario* in *Corr. giur.*, 454, 2002.

⁷⁴ Si veda ad esempio la decisione del Tribunale di Alba, sent. 12 gennaio 1995, in *G.A.D.I.*, n. 3284 che ha escluso che le pratiche concordate e l'eventuale abuso di posizione dominante sfociati nell'imposizione alla clientela di condizioni contrattuali conformi alle norme bancarie uniformi possano inficiare di nullità i negozi “a valle” stipulati tra banche e clienti anche se risultato di quell'abuso o di quelle intese vietate. *Contra*, anche alla luce della sentenza della Cass. SS.UU. n.2207/2005, C. ALESSI, G. OLIVIERI, *sup.cit.* p.140.

⁷⁵ Cfr. Cass. n. 827 del 1999; Cfr. Tar Lazio Sez. I., n°652 del 5 maggio 1994 (Italtel/Mistel).

⁷⁶ Riassumiamo le precedenti tappe. A seguito della decisione con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva sanzionato l'accordo tra imprese assicuratrici consistente nello scambio informatico di informazioni sensibili, e delle pronunce di conferma della sanzione da parte del Tar Lazio e del Consiglio di Stato, un cospicuo numero di assicurati si era rivolto ai giudici di pace per ottenere il ristoro del pregiudizio subito a causa dell'insistenza sulle loro polizze da loro stipulate di un sovrapprezzo sul prezzo dovuto all'accordo di cartello. La Corte di Cassazione investita della questione (Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.* 2003, I, 1121, con note di A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni «extravagantes» per un illecito inconsistente*) negò la possibilità per i privati di agire ai sensi dell'art. 33 della legge n. 287/1990.

⁷⁷ In questo periodo, le tesi in merito alla sorte dei contratti a valle sono state delle più disparate. Una prima parte della dottrina e della giurisprudenza ha sostenuto la tesi dell'invalidità derivata. Cfr. App. Brescia, 29 gennaio 2000, in *Giur.it.*, 2000, 1876 con nota di A. BERTELOTTI, *Ancora su norme antitrust e contratti “a valle”*. Si è anche proposta una figura di nullità di protezione a favore del contraente estraneo all'intesa distinta dalla nullità assoluta e insanabile di cui all'art.1418 c.c.. Cfr. M.LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, *sup. cit.*

di una condotta antigiuridica dell'impresa, ovvero lesiva di uno specifico diritto soggettivo del consumatore, quest'ultimo potesse esperire un'ordinaria azione di responsabilità. Il ragionamento logico sotteso era il seguente: le intese restrittive della concorrenza, comportando la violazione di una norma corredata da sanzioni amministrative pecuniarie, costituirebbero sempre un atto illecito lesivo di quell'interesse giuridicamente tutelato, ai sensi dell'art. 2043, posto a fondamento della tutela aquiliana. In sostanza la visione dell'art. 2043 del codice civile come una clausola generale, che rimanda al giudice la decisione del caso concreto, avrebbe permesso di tutelare anche situazioni di fatto lese dal comportamento doloso delle imprese partecipanti ad un cartello⁷⁸.

p. 437. Contrario a queste tesi è stato G.GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in Rivista Di Dir. Commerciale, I, 67, 1999, cui si rimanda per una disamina delle diverse posizioni. L'Autore, concentrandosi sull'iniquità della regola negoziale, conclude per l'ammissibilità di un'azione di arricchimento senza causa a favore del contraente estraneo all'intesa. Altri hanno ritenuto potersi parlare di annullabilità del negozio. Cfr M.MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001. Altri hanno sostenuto la tesi della nullità per illiceità della causa, perché conclusi in violazione della norma imperativa rappresentata dal comma 2 dell'art. 2, ma solo rispetto al patto anticoncorrenziale concluso dalle imprese. Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, Nota a Cass. sez. I civ. 1 febbraio 1999, n. 827, in Giurisprudenza commerciale, fasc. 3, 231-232, 1999. Altra parte della dottrina ha da sempre riconosciuto solo il diritto ad agire per il risarcimento del danno. Cfr A.TOFFOLETTO, *sup. cit.* Ovviamente le posizioni sono molto più complesse ed elaborate di quanto possa essere qui sinteticamente riferito.

⁷⁸ Contro la visione dell'art. 2043 come una clausola generale si rileva l'opinione di C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 469, 2004. Tale contributo ha dato luogo ad uno scambio di opinioni. Si veda M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 933, 2004; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 1165, 2004; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 237, 2005. Si sarebbe anche potuto sostenere che il comportamento omissivo tenuto dai partecipanti al cartello, consistito nell'aver occultato l'insistenza di un sovrapprezzo anticompetitivo, poteva concretizzare una tipica forma di raggirio ai danni del cliente, sotto forma di reticenza, sempre ravvisabile nei contratti nei quali a carico di una parte è posto uno specifico onere di informazione. Si sosteneva che il comportamento reticente tenuto dai partecipanti al cartello, essendo di particolare gravità, avrebbe potuto incidere in maniera determinante nel momento formativo del negozio, fino al punto di indurre volontariamente in errore i soggetti terzi, acquirenti dei beni oggetto del cartello, spingendoli alla conclusione di un contratto, che altrimenti non avrebbero certamente perfezionato a quelle condizioni: senza il comportamento omissivo l'evento non si sarebbe verificato. Se tale comportamento avesse portato il partecipante all'intesa ad ottenere un indebito vantaggio, anche solo ravvisabile nell'aver ottenuto il sovrapprezzo sull'ordine d'acquisto, allora la vendita sarebbe pertanto stata annullabile. Il vantaggio di tale ricostruzione era di lasciare al consumatore l'opzione di ottenere il mantenimento del contratto in essere, la restituzione delle somme versate in eccesso ed il risarcimento del danno. Secondo C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, p. 12 della versione dattiloscritta, come riportato da S. BASTIANON, *Nullità «a cascata»? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 1070, 2004 «è alquanto dubbio che il terzo contraente, che sia pervenuto alla conclusione di un contratto con l'impresa che ha colluso, possa realmente dirsi vittima del dolo di quest'ultima. Egli si è comunque determinato autonomamente alla conclusione del contratto; inoltre, i termini contrattuali, che pur potrebbero essere diversi da un ipotetico alternativo contratto (che avrebbe avuto luogo in un ipotetico alternativo mercato concorrenziale), di per sé sono stati così prospettati in sede di trattative, così conosciuti e quindi pattuiti dal terzo contraente: pertanto, difficilmente la volontà di quest'ultimo può dirsi viziata come quella di colui che sia stato vittima di un artificio o raggirio. In altre parole, non sembrano affatto integrati gli estremi del dolo civilistico». La tesi del dolo incidente è

E' solo con la sentenza n. 2207 del 2005, che la Suprema Corte di Cassazione ha riconosciuto a pieno la portata plurioffensiva del comportamento anticoncorrenziale, affermando che *la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato*. Pertanto un'intesa vietata può ledere anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno dell'autore dell'intesa, il quale sarà legittimato ad agire autonomamente dall'iniziativa amministrativa per l'eventuale accertamento della nullità dell'accordo anticompetitivo e il risarcimento del danno innanzi alla Corte d'Appello, ai fini dell'esercizio del diritto previsto dal secondo comma dell'art. 33 della legge n. 287 del 1990⁷⁹.

La Corte ha riconosciuto come i contratti a valle (*folgeverträge*) rappresentino null'altro che la fase attuativa dell'intesa, tanto da poter affermare l'esistenza di un nesso causale, diretto e immediato, tra i primi e la seconda, con la conseguenza che una differenziazione di trattamento sul piano della tutela civilistica non poteva più apparire pienamente giustificata: *“il cartello assicurativo sanzionato dall'Autorità garante non è stato concepito come fine a sé stesso, ma soltanto come strumento di coordinamento a monte del comportamento che le singole compagnie di assicurazioni avrebbero tenuto sul mercato in occasione della stipula dei singoli contratti con i consumatori”*.

3.3. I vantaggi sostanziali legati alla formula del “doppio binario impuro”.

Si rende ora necessaria un'analisi maggiormente basata sull'effettività sostanziale dei due modelli di tutela proposti, in grado di verificare se la soluzione cui è pervenuta la Corte possa ritenersi quella maggiormente efficiente. Il ravvivato dibattito all'interno dell'ordinamento comunitario e la disponibilità di approfondite e recenti indagini empiriche sembra permettere oggi tale possibilità⁸⁰.

sembrata tuttavia felice ed equilibrata a M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust* (II), in *Danno e Responsabilità* 3/2005, 247.

⁷⁹ Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014 con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust e il benessere (e il risarcimento dei danni) dei consumatori*, in *Foro it.*, 2005, I, 1015; e in *Corriere Giuridico*, 2005, 3, 333 con note di I. PAGNI e M. NEGRI. Cfr. anche M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corriere Giuridico*, 8, 1093, 2005. Come è stato chiaramente affermato da E. SCODITTI, *sup.cit.*, non solo l'alterazione della dinamica concorrenziale, ma anche i singoli rapporti polverizzati ricadono nel fuoco della l. n. 287/1990, se è vero che la norma processuale (art. 33) disciplina non solo la giurisdizione sui provvedimenti dell'autorità, ma anche la competenza per le azioni di nullità e di risarcimento del danno per violazioni antitrust, prevedendo peraltro l'unicità del grado di merito. Se il rapporto intersoggettivo fosse stato fuori dell'antitrust, non ci sarebbe stato bisogno di introdurre la deroga al principio del doppio grado di giurisdizione. Quella norma è invece la spia del fatto che la nullità dei contratti non è affidata puramente e semplicemente alla parte generale del codice civile, ma soggiace anche alla legge per la tutela della concorrenza. È dunque la natura antitrust della nullità ciò che giustifica la competenza sulla domanda della corte d'appello territorialmente competente e che fonda la ragionevolezza dell'unico grado di merito.

⁸⁰ Per alcuni spunti sul dibattito sviluppatosi negli Stati Uniti si veda il contributo di H. HOVENKAMP, *The antitrust enterprise: Principle and Execution* 59 Cambridge: Harvard University Press 2005.

3.3.1. Una motivazione di politica del diritto.

Assunta la delicatezza politica delle scelte da compiere in materia antitrust e in considerazione del fatto che, né a livello comunitario, né a livello nazionale, i presupposti richiesti dalla legge per l'applicazione della norma sono stati puntualmente fissati⁸¹, si potrebbe ritenere preferibile che l'elaborazione e ponderazione di questi parametri sia ispirata ad elevati canoni di tecnicismo ed affidata in prima battuta, e con le opportune garanzie, esclusivamente a un limitato gruppo di organismi specializzati, che potrebbero essere appunto le singole Autorità amministrative.

A sostegno di tale tesi, si è sostenuto che dall'analisi dei poteri conferiti a tale Autorità emergerebbe come essa non si limiti ad un'attività di conoscenza dei fatti al fine di esprimere esclusivamente una propria valutazione di liceità o illiceità⁸² e che determinante nell'esercizio di tale pubblico potere è il momento volitivo⁸³. In omaggio al principio *no taxation without representation*, potrebbe dunque ritenersi coerente che un tale potere autoritativo venga affidato esclusivamente ad un unico organismo decisionale non slegato completamente né dal Governo né dal Parlamento, sebbene caratterizzato da una rafforzata indipendenza da entrambi i plessi istituzionali e da una doverosa estraneità agli interessi in gioco.

Ciò, si potrebbe sottolineare, già accade, con toni e sfumature diverse, per altre funzioni amministrative nell'ambito del diritto pubblico dell'economia⁸⁴. Solo per citare un facile esempio, in tema di pubblicità ingannevole, dove si manifesta l'intenzione di proteggere l'interesse dei singoli alla riconoscibilità, correttezza e veridicità dei messaggi pubblicitari, il Codice del Consumo agli artt. 139 e 140 prevede solo per le associazioni dei consumatori e degli utenti la possibilità di agire innanzi al tribunale per la tutela degli interessi collettivi,

⁸¹ E' di questa opinione Vesperini, il quale riferendosi alla Consob, estende poi tali considerazioni anche all'Autorità Antitrust, G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 1993, 263 e ss. Così anche le osservazioni di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 93 e ss. Così anche P. FATTORI, P. CASSINIS, *sup. cit.*, 418. *Contra* M. TAVASSI, M. SCUFFI, *cit.* 178, secondo i quali le fattispecie in tema di abuso di posizione dominante e di intese sono precetti in sé completi, rispetto ai quali non si pone la necessità di alcuna integrazione da parte dell'organo chiamato ad applicarle. Si ricorda, come sottolineano M. TAVASSI, M. SCUFFI, *sup. cit.*, che il giudice ordinario non è abilitato ad applicare una *rule of reason*, arrogandosi poteri riconosciuti esclusivamente all'Autorità. Sulle varie accezioni che ha la *rule of reason* nel diritto comunitario della concorrenza si rimanda a P. MANZINI, *La rule of reason nel diritto comunitario della concorrenza: un'analisi giuridico-economica*, in Riv. Dir. Eur., 859, 1991.

⁸² Così G. SANTI, *Pubblico e privato nella disciplina antitrust*, CI, 1996, 1029.

⁸³ Uno dei primi autorevoli commentatori maggiormente orientati a rilevare i profili para-giurisdizionali dell'attività dell'Autorità Antitrust in generale è stato M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, 94. La giurisprudenza e dottrina dominante non hanno però accolto tale tesi. Si veda *ex multis* la contrarietà manifestata a chiare lettere da M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 50.

⁸⁴ In Italia V. CAIANIELLO in *“Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile”*, in *Foro Amm.*, 1997, 341, fu uno dei primi a sottolineare la necessità di “valutare con particolare cautela la dislocazione di pubblici poteri al di fuori di ogni collegamento con gli organi politici, senza predisporre misure idonee ad evitare che tali organi possano arrogarsi funzioni politiche di settore”.

nonostante l'accertamento circa l'ingannevolezza di un messaggio pubblicitario comporti valutazioni sicuramente meno complesse rispetto all'analisi in merito all'anticoncorrenzialità di un'intesa orizzontale⁸⁵.

3.3.2. Il principio di razionalità amministrativa.

Si potrebbe poi sostenere che la garanzia per i privati di poter agire indipendentemente dall'Autorità pubblica per la tutela dei propri interessi sia contraria al principio di razionalità dell'attività amministrativa, in quanto una stessa condotta potrebbe essere oggetto di una duplice valutazione, con conseguente duplicazione dei costi⁸⁶.

Questo potrebbe accadere non solo per quanto concerne l'interpretazione della norma, che, come si è già ricordato, a livello nazionale non brilla per completezza, ma anche per altri aspetti di non secondaria importanza, come ad esempio la stima dell'ammontare della riduzione dei costi medi di produzione, dei costi di mantenimento dell'intesa o della parte di sovrapprezzo che favorisce l'impresa non partecipante all'intesa che vende al prezzo di quelle cospiranti⁸⁷.

In più viene rilevato come solo all'Autorità amministrativa sia consentito ai sensi dell'art. 4 legge n. 287 del 1990 di escludere l'illiceità dell'intesa, il che porterebbe ad affermare che l'antigiuridicità non possa essere mai considerata in sé⁸⁸. Considerando che, al contrario, al giudice nazionale non è concesso di valutare l'esistenza per i presupposti della deroga di cui all'art. 4 della legge n. 287 del 1990, il cui rilascio viene generalmente interpretato come concretizzazione dell'esercizio di una funzione amministrativa a carattere discrezionale⁸⁹, il successo di un'azione risarcitoria indipendente, che presuppone l'accertamento della nullità dell'intesa, potrebbe quindi venire a scontrarsi con la possibilità che l'intesa oggetto della controversia civilistica venga successivamente autorizzata.

Seguendo l'orientamento di questa parte della dottrina, in tale contesto, a parte i delicati problemi di inquadramento dogmatico cui si associa la previsione di nullità⁹⁰ di un accordo successivamente oggetto di un procedimento di autorizzazione, il conseguimento del diritto al risarcimento danni si potrebbe risolvere in un trasferimento di ricchezza non autorizzato, proprio perché la condotta sarà stata oggetto dell'emanazione di tale provvedimento⁹¹.

La tesi era stata peraltro condivisa da una parte della dottrina europea che, già agli inizi degli anni '60, condizionata dalla presenza della procedura di esenzione sia

⁸⁵ Cfr. Cass. SS.UU., 28/03/2006 n.7036. Ciò in ragione del pericolo che, trattandosi di interessi "seriali", si abbia ad intasare, con migliaia di iniziative individuali, la macchina della giustizia. Per un commento si rimanda a A. DI MAJO, *sup. cit.*, 786.

⁸⁶ Sembra concordare sul punto anche A. M. POLINSKY, in *Private versus public enforcement of Fines*, 9 *Journal of legal studies*, 1980, 105.

⁸⁷ Per la rilevanza del computo di tali benefici, si veda tra gli altri H. PAGE, *cit.*, 481.

⁸⁸ G. OPPO, *sup. cit.*, 543 e ss. ed in particolare pp. 548-549, il quale conclude che il giudice ordinario potrebbe intervenire solo in via consequenziale rispetto ai provvedimenti emanati dall'Autorità garante.

⁸⁹ Così ha scritto L. NIVARRA, *Il provvedimento di esenzione ex art. 4 legge antitrust e la tutela delle imprese terze*, in *Danno e Responsabilità*, 649, 1998.

⁹⁰ Si rimanda a M. MELI, *sup. cit.*, 111 e ss.

⁹¹ Così M. MELI, *sup. cit.*, 104.

all'interno della normativa comunitaria che di quelle nazionali (art. 4 legge n. 287 del 1990), aveva manifestato il suo scetticismo circa l'idoneità delle norme contro i cartelli a conferire una protezione assoluta alle potenziali vittime, auspicando quindi forme di accertamento e repressione di tipo centralizzato⁹².

Il moltiplicarsi di decisioni contrastanti potrebbe in sostanza promuovere un deprecabile aumento del tasso di litigiosità e di conflittualità, senza che la società ne tragga un effettivo e tangibile vantaggio. La conclusione di tali argomentazioni e riflessioni è che una singola entità, avente la funzione di calcolare tutti questi aspetti, permetterebbe di ridurre drasticamente i costi di tali errori decisionali⁹³.

3.3.3. La possibilità di raggiungere un livello di deterrenza ottimale.

Si potrebbe poi aggiungere che, se l'obiettivo è il raggiungimento di un livello ottimale di deterrenza e di risarcimento danni, il doppio binario impuro potrebbe non solo avere il merito di evitare un contrasto di giudicati⁹⁴, ma permetterebbe all'Autorità amministrativa di concentrarsi sull'imposizione di una sanzione che permetta l'effettiva internalizzazione degli esiti negativi della condotta anticompetitiva.

Evitato il rischio che in qualsiasi momento si possa scatenare un vero e proprio "microcosmo caotico" di giudicati⁹⁵, è più facile per l'Autorità stimare le conseguenze della propria decisione e quindi calcolare l'ammontare complessivo della sanzione da imporre. La linea argomentativa è la seguente. In assenza di una valutazione unitaria della fattispecie, la somma dei risarcimenti imposti dalle singole decisioni dei giudici nazionali potrebbe discostarsi dall'ammontare ottimale e dare luogo a divergenze non solo nell'interpretazione e applicazione della norma, ma anche nella ponderazione dell'ammontare del risarcimento, nel cui calcolo dovrebbero essere considerate variabili estremamente complesse, come ad esempio la stima dell'ammontare del pregiudizio rispettivamente sofferto

⁹² Si veda il Deuxieme Colloque International De Droit Europeen, (La Haye 1963), Willink, Zwolle 1966, che contiene gli atti ufficiali del Convegno organizzato tra il 24 ed il 26 ottobre 1963, dall'Associazione Olandese per il Diritto Europeo. A. FRIGNANI, *L'azione inibitoria per violazione di norme antitrust nella CEE e nell'ordinamento italiano*, in Riv. Dir. Ind., I, 128 e ss., 1968, ha comunque sottolineato come di ciò i relatori del Convegno non diedero al tempo adeguata motivazione.

⁹³ Analogamente K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *sup. cit.*, 494. Così anche F. G. JACOBS, *Civil Enforcement of EEC Antitrust rules*, 82 Michigan Law Review, 1983, 1376. Alcuni incontri si sono tenuti al fine di tentare di dare una risposta a tale problematica. Si vedano alcuni lavori presentati all'ERA forum del 2001: A. P. VAN KAPPEL, *The reform of regulation 17 and the problem of legal certainty for undertakings*; F. FERRIS, *Toward the application of art. 81.3 by national Court, an English perspective*. ERA-Forum 2001, scripta iuris europaei.

⁹⁴ Su tale rischio si sofferma nella sua opera M. MELI, *sup. cit.*, 55 e ss..

⁹⁵ L'espressione è stata utilizzata da M. TAVASSI, M. SCUFFI, *Diritto Processuale Antitrust*, Milano, 1998, 84. Quanto ai costi di coordinamento si pensi ad esempio ai costi derivanti dalle previsioni del Regolamento 1/2003 che, al fine di raggiungere una coordinazione fra i vari livelli del processo decisionale, prevede: 1) la trasmissione da parte delle giurisdizioni nazionali alla Commissione dei documenti necessari per la valutazione di un caso in cui la Commissione intende presentare osservazioni, 2) la trasmissione delle sentenze che applicano gli articoli 81 o 82 e 3) l'intervento delle giurisdizioni nazionali nel quadro delle ispezioni compiute dalla Commissione. In merito al rischio di perdere il controllo sul necessario livello di deterrenza da adottare nei confronti dei comportamenti potenzialmente devianti si veda A. DOUGLAS MELAMED, *Damages, deterrence and antitrust – A comment on Cooter, Law And Contemporary Problems*, 1997, 94.

dai compratori diretti e indiretti⁹⁶. Con una singola entità avente il compito di calcolare o stimare *ex ante* tutti questi aspetti, i costi di tali errori decisionali si ridurrebbero drasticamente.

Peraltro si potrebbe aggiungere come per i cartelli, a differenza di altre fattispecie anticoncorrenziali, il rischio di grosse imperfezioni nella fase successiva all'accertamento della violazione da parte dell'Autorità pubblica dovrebbe essere relativamente basso, in considerazione del fatto che la maggior parte delle singole richieste risarcitorie (c.d. *follow-on cases*) avrà analogo contenuto⁹⁷. Una rafforzata cooperazione e coordinazione tra i vari giudici nazionali, insieme all'utilizzo di peculiari tecniche di coordinazione nella fase della quantificazione ed allocazione del danno tra le molteplici vittime, potrebbe allora essere in grado di diminuire tale rischio.

Infine la formula del doppio binario impuro non sarebbe neanche in contrasto con l'idea di giustizia correttiva, originata dagli scritti di Aristotele, la quale impone di restituire i guadagni ottenuti dai partecipanti all'intesa, al fine di compensare gli interessi degli individui danneggiati⁹⁸.

3.4. Gli svantaggi sostanziali legati all'adozione di un "doppio binario" impuro. Un possibile aumento dei "rischi di cattura".

Nel sistema italiano la semplice transizione dal sistema del "doppio binario puro" a quello "impuro", potrebbe però aggravare i rischi evidenziati dai risultati cui pervengono alcuni modelli elaborati dagli studiosi delle teorie di scelta pubblica (è la teoria dei gruppi di interessi)⁹⁹. L'assunzione comune in tali modelli è che i pubblici ufficiali siano soggetti razionali, tesi alla massimizzazione delle loro utilità individuali. Tali utilità comprendono non solo l'ottenimento di maggiore potere decisionale, ma anche di altri benefici. Il corollario di tale assunzione è che tali soggetti potrebbero facilmente essere influenzati nel loro

⁹⁶ In seguito verrà analizzata l'opportunità di concedere la legittimazione attiva all'azione di risarcimento danni anche a quei soggetti che non hanno acquistato i beni oggetto dell'accordo di cartello direttamente dalle imprese partecipanti al cartello.

⁹⁷ C. A. JONES, *sup. cit.*, 23, ha comunque sostenuto come non vi sia alcuna ragione di negare tutela alle vittime, per il solo motivo che difficilmente tutte potranno ricevere un livello ottimale di risarcimento.

⁹⁸ Per un approfondimento della distinzione tra giustizia distributiva e correttiva nel pensiero di Aristotele, si legga il libro V dell'Etica a Nicomaco, disponibile per intero alla pagina web <http://www.filosofico.net/eticaanicomaco.htm> (visitata in data 10 settembre 2006).

⁹⁹ Si vedano i lavori di G. BECKER, G. STIGLER, *Law, enforcement, malfeasance and compensation of enforcers*, in 3 *Journal of Legal Studies*, 1974, 1; R. A. POSNER, *Theories of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Sciences*, 335, 1974. Le prime perplessità sull'operato delle *independent agencies* emersero negli Stati Uniti d'America con il *Brownslow Report* del 1937, ma anche nel *Report on Selected Independent Regulatory Agencies* conclusosi nel 1971 e commissionato dal Presidente Nixon. Per un'analisi del dibattito avvenuto oltreatlantico sull'operato delle *independent agencies* si veda L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale negli U.S.A.*, Torino, 1997. In Italia fu lo stesso G. Rossi, che nella seduta del 14 giugno 1988, in *La legislazione antitrust*, cit. 355, sottolineò il rischio che il conferimento di un potere ampio e discrezionale potesse comprimere le posizioni soggettive di terzi, rendendo il confine del divieto mobile in funzione di interessi "estranei" al funzionamento del mercato.

operato da gruppi di pressione ristretti, il che porterebbe, in ultima analisi, a possibili distorsioni del sistema decisionale¹⁰⁰.

Il problema si presenta non solo quando l'oggetto dell'attività regolatoria è un determinato mercato, ma anche in un sistema di regolazione trasversale, come è quello antitrust. In quest'ultimo caso la questione si pone però principalmente allorché, come accade non solo a livello nazionale ma anche a livello comunitario, e cioè in un sistema quindi quasi-federale, un unico ente, quale la Commissione Europea o l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, svolge sia la funzione investigativa che sanzionatoria delle condotte anti-concorrenziali. In tale sistema è possibile che i funzionari incaricati della fase investigativa desiderino giustificare ad ogni modo gli sforzi compiuti nei confronti dei propri superiori, al fine di aumentare le prospettive di carriera, cercando le conferme più che le lacune nelle loro analisi¹⁰¹. Con un sindacato debole sui provvedimenti di questi Enti, come avviene attualmente, in maniera singolare rispetto al resto degli Stati Membri, si potrebbe ritenere il rischio di errori decisionali eccessivamente elevato¹⁰².

Esistono dunque delle importanti correzioni da apportare al modello elaborato prima che esso possa competere, almeno dal punto di vista delle garanzie, con il modello del doppio binario puro¹⁰³. Alcuni passi in avanti sono stati fatti. Si

¹⁰⁰ La c.d. *capture theory* è descritta tra gli altri da A. I. OGUS, *Regulation – Legal form and Economic Theories*, 1994, 57. In Italia è descritta da G. MAYONE, A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 122.

¹⁰¹ Questa è la tesi di W. WILS, *The combination of investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal economic analysis*, in *World Competition*, 2004, 205. W. WILS, *Principles of European antitrust enforcement*, 164, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2005.

¹⁰² Il Consiglio di Stato, dopo avere affermato l'estensione del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica relativamente alla attività delle Autorità (sez. IV, 9-4-1999, n° 699), e distinguendo tra un controllo di tipo forte su questi atti, che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, e un controllo di tipo debole, ha ritenuto che nel caso in cui si abbia a che fare con concetti giuridici indeterminati, vi debba essere solo un controllo dell'ultimo tipo; le cognizioni tecniche acquisite eventualmente grazie al consulente tecnico d'ufficio verranno quindi utilizzate al solo scopo di un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica nella decisione (sez. IV, 6-10-2001, n° 5287). Da ultimo si veda la sentenza del Tar Lazio, I, n.1713/2006 "E' ormai principio consolidato [...] che il sindacato del giudice amministrativo sulla definizione del mercato rilevante, non può spingersi fino a sostituire le valutazioni dell'Autorità, mentre, può verificarne la correttezza, facendo riferimento all'osservanza delle norme tecniche, di quelle procedurali, dell'obbligo di motivazione, all'esattezza materiale dei fatti, all'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere". Per un'analisi del sindacato da parte dei giudici amministrativi nazionali e di quelli comunitari sugli organismi preposti alla tutela della concorrenza si rimanda a C. OSTI, *Un Giudice a Berlino, controllo giudiziale e dipendenza burocratica da percorso*, disponibile sul sito www.assonime.it, 2007 (visitato in data 18 settembre 2007). Per l'analisi della cosiddetta anomalia italiana si rimanda allo scritto di G. GHIDINI, V. FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, n.2, 1999, i quali citano come esempi il caso della Germania, della Francia e del Belgio, auspicando infine la rimessione dei ricorsi avverso i provvedimenti dell'AGCM alla cognizione del Giudice ordinario (dal TAR alla Corte d'Appello).

¹⁰³ Per una critica della c.d. *capture theory* si veda il lavoro di J. DEN HERTOOG, *General theories of regulation*, Utrecht, 1999, 236, in B. BOUCKAERT, G. DE GEEST, (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume IV. The Economics of Public and Tax Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 365, ISBN 1 85898 987 6 disponibile alla pagina web <http://encyclo.findlaw.Com/5000>

potrebbe ad esempio sostenere che le riforme introdotte dalla legge n. 205 del 2000 e la possibilità che la stessa Autorità accordi misure cautelari abbiano sicuramente contribuito ad allargare lo spazio di tutela di tutte quelle situazioni giuridiche soggettive potenzialmente lese da un accordo di cartello¹⁰⁴. Sono però in molti a ritenere che ciò non sia ancora sufficiente.

Si è dunque sostenuto che i rischi di errori decisionali dovrebbero ulteriormente diminuire prevedendo un sindacato “forte” sui provvedimenti di questi organismi. Tale sindacato dovrebbe essere affidato a giudici maggiormente specializzati, in grado di riesaminare nel merito i provvedimenti dell’organismo pubblico e di ripercorrere in larga parte quelle valutazioni economiche complesse svolte dall’Autorità amministrativa, magari anche solo in un unico grado. A tale riguardo si ricorda che già nel corso dell’Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti, svolta nel corso della XIII legislatura, dalla I commissione affari costituzionali della Presidenza del Consiglio e degli Interni, era emersa la proposta di ridurre la cognizione giurisdizionale ad un unico grado, dato che il doppio grado non è costituzionalizzato, di fronte ad un giudice specializzato, che sarebbe potuto essere, secondo alcuni, una sezione *ad hoc* del Consiglio di Stato¹⁰⁵.

Si è inoltre sostenuto che la *split-function* statunitense potrebbe rappresentare una valida alternativa per quanto riguarda la fase investigativa¹⁰⁶. L’idea è quella di un’agenzia che eserciti le funzioni investigative e di un organismo giurisdizionale o para-giurisdizionale indipendente (una “*Independent Regulatory*

book. pdf. (visitata in data 9 settembre 2006); H. HOVENKAMP, *Legislation, well being, and public choice*, in *University of Chicago Law Review*, 1990, 63.

¹⁰⁴ Già prima dell’introduzione dell’art. 14-*bis* nella Legge n. 287/1990 da parte della Legge n. 248/2006, il Tar Lazio, sez. I, sent. n. 1713/2006, *Merck-Principi attivi* aveva ritenuto conforme ai principi cardine dell’ordinamento comunitario il conferimento, da parte dell’art. 5 del Reg. CE 1/2003, alle autorità nazionali di concorrenza che applicano gli artt. 81-82 CE, del potere di “disporre misure cautelari”. Anche a livello comunitario la soluzione dell’art. 8 del Reg. CE n.1/2003 ha rappresentato il logico sviluppo dell’interpretazione dei giudici del Kirchberg a partire dal caso Camera Care. Cfr. Ordinanza della Corte di Giustizia CE 17 gennaio 1980, Camera Care/Commissione, in *Racc.* 1980, p. 119. Per uno studio sull’applicazione di tale istituto, si rimanda a G.OLIVIERI, *I Poteri cautelari dell’AGCM tra diritto comunitario e diritto interno*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F.Cintioli e G.Olivieri, Milano 2007 e a A. POLICE, *I nuovi poteri dell’Autorità Garante della Concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F. Cintioli e G. Olivieri, Milano 2007.

¹⁰⁵ V. S. Cassese nell’ intervento del 24-3-1999; così anche A.Predieri nell’intervento del 12-5-1999. E’ stato tuttavia sostenuto che ciò, da solo, potrebbe non essere sufficiente a rendere più difficile il prevalere dei gruppi di interesse. Si veda E. ELHAUGE, *Does interest group theory justify more intrusive judicial review?* in *Yale Law Journal*, 1991, 31. Per una verifica circa l’attuale tipo di controllo effettuato dalla giurisdizione amministrativa si rimanda alla sentenza del Consiglio di Stato n. 1397/2006, resa sul caso *Test diagnostici per diabetici*. Nella stessa Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (L 4 agosto 1955 n. 848) non era rinvenibile una disposizione che imponesse un doppio grado di giurisdizione nel merito. Cfr. App.Milano, 5 febbraio 1992, in *Giur.Comm.*, 1992, II, 437, con nota di S.Vezzoso.

¹⁰⁶ Tale esperienza ha trovato recente conferma nell’esperienza anglosassone dell’Enterprise Act del 2002, che pone delle modifiche importanti al precedente Competition Act. Per un commento alle modifiche introdotte si veda K. HOLMES, *Public enforcement or private enforcement of competition law in the EC and UK*, 25(1) *European Competition Law review*, 2004, 25.

Commission”) idoneamente strutturato per la funzione decisionale¹⁰⁷. Anche questo sistema, come è stato notato, presenta però alcuni inconvenienti. In primo luogo è possibile avere divergenze tra i due apparati di governo relativamente all’interpretazione ed all’applicazione delle norme antitrust. Inoltre è possibile che l’agenzia pubblica raggiunga un accordo con le parti sotto indagine, senza un successivo controllo sul merito dell’accordo da parte dell’*Independent Regulatory Commission*¹⁰⁸. Ciò nonostante si potrebbe pensare di prevedere che le linee guida di interpretazione vengano fissate dal legislatore stesso. In più si potrebbe richiedere un successivo scrutinio da parte dell’Autorità amministrativa indipendente sull’accordo raggiunto dall’Agenzia pubblica e che a questo sia data la massima visibilità affinché soggetti terzi possano presentare eventuali osservazioni¹⁰⁹.

Ad ogni modo, anche qualora si dovesse ritenere preferibile l’attuale modello istituzionale di attuazione della normativa antitrust, facendo leva sulla sua indubbia qualità di ridurre i costi di amministrazione della giustizia, lo sforzo ulteriore dovrebbe essere quello di garantire un maggiore grado di trasparenza e pubblicità a tutti i livelli del processo decisionale: stabilendo con maggiore chiarezza i ruoli che le parti saranno chiamate a svolgere all’interno di questi procedimenti, si farebbe in modo che le amministrazioni si arricchiscano del contributo dei privati e che a questi suggerimenti venga data ulteriore visibilità; ciò permetterebbe non solo ai singoli consumatori di collaborare fattivamente al

¹⁰⁷ Anche se solo in parte, sembra questo il modello di enforcement suggerito da F. DENOZZA, *Antitrust*, Bologna 1988, 9, il quale partendo dal presupposto che il diritto antitrust non dovrebbe essere uno strumento di politica industriale, auspica che all’Autorità amministrativa vengano date solo funzioni di parte nel portare tutti i casi dubbi di fronte all’Autorità giudiziaria ordinaria. Peraltro si ricorda come secondo G. MAYONE, A. LA SPINA, *sup. cit.*, 178, è stata “la collegialità nel processo decisionale che ha fatto accostare, nell’esperienza statunitense, le agenzie indipendenti alle corti d’appello, quanto ad accuratezza ed univocità di risultati nel “decisionmaking”. Lo stesso Autore ha tuttavia affermato che “quando l’attività delle Independent Regulatory Commission si espande oltre “l’adjudication”, e include in maniera prevalente il “rulemaking” esse diverrebbero disfunzionali, nel senso che svolgerebbero un’attività per cui è più adatto un singolo amministratore”.

¹⁰⁸ Questa è stata l’opinione espressa a più riprese da G. AMATO, da ultimo in un’intervista pubblicata sul Corriere della Sera del 10-11-2002, 27. Le independent regulatory Commission (IRC) hanno un grado di autonomia maggiore rispetto alle “independent agencies within the executive branch in quanto per la nomina dei loro vertici è sempre richiesto il “consent” senatoriale e la loro revoca non è discrezionale. La differenza tra “independent agencies within the executive branch” ed “independent regulatory commission(IRC)” non è però sempre netta. Le prime sarebbero “independent” solo nel senso che non sono collocate in uno dei tradizionali “old line executive departments”, carattere che gli consente un certo grado di autonomia amministrativa ed una certa misura di rapporto diretto col vertice presidenziale. Quando però si tratta di identificare concretamente le “executive agencies” o le IRC, la dottrina non si trova concorde su quante e quali siano le une, oppure le altre. Tuttavia una elencazione delle IRC esistenti è desumibile dalla “Unified Agenda of Federal Regulation” pubblicata dal “Regulation Informative Center” dell’“Office of Management and Budget”. Per un approfondimento si rimanda a L. BARRA CARACCILO, *sup. cit.*, 153; A. SCALIA, *Le independent regulatory agencies nell’ordinamento statunitense*, in *Rass. Giur. En. El.* 1996, 316 e ss.

¹⁰⁹ Si veda ad esempio l’Antitrust Procedures and Penalties Act del 1974, in U.S.C Vol. 15, 47 and 49, il quale ha introdotto l’obbligo per il Department of Justice di inviare una copia dell’accordo (“Consent Decree”) ai soggetti operanti nel settore di riferimento al fine di permettere loro di esprimere osservazioni sul merito del Consent Decree.

buon esito delle indagini, magari attraverso le proprie associazioni di categoria, ma anche di diminuire il numero dei provvedimenti impugnati innanzi ai giudici amministrativi; uno spunto interessante potrebbe venire da un'importante previsione contenuta all'interno dell'ordinamento comunitario, laddove si dispone che le parti private possano presentare una segnalazione alla Commissione, la quale ha l'obbligo di adottare un provvedimento motivato in relazione alla decisione se aprire o meno il procedimento istruttorio; di fronte poi ad un eventuale diniego, il singolo ha sempre la possibilità di impugnare il provvedimento innanzi al Tribunale di primo grado¹¹⁰.

Si potrebbe inoltre riflettere su una migliore coordinazione tra i vari poteri dello Stato, nel senso di favorire un più elevato tasso di democraticità al processo decisionale. Orientandoci sempre di più verso fenomeni di tendenziale *electoral dictatorship*, dove *who wins takes all*, si dovrebbe garantire la massima indipendenza, esperienza ed autorità dei vertici di tutti gli organismi di regolazione e garanzia, ad esempio prevedendo l'obbligo di una larga maggioranza di voti necessaria per essere eletti a ricoprire tali cariche¹¹¹.

Aspetto di non secondaria importanza dovrebbe essere la previsione di divieti temporanei di *post-employment* nelle società o negli enti controllati. Ciò dovrebbe valere per tutti i componenti e funzionari degli organismi di regolazione e garanzia; senza tale tipo di previsione legislativa si legittimerebbe la prassi di quei pubblici funzionari che accettano una retribuzione più alta da parte dei soggetti controllati, per poi rivelare informazioni sensibili sulle indagini in corso. Previsioni analoghe sono state già introdotte per il titolare di cariche di governo dalla legge n. 215 del 2004, (Legge sul Conflitto di Interessi), dove si prevede che l'incompatibilità di cui alle lettere b), c) e d) dell'art. 2, comma 1, perduri per dodici mesi dal termine della carica di governo nei confronti di enti di diritto pubblico, anche economici, nonché di società aventi fini di lucro che operino prevalentemente in settori connessi con la carica ricoperta. Un altro esempio potrebbe trarsi dalla disciplina per i componenti delle Autorità per i servizi di pubblica utilità; l'art. 2, comma 9, della legge n. 481 del 1995, recita: "per almeno quattro anni dalla cessazione dell'incarico i componenti delle Autorità non possono intrattenere, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore di competenza"¹¹².

¹¹⁰ Si veda W. P. J. WILS, *sup. cit.* 476, il quale fa riferimento all'introduzione dell'art. 7 del Reg. 1/2003.

¹¹¹ Secondo autorevole dottrina tale fondamentale passaggio è stato spesso trascurato dal legislatore italiano; si veda S. CASSESE nell' audizione del 24 marzo 1999, innanzi alla Commissione I affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni, in sede di *indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti*, il cui documento conclusivo è disponibile alla pagina web http://legislature.camera.it/chioschetto.asp?content=/_dati/leg13/lavori/stencomm/tabindag.htm (visitata in data 11 settembre 2006). Allo stesso modo C. FRANCHINI in *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove* in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I Garanti delle regole*, Bologna, 1996, 78.

¹¹² La violazione di tale divieto è punita, salvo che il fatto costituisca reato, con una sanzione pecuniaria pari, nel minimo, alla maggiore somma tra 50 milioni di lire e l'importo del corrispettivo percepito e, nel massimo, alla maggiore somma tra 500 milioni di lire e l'importo del corrispettivo percepito. All'imprenditore che abbia violato tale divieto si applica la sanzione amministrativa pecuniaria pari allo 0,5 per cento del fatturato e, comunque, non inferiore a 300 milioni di lire e non superiore a 200 miliardi di lire, e, nei casi più gravi o quando il

Ora, tutte queste proposte di modifica, se necessarie perché il modello possa almeno competere dal punto di vista delle garanzie con un sistema di tutela che lasci spazio anche a forme di controllo e repressione maggiormente decentrate, comportano allo stato attuale dei costi che potremmo definire “di adattamento” o di “armonizzazione” sicuramente più elevati rispetto all’accoglimento immediato di un sistema di doppio binario puro.

3.4.1. I “costi da mercato unico”: la presa di posizione del legislatore comunitario nel Reg. CE n. 1/2003.

I costi di armonizzazione ed in particolare quelli che potrebbero derivare dalla mancata realizzazione di un effettivo mercato unico potrebbero essere ritenuti ancor più rilevanti. Si consideri come, a livello comunitario, il dato normativo preveda espressamente il modello del doppio binario puro. Il fatto che la maggior parte degli Stati Membri consenta in astratto la possibilità per i privati di poter agire direttamente per il ristoro del pregiudizio subito innanzi alle giurisdizioni nazionali renderebbe la soluzione italiana del doppio binario impuro un’eccezione. In tale contesto, tale eccezione potrebbe essere considerata un ostacolo al funzionamento del mercato interno e tacciata di garantire una minore effettività ed indipendenza nell’esercizio di tali forme di tutela.

Nel regolamento CE n. 1 del 2003, cui si è giunti attraverso lo sviluppo di una serie di linee interpretative date dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione ed accolte con favore dalla prevalente dottrina, si è inteso chiaramente estendere alle norme antitrust, contenute nel Trattato UE, la teoria del c.d. effetto diretto della normativa comunitaria¹¹³. Con la sentenza “Courage” del 2001, la Corte di Giustizia, attraverso il ricorso all’art. 10 del Trattato, ha ritenuto che le norme antitrust, così come formulate, abbiano portata immediatamente precettiva e conferiscano senz’altro in capo ai singoli un diritto soggettivo all’azione di nullità e al risarcimento danni nei confronti di altri soggetti privati (è la c.d. efficacia diretta orizzontale)¹¹⁴. La Corte nel motivare la sua decisione, pur non riferendosi

comportamento illecito sia stato reiterato, la revoca dell’atto concessivo o autorizzativo. I valori di tali sanzioni sono rivalutati secondo il tasso di variazione annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati rilevato dall’ISTAT”.

¹¹³ La prima ricerca della Commissione sul problema è del 1963: Commissione CEE, Il risarcimento dei danni derivanti da una violazione degli articoli 85 e 86 del Trattato che istituisce la CEE, Collana Studi, Serie Concorrenza, n. 1, Bruxelles, 1966.

¹¹⁴ Corte giust., 20 settembre 2001, causa C 453/99, *Courage c. Crehan*. Il principio è stato poi ripreso nella decisione sulle cause riunite C295/04 a C 298/04 (Casi riuniti *Manfredi et al.*), consultabile sul sito <http://www.curia.europa.eu/it/content/juris/index.htm>. La decisione nel caso “Courage” si basa su una consolidata giurisprudenza delle Corti comunitarie sulla necessità che la tutela dei diritti derivanti dall’ordinamento comunitario da parte dei giudici nazionali sia effettiva. Si veda Corte giust. 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van gend & Loos*, in Raccolta, 1963, 3. Questa decisione ha riguardato la tutela dei diritti da parte dei singoli avverso le violazioni del diritto comunitario commesse dai singoli Stati membri. Viene stabilito il principio secondo cui il Trattato CEE è più di un accordo che crea obbligazioni reciproche tra i soli Stati contraenti, avendo portato alla nascita di un ordinamento giuridico che riconosce come propri soggetti anche i cittadini degli Stati membri. Altre decisioni hanno riguardato l’obbligo per i giudici nazionali di apprestare una tutela cautelare allorché siano chiamate a tutelare un diritto derivante dall’ordinamento comunitario, di provvedere ad una restituzione degli oneri fiscali imposti in violazione del diritto comunitario [caso 68/79 *Hans Just v Danish Ministry for Fiscal Affairs* (1980) ECR 501, caso 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v San Giorgio* (1983) ECR 3595 e caso C-

esplicitamente ai consumatori danneggiati, ha considerato che *questi diritti sorgono non solo nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il medesimo impone in maniera ben definita ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie*¹¹⁵.

Restava però il fatto che l'art. 81 del trattato CE si limitasse a prevedere esclusivamente che gli accordi vietati fossero nulli di pieno diritto, senza conferire chiaramente ai privati la possibilità di agire, indipendentemente dal preventivo provvedimento dell'Autorità pubblica, per ottenere misure cautelari a contenuto inibitorio o per avanzare richieste di risarcimento dei danni nei confronti dei partecipanti ad un cartello (c.d. azioni indipendenti). Partendo dall'assunto che all'ordinamento comunitario è estranea la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo, la tesi circa la non autonomia dell'accertamento da parte dei giudici nazionali rispetto all'accertamento amministrativo avrebbe potuto, anche a livello comunitario, non essere considerata esclusivamente in una prospettiva *de jure condendo*.

In sostanza, fino all'adozione del regolamento CE n. 1 del 2003, un successivo e diverso orientamento della stessa Corte avrebbe potuto mutare lo *ius receptum* circa la configurazione degli strumenti rimediali da conferire ai privati. Il quadro è stato però definitivamente ridisegnato con l'art. 16 del regolamento CE n. 1 del 2003, dove si prevede che sebbene *le giurisdizioni nazionali devono evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati, le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati*. Indirettamente, il legislatore comunitario ha così previsto la possibilità per i privati, lesi da un'intesa orizzontale anticompetitiva, di poter richiedere il risarcimento del danno oltre a misure cautelari dal contenuto inibitorio, in via indipendente dall'accertamento compiuto dalla Commissione.

Sembra importante rilevare come non sia dato rinvenire un'altra previsione normativa di analogo tenore neanche all'interno dello stesso regolamento CE n. 1 del 2003¹¹⁶: l'art. 5 del predetto regolamento si limita a prevedere che le

192/95 Comateb e altri v Directeur général des douanes et droits indirects (1997) ECR I-165] di apprestare rimedi risarcitori, allorché uno Stato membro abbia violato il Diritto comunitario [casi riuniti C-6/90 and C-9/90 Francovich e altri v Italia (1991) ECR I-5357 e casi riuniti C-46/93 e C-48/93 Brasserie du Pêcheur v Bundesrepublik Deutschland and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame e altri ("Brasserie du Pêcheur" 1996) ECR I-1029]. Per un'applicazione analoga della teoria si può fare riferimento ad esempio al divieto di discriminazione nei confronti del prestatore di lavoro per motivi legati alla nazionalità di cui all'art. 39 (ex. 48); Corte Giust. 12 dicembre 1974, 36/74, Walrave; al principio di parità uomo donna di cui all'art. 141 (ex 119) Corte Giust. 14 luglio 1976, 13/76, Defrenne.

¹¹⁵ Cfr. Corte giust., 20 settembre 2001, causa C 453/99, punto 27 della sentenza: "Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza".

¹¹⁶ Si prenda ad esempio il settimo considerando del Regolamento 1/2003, dove si afferma che le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie e che esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. A parte l'ovvia notazione che si tratta di una disposizione priva di efficacia normativa, anche da tale indicazione non si evince se la tutela possa avvenire attraverso un autonomo potere

giurisdizioni nazionali siano competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del Trattato UE, mentre l'art. 1 del regolamento CE n. 1 del 2003 stabilisce esclusivamente che gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del Trattato, che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, siano vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso¹¹⁷; da entrambe le disposizioni non si evince, in maniera chiara, se il potere di accertamento della nullità competa anche al giudice nazionale, indipendentemente da quanto stabilito dall'organo amministrativo, o, nel caso in cui il provvedimento sia stato impugnato, indipendentemente dall'accertamento compiuto dai giudici del riesame.

Sebbene l'ordinamento comunitario sia improntato al modello del doppio binario puro di tutela, si deve far notare la seguente contraddizione che si giustifica solo nell'ottica di una chiara esigenza di razionalizzare i costi dell'amministrazione della giustizia: mentre in passato la valutazione dell'intesa effettuata dalla Commissione poteva al massimo rappresentare per il giudice nazionale un elemento rilevante ai fini della decisione, oggi il regolamento CE n. 1 del 2003 prevede che quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, queste non possano prendere decisioni che siano in contrasto con il provvedimento adottato dalla Commissione¹¹⁸; la stessa 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 CE¹¹⁹, in linea del resto con quanto precedentemente riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Masterfoods*¹²⁰, precisa chiaramente che quando la Commissione si pronuncia in un caso specifico prima della giurisdizione nazionale, questa non possa prendere una decisione in contrasto con quella della Commissione. In sostanza, mentre da una parte si legittima il modello del doppio binario puro, dall'altra traspare ancora la concezione del legislatore comunitario secondo cui il *private enforcement* sia uno strumento di tutela di secondo ordine rispetto al *public enforcement*, seppure ad esso potenzialmente complementare¹²¹.

E' necessario poi soffermarsi su una parte della motivazione utilizzata dalla Corte di Giustizia per sostenere la teoria dell'effetto diretto delle norme antitrust

di accertamento della violazione o se invece ciò sia possibile solo dopo che l'Autorità pubblica si sia già espressa sul punto.

¹¹⁷ Analoga previsione era contenuta all'Art. 1 del Regolamento n. 17/1962: "gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 85 (ora art. 81), comma 1 del Trattato, e lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato ai sensi dell'art. 86, sono vietati senza che occorra una decisione preventiva in tal senso, fatti salvi gli articoli 6, 7, 23 del presente Regolamento".

¹¹⁸ Sulla centralità che la Commissione è destinata ad avere nell'applicazione del diritto antitrust si veda R. PARDOLESI, *Modernization: the "new mantra" of Trans-Atlantic competition law* disponibile online sul sito www.law-economics.net, 2005.

¹¹⁹ La Comunicazione è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale CEE 101 del 27.4.2004, p. 54.

¹²⁰ V. Corte giust. 14 dicembre 2000, causa C-344/98, in Foro it., 2001, 4 c. 209 e ss. con nota di Miranda.

¹²¹ Così anche M. MELI, *sup. cit.*, 60, che nel 2001 aveva scritto come i giudici nazionali fossero stati coinvolti nell'applicazione del diritto antitrust al solo scopo di snellire un lavoro ormai accresciutosi in proporzioni elefantache.

comunitarie. Essa ha ritenuto che la piena efficacia dell'articolo 81 del Trattato sarebbe messa a rischio, se questa norma non lasciasse ai singoli la possibilità di richiedere i danni per le perdite derivanti da un contratto o da una condotta in grado di distorcere la concorrenza. L'argomentazione sembra cogliere nel segno, nonostante sia da rilevare come, fino a tutto il 2004, in un solo caso è accaduto che i privati siano riusciti ad ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa dell'accordo di cartello con un'azione indipendente in senso stretto¹²².

La situazione, come sarà svelato in seguito, è sicuramente differente negli Stati Uniti d'America, anche se va ricordato come in quest'ultimo ordinamento giuridico gli attori siano stati fortemente incentivati ad agire, in considerazione ad esempio della possibilità di ottenere risarcimenti multipli, della possibilità di agire attraverso efficaci azioni di gruppo, di ottenere più facilmente l'accesso alle prove in possesso della controparte e di poter stipulare patti di quota lite con i propri avvocati¹²³.

In conclusione sebbene l'ordinamento comunitario non possa spingersi fino all'individuazione nei singoli Stati membri della situazione giuridica soggettiva lesa da una condotta anticompetitiva e del relativo organismo competente a tutelarla¹²⁴, gli Stati Membri sono chiamati a garantire un'effettiva compensazione delle vittime e la minimizzazione dei costi da mercato unico. Devono cioè essere eliminate disparità all'interno dei vari stati Membri per quel che riguarda l'accesso dei privati alle forme di tutela antitrust. In un contesto in cui la maggior parte degli stati membri riconosce la possibilità per i privati di agire direttamente per la tutela dei propri diritti è chiaro che la scelta di un doppio binario impuro imporrebbe sull'Italia dei costi rilevanti al fine di minimizzare il probabile *deficit* di tutela rispetto agli altri ordinamenti giuridici comunitari (i.e. notevole incremento delle risorse finanziarie da destinare alle Autorità antitrust – vedi *infra*).

3.4.2. Il Vantaggio politico di una tutela maggiormente decentralizzata.

Ad un attento esame potrebbe però ravvisarsi un ulteriore lato positivo legato al maggiore decentramento dei controlli sull'anticorrenzialità delle intese di dimensione nazionale, europea ed internazionale. Un'Autorità centralizzata, non

¹²² Documento presentato dallo Studio Legale Ashurst alla Commissione Europea e disponibile alla pagina web http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study.html, 2 (visitata in data 10 settembre 2006). Per un commento a C. App. Milano, sez. I civ., sentenza 11 luglio 2003, si rimanda a G. FAELLA, *Boicottaggio collettivo, tutela giurisdizionale e risarcimento del danno*, disponibile alla pagina web <http://www.law-economics.net/public/Bluvacanze.pdf> (visitata in data 10 settembre 2006). Ad oggi la situazione non sembra essere sostanzialmente mutata. Si registra ad esempio un caso nel Regno Unito (*Department of Health / Generics – 29/06/2005*) in cui un organismo rappresentativo di interessi diffusi abbia concluso una transazione con soggetti partecipanti a un accordo di cartello. Tutti gli altri casi rappresentano azioni di seguito.

¹²³ Come è noto tale possibilità è stata da poco introdotta anche in Italia dall'art. 2 della Legge n. 248 del 4 agosto 2006.

¹²⁴ Al punto 70 la Corte rileva che non spetta ad essa stabilire se la regola dettata dall'art. 33, comma 2° della legge n. 287 del 1990, si applichi alle sole azioni di risarcimento del danno fondate sulla violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza, o anche a quelle relative alle violazioni degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, non toccando alla Corte interpretare il diritto interno, né vagliarne la sua applicabilità al caso di specie.

slegata totalmente dal potere esecutivo, potrebbe essere tacciata di voler accertare e sanzionare solo i cartelli in cui operano imprese direttamente o indirettamente controllate da società residenti tutte in uno Stato estero. La tesi potrebbe trovare le sue fondamenta nel fatto che negli Stati Uniti venga rilevato come la maggioranza delle sanzioni accordate sia stata comminata a imprese aventi la propria sede sociale al di fuori di tale territorio¹²⁵. L'affidamento a un'unica Autorità centralizzata del compito di garantire una tutela antitrust potrebbe portare alla protezione dei campioni nazionali¹²⁶. Si pensi ad esempio a quanto avvenuto nel caso Microsoft, dove il differente e più aggressivo trattamento adottato dalla Commissione Europea ha creato un importante conflitto diplomatico con i cugini d'oltreatlantico¹²⁷. Se può ritenersi condivisibile l'opinione secondo cui per le intese collusive tali benefici strategici siano meno rilevanti in quanto facilmente anche imprese di diverse nazionalità potranno trovarsi uniti nel tentativo di proteggere i propri interessi, non è escluso che anche tali casi possano dare adito all'insorgere di conflitti diplomatici. Facilitare lo sviluppo del *private enforcement* potrebbe così da una parte contribuire formalmente e sostanzialmente a diminuire il tasso di discrezionalità "politica" insita nell'operato delle singole Autorità amministrative nazionali.

3.4.3. L'attuale livello di deterrenza e il problema delle limitate risorse finanziarie dell'ente pubblico.

Veniamo ora alla più rilevante delle ragioni sostanziali. Accade che nel mondo reale l'Autorità abbia i mezzi finanziari per avviare indagini solo su un numero veramente ristretto di casi. Si rifletta sul fatto che nel 2006 l'Autorità nazionale abbia concluso solo 3 procedimenti relativi ad imprese partecipanti ad un accordo di cartello. In uno di questi casi le indagini dell'Autorità erano iniziate addirittura due anni prima, e per di più con la presenza di robuste evidenze materiali della condotta anticompetitiva¹²⁸.

Ciò è accaduto nonostante l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1 del 2003, il quale ha permesso che parte del personale della Commissione Europea, ma anche delle Autorità nazionali, venisse impiegato nelle attività di indagine dei cartelli invece che nell'attività di controllo delle notifiche delle intese, spesso non comportanti alcun problema anticompetitivo.

¹²⁵ Ciò avviene anche in ragione della possibilità di ottenere i danni punitivi, il che rende il foro statunitense molto attraente per i potenziali attori stranieri. Per un approccio giuridico-economico ai *punitive damages* si rimanda a S. SHAVELL, *Economic analysis of accident law*, Cambridge, 1987; S. SHAVELL A. M. POLINSKY -, *Punitive damages: an economic analysis*, 111 Harv. L. Rev. 86 1998; R. C. CRASWELL, *Deterrence and damages: the multiplier principle and its alternatives*, 97 Michigan Law Review 2183, 1999.

¹²⁶ Cfr. P. BUCCIROSSI, G. SPAGNOLO, *cit.*, 14. Si rifletta sul fatto che solo dieci anni fa, la U.S. Antitrust Division indagava su due casi aventi ad oggetto intese dalle dimensioni internazionali, mentre negli anni più recenti ben il 70% dei casi ha riguardato imprese non statunitensi, con un 33% degli individui sanzionati aventi nazionalità straniera. Si veda OECD, *Third report on the implementation of the 1998 recommendation*, 30, disponibile alla pagina web <http://www.oecd.org> (visitata in data 10 settembre 2006).

¹²⁷ Per un commento critico si rimanda a R. PARDOLESI, A. RENDA, *The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?*, in *World Competition*, 513, 2004.

¹²⁸ Cfr. AGCM, I649 - Produttori di pannelli truciolari in legno, Provvedimento n. 16835 del 17/05/2007 - Chiusura istruttoria.

A ciò si possono aggiungere alcuni dati sul livello delle sanzioni attualmente imposte dagli organismi pubblici¹²⁹. Pur mancando, a livello europeo e nazionale, delle analisi in grado di evidenziare l'incidenza dei recenti programmi di clemenza sulle probabilità di scoperta dei cartelli, secondo uno studio condotto da Wils, il margine per le imprese derivante dalla partecipazione ad un accordo di cartello europeo ammonterebbe nella media al 10% del prezzo, il che comporterebbe un aumento dei profitti per le imprese partecipanti al cartello nella misura del 5%¹³⁰. Considerando una durata media dell'accordo di cartello pari a 5 anni e una probabilità di essere sanzionati nell'ordine del 16%, l'Autore conclude che il tetto sotto il quale le sanzioni non possono sortire alcun effetto deterrente ammonterebbe in media al 150% del fatturato sviluppato relativamente ai prodotti oggetto dell'accordo di cartello¹³¹. E' dunque privo di alcun riscontro empirico l'affermazione secondo cui le sanzioni comminate dalle Autorità nazionali siano state eccessive, quanto meno sotto il profilo della proporzionalità della sanzione alla gravità della condotta e agli effetti negativi che si producono come conseguenza dell'infrazione stessa. Ciò vale anche per l'intensità dell'elemento psicologico nel porre in essere tali condotte, che non potrà mai essere meramente

¹²⁹ Cfr. J.M. CONNOR, *Private international cartels: effectiveness, welfare and anticartel enforcement*. Purdue Agricultural Economics Working Papers, No.04-05. Studi analoghi erano stati condotti da G.J. WERDEN, *The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook*, EAG 03-2. Washington, DC: Economic Analysis Group, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, January 2003; M. LEVENSTEIN, V. SUSLOW. *What Determines Cartel Success?* University of Massachusetts and University of Michigan, Working Paper, January 2002; OECD report. *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, OECD, 2002; OECD report. *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead*, OECD, 2003. J.L. CLARKE, S.J. EVENETT, *The Deterrent Effects of National Anticartel Laws: Evidence from the International Vitamins Cartel*, *The Antitrust Bulletin*, Fall 2003: 689- 717. J. GRIFFIN, *Previous Cartel Experience: Any Lessons for OPEC?* In Klein, L.R. and J. Marquez (Editors) *Economics in Theory and Practice: An Eclectic Approach*, Kluwer Academic Publishers, 1989.

¹³⁰ Lo studio di Connor, *sup.cit.*, osserva 406 cartelli, i quali rappresentano approssimativamente 280 mercati di prodotto ed il panorama comprende sia cartelli aventi dimensione nazionale (46% del totale) che internazionale, legati a pratiche di *bid-rigging* (18% del totale) o meno¹³⁰. I settori di mercato principalmente interessati dall'analisi sono quello alimentare (24%), dei metalli (19%), delle risorse naturali (16%) ed infine quello dei prodotti chimici (13%) La conclusione principale cui si perviene è che il tasso di cartello rappresenti in media il 20% del prezzo di mercato dei prodotti in questione. Emerge inoltre come i cartelli scoperti dalle Autorità pubbliche non presentino un tasso di sovrapprezzo sensibilmente differente da quello dei cartelli non scoperti o legali, il che supporta la conclusione che il tasso sia prevalentemente influenzato dall'abilità dei membri di mantenere una rigorosa ed efficace disciplina interna. In più viene evidenziato come per i cartelli che abbiano avuto una durata tra i dieci ed i quindici anni e tra i quindici ed i venti anni, il tasso può avere valori di media rispettivamente fino al sette ed al nove per cento più alti. Infine si sottolinea come i cartelli dalle dimensioni nazionali presentino un tasso di circa nove punti percentuali inferiore rispetto a quelli dalla dimensione internazionale. Prendendo poi a riferimento solo quei 35 casi osservati negli ultimi 14 anni, emerge come il tasso di cartello arrivi al 28%. Tale dato assume particolare importanza se si considera come, generalmente, gli sforzi delle autorità nel combattere i cartelli siano notevolmente aumentati nell'ultimo decennio La più importante conclusione cui sembra pervenire lo Studio è quindi la necessità di un sostanziale allineamento dei valori di riferimento utilizzati attualmente dalle Autorità pubbliche alle risultanze di tale studio.

¹³¹ W. WILS, *Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?* European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2006 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings.

colposo, ma rimane il frutto di un comportamento realmente cosciente e volontario, in cui l'intensità dell'elemento psicologico è altissima.

Un recente lavoro ha anche provato a stimare i danni causati dall'attuale basso livello di deterrenza europeo e nazionale nei confronti dei cartelli. Secondo tale studio le sanzioni imposte dall'Autorità pubblica nel periodo che va dal 1990 al 2005 corrisponderebbero all'incirca ad una somma oscillante tra il 20 ed il 70% del sovrapprezzo imposto dai partecipanti al cartello¹³². Prendendo ora un periodo di riferimento che va dal 2002 al 2007, emerge come le sanzioni imposte dall'Autorità pubblica, nella specie la Commissione Europea, siano state pari a € 6,24 miliardi di Euro¹³³ (prima delle applicazioni delle riduzioni di pena). Assumendo, tra i dati sotto esposti, la stima maggiormente conservativa di un 30% come tasso di scoperta da parte delle Autorità di tali condotte,

Tabella 1– Stime sul tasso di scoperta dei cartelli¹³⁴

Fonte	Probabilità	Commento
Werden-Simon (1987)	Meno di 0.10	
Feinberg (1985) ¹³⁵	0.50	Questionario inviato ad avvocati esperti in materia antitrust e operanti in Bruxelles.
Bryant-Eckard (1991)	0.13-0.17	Studio relativo a cartelli tra il 1961-1988
Wils (2005)	Meno di 0.33	0.33 è una stima prudente per l'Unione europea.
Wils (2006)	16%	
Combe-Monnier (2007) ¹³⁶	0.129-0.132	Analisi di 89 cartelli scoperti tra il 1969 e il 2007 dalla Commissione Europea.

¹³² J. M. CONNOR, C. G. HELMERS, *On modern international cartels*, disponibile all'indirizzo www.ssn.com, 2006. Un confronto più preciso mostra che le sanzioni statunitensi si aggiravano tra valori compresi tra il 27 ed il 67%, del sovrapprezzo, quelle canadesi tra il 28 ed il 92%, quelle europee tra il 23 ed il 79% (e che l'impatto delle transazioni nordamericane per le azioni di danni è compreso tra l'83 ed il 313%, a conferma del fatto che solo a questi ultimi si possa attribuire una seria repressione dei cartelli).

¹³³ European Commission, *Cartel Statistics 2002-2007*, updated 18 April 2007.

¹³⁴ Lo studio più citato a livello statunitense risale al 1991. Gli autori G. BRYANT, E. W. ECKARD, *Price fixing: the probability of getting caught*, 73 *The Review Of Economics And Statistics*, 1991, p. 536, hanno stimato che la probabilità di essere sanzionati per i partecipanti ad un cartello è tra a 0.13 e 0.17. G. J. WERDEN, M. J. SIMON, *Why price fixers should go to prison*, in *The Antitrust Bulletin*, 1987, p. 926 hanno ritenuto la probabilità più bassa pari a circa lo 0.10.

¹³⁵ R.M., FEINBERG, *The enforcement and effects of European competition policy: Results of a survey of legal opinion*, *Journal of Common Market Studies*, vol. XXIII, 373, 1985.

¹³⁶ E. COMBE, C. MONNIER, *Cartel Profiles in the European Union*, *Concurrences* N° 3, 181-189, 2007.

e prendendo la stima di Connors maggiormente conservativa (70%) circa il rapporto tra le sanzioni imposte ed i sovrapprezzi effettivamente praticati, si rileva come l'impatto totale dei sovrapprezzi di tutti i cartelli (sia scoperti, che rimasti segreti), sia pari a quasi 30 miliardi di euro. Se il triangolo A della figura 1 di cui sopra venisse calcolato secondo le assunzioni lineari, ovvero di domanda lineare, elasticità unitaria e costanti costi unitari, esso ammonterebbe all'incirca a 15 miliardi di €. Complessivamente si arriverebbe quindi ad un impatto complessivo di 45 miliardi di euro, di cui 15 miliardi sono la perdita secca per la società e 30 sono il trasferimento di ricchezza da parte dei consumatori e di altri soggetti nei confronti degli autori dei comportamenti devianti. E' importante tuttavia considerare come tale analisi riguardi solo i cartelli dalla dimensione europea, e che le stime suggeriscano come i sovrapprezzi imposti dai cartelli nazionali siano inferiori. Assumendo quindi un sovrapprezzo pari al 20% ed un 15% di tasso di accertamento da parte dell'Autorità pubbliche nazionali dell'esistenza dell'intesa anticompetitiva, il risultato è che la perdita secca per la società potrebbe arrivare all'incirca a 11 miliardi di Euro, mentre l'ammontare complessivo dei sovrapprezzi a 21 miliardi di Euro. Se sommiamo i due dati arriviamo a 67.5 miliardi di Dollari, cifra pari allo 0,5 % del PIL dei 27 Stati Membri dell'UE¹³⁷.

Di fronte a questi dati, si comprende la necessità che la società riveda la propria strategia sanzionatoria. La prima soluzione potrebbe prevedere l'inflizione di sanzioni individuali e pene detentive nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili diretti delle violazioni¹³⁸. A tale ultimo riguardo è evidente che l'effetto deterrente di una pena detentiva dipende da come tale condanna venga soggettivamente percepita dagli individui colpiti, il che slega da parametri oggettivi la verifica circa la proporzionalità della sanzione¹³⁹.

Come già premesso, l'introduzione e l'analisi di tale possibilità esula però dalla nostra indagine, la quale meriterebbe un approfondimento separato¹⁴⁰. Qui basti ricordare che nel 1957, quando la Comunità Economica Europea fu fondata, era considerato impensabile che sanzioni penali venissero introdotte. Al contrario, oggi, con la ratifica del Trattato di Maastricht nel 1993, l'Unione europea, sulla base di quello che viene definito il terzo pilastro della cooperazione, guarda

¹³⁷ Il PIL nella zona EU27 nel 2005 è stato di \$13.7 trilioni, come riporta il Fondo Monetario Internazionale. Il documento è disponibile online alla pagina web <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2007/01/data/weorept.aspx?sy=2005&ey=2007&scsm=1&ssd=1&sort=country&ds=.&br=1&c=998&s=NGDPD%2CPPPWT&grp=1&a=1&pr1.x=50&pr1.y=9>.

¹³⁸ Sono in molti ad aver auspicato la comminazione di pene detentive per i soggetti resisi responsabili di un accordo di cartello. Si veda ex multis G. J. WERDEN, M. J. SIMON, *sup.cit.* 1987, p. 920. In alternativa si potrebbe anche auspicare che il reato di cartello venga incluso tra quelli accessori atti a configurare la responsabilità amministrativa d'impresa ai sensi della D.Lgs. 231/2001.

¹³⁹ A ciò va aggiunto che la possibilità per un manager di incappare in una pena detentiva porterà automaticamente a un innalzamento dei loro compensi in grado di controbilanciare i rischi che essi corrono. Ciò in ultima analisi rappresenterà un costo ulteriore che verrà scaricato da tutte le imprese sui prezzi dei propri prodotti.

¹⁴⁰ Si rimanda allo studio di W. WILS, *Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?* European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2006 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings.

sempre con più interesse ai programmi pilota in corso in alcuni Stati membri¹⁴¹. Ciò sebbene l'art. 23(5) del regolamento CE n. 1 del 2003 riprenda la disposizione già contenuta nell'articolo 15(3) del reg. 17, stabilendo che la decisione con cui si impone una sanzione non debba mai avere natura penale¹⁴².

La seconda alternativa è che si rimanga in un'ottica del doppio binario impuro in cui le Autorità comminano sanzioni uguali a quelle suggerite da Wils alle quali si potrebbe aggiungere una somma nel totale uguale alla "perdita secca" (triangolo A della figura 1) causata alla società da tali comportamenti, moltiplicata per l'inverso della probabilità che una sanzione sia effettivamente imposta, con l'aggiunta del costo sopportato dall'Autorità per imporre la sanzione¹⁴³. Su quest'ultimo aspetto si può aprire una parentesi. Non sfugge come sia estremamente costoso provare a stimare con esattezza l'area della perdita secca, in quanto ciò dovrebbe richiedere, ad esempio, non solo una misura delle elasticità della domanda e dell'offerta, ma anche, più in generale, un raffronto tra la situazione del mercato in cui opera il cartello con quella che esisterebbe in un ipotetico mercato competitivo¹⁴⁴. E' da aggiungere come da questo totale dovrebbero comunque dedursi i costi sostenuti dalle imprese per mantenere in piedi il cartello, comprese le spese legali sostenute dalle stesse per difendersi nel corso del procedimento¹⁴⁵ e i costi derivanti dal diminuito valore delle azioni o quote della società, una volta che questa sia stata condannata¹⁴⁶. Tuttavia questo calcolo renderebbe meno oneroso il compito dei singoli giudici nelle azioni c.d. di seguito, evitando il rischio di rilevanti di errori decisionali.

Ciò considerato, si può dunque tornare a ragionare sul ruolo che avrebbero le azioni di seguito in tale modello sanzionatorio. In un'ottica di sistema esse servirebbero esclusivamente il fine di ridurre proporzionalmente la sanzione comminata dalle Autorità e di garantire il soddisfacimento del principio di

¹⁴¹ Irlanda ed Estonia prevedono sanzioni penali. Nel Regno Unito esiste la possibilità di una pena detentiva laddove sia accertata l'esistenza di un cartello. Si veda la Section 188 dell' Enterprise Act 2002 disponibile alla pagina web <http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2002/20020040.htm>.

¹⁴² Per una ricostruzione del dibattito sul punto, a livello di alcuni Stati Membri si veda C. HARDING, *European Community Investigations and Sanctions, the Supranational Control of Business Delinquency*, Leicester University Press, 1993, pp. 79, 95 ed anche S. MAIL-FOUILLEUL, *Les Sanctions de la Violation du Droit Communautaire de la Concurrence*, Bibliothèque de Droit International et Communautaire, 2002, Tome 118, pp. 369, 378.

¹⁴³ In questo modo si concilierebbe il c.d. *internalization approach* con il *deterrence approach*. Si veda A. M. POLINSKY, S. SHAVELL, *Enforcement costs and the optimal magnitude and probability of fines*, 35 *Journal of Law and Economics* 133, 1998. Qualora l'efficienza produttiva fosse il principale parametro di valutazione che le Autorità antitrust devono rispettare nelle loro scelte, tale sanzione sarebbe sufficiente ed eventualmente si potrebbe lasciare che la sottrazione di risorse economiche ad alcune vittime (rettangolo B) venga compensata attraverso altre forme di intervento statale, come ad esempio il prelievo fiscale. Si veda per tutti W. LANDES, *sup. cit.*, 50. Tale teorie vengono dette revisioniste rispetto alle teoria classica secondo il quale sia gli effetti redistributivi che allocativi sono considerati rilevanti nell'ottica antitrust. Sul punto la letteratura è sterminata. Si veda in particolare H. HOVENKAMP, *Antitrust Policy after Chicago*, 84 *Mich. L. Rev.* 213 1985.

¹⁴⁴ Analogamente A. DOUGLAS MELAMED, *sup. cit.*, 94.

¹⁴⁵ La notazione è riportata da E. L. CAMILLI, *Optimal fines in cartel cases and the actual EC policy*, in *World Competition*, 2006, vol. 29, issue 4.

¹⁴⁶ G. LANGUS, M.MOTTA, *The effect of EU antitrust investigations and fines on a firm's valuation*, disponibile online alla pagina web www.cepr.org/pubs/dps/DP6176.asp, 2007.

giustizia correttiva. Vi è anche chi ha sostenuto come tale ultimo obiettivo possa essere raggiunto ad un minor costo semplicemente mantenendo alta la sanzione pubblica. Tuttavia, il calcolo resterebbe approssimativo, non potendo infatti escludersi che alcuni soggetti abbiano beneficiato dell'esistenza del cartello, essendosi assicurati dei beni il cui prezzo è ulteriormente aumentato per circostanze esogene rispetto al cartello (guerra, recessione, etc).

In altri termini, assumendo inalterate le risorse finanziarie dell'Autorità pubblica nella scoperta dei cartelli, e considerando che il *private enforcement* non influirebbe sulla probabilità di scoperta dei cartelli, il doppio binario impuro darebbe luogo a una risposta non equa nei confronti di quei pochi soggetti colpiti dal provvedimento di condanna, in possibile contrasto con i principi generali degli ordinamenti giuridici nazionali e con l'art. 49(3) della Carta Fondamentale dei Diritti dell'Unione Europea, il quale stabilisce che le sanzioni non debbano essere sproporzionate rispetto alla violazione commessa. Vi sarebbe il rischio di fallimento di quei pochi soggetti colpiti dal provvedimento di condanna e di un notevole costo economico e sociale per la collettività sia in termini di prezzi finali che di livelli occupazionali¹⁴⁷. Sarebbe questo il caso in cui il raggiungimento di un ipotetico e perfetto meccanismo di deterrenza *ex ante* non potrebbe condurre a risultati efficienti¹⁴⁸.

Data l'impraticabilità della formula appena descritta ai fini della predisposizione di un adeguato meccanismo di deterrenza e considerando le attuali restrizioni finanziarie cui è oggi sottoposta l'Autorità pubblica, l'alternativa al momento più opportuna resta quella di un diretto e maggiore contributo dei privati, in grado di aumentare il livello di giustizia correttiva nonché la probabilità per gli autori delle violazioni di essere sanzionati. Ciò comporterebbe che l'attuale sistema di *public enforcement* debba, volendo applicare la "formula di Becker"¹⁴⁹ sopra richiamata, considerare una riduzione dell'entità delle sanzioni da imporre rispetto a quella appena stimata e forse, in prospettiva, anche rispetto a quella stimata da Wils. Quest'ultimo dubbio è infatti legato alla difficoltà nello stimare quanto un maggiore contributo dei privati sia in grado di incidere sulla probabilità che un cartello venga scoperto¹⁵⁰.

Negli Stati Uniti d'America, dove sono stati previsti meccanismi in grado di facilitare l'accesso dei privati a tali strumenti rimediali, il contributo dato da questi alla scoperta dei cartelli è stato sicuramente maggiormente rilevante. Un

¹⁴⁷ La tesi è stata sostenuta da molti. Si veda da ultimo W. Wils, *sup. cit.*. In Italia in tal senso M. CARPAGNANO, *Poena ad Paucos, Metus ad omnes perveniat*, in *Contratto impresa europa*, n. 1/07, 516. Secondo C. CRAYCRAFT., J. CRAYCRAFT, J. GALLO, *Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay*, 12 *Review of Industrial Organization*, p. 171, 1997, laddove sanzioni ottimali fossero state imposte negli Stati Uniti, su 386 società di quelle condannate per aver posto in essere un cartello nel periodo tra il 1955 e il 1993, più della metà (58%) non avrebbe potuto continuare la propria attività. Peraltro le società prese in considerazione sono state quelle dalle dimensioni più elevate, così che i risultati rappresentano una stima sicuramente non eccessiva.

¹⁴⁸ Si veda K. G. ELZINGA, W. BREIT, *The Antitrust penalties: a study of Law and Economics*, Yale University Press, 1976, 9, nonché S. SOUAM, *Optimal Antitrust Policy with different regimes of fines*, 19 *International Journal of Industrial Organization*, 2001, 1-26.

¹⁴⁹ G. BECKER, *sup. cit.*, 169-217.

¹⁵⁰ Una stima si può ottenere dallo studio di A. RENDA et al., *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, in corso di pubblicazione, 2008.

recente studio empirico, in cui si sono analizzati 29 casi di violazioni del diritto antitrust statunitense dal 1990 al 2005, mette in evidenza come più del 70% dei danni recuperati verrebbe da azioni indipendenti¹⁵¹. E' bene però precisare come dei 12 casi che gli stessi autori includono in questo 70%, solo uno riguarda un'intesa orizzontale per la quale l'intervento governativo ancora non vi era stato (c.d. "azioni indipendenti in senso stretto", si veda il caso "Commercial Explosives"), mentre gli altri riguardano azioni che hanno avuta un'iniziativa congiunta, in parte pubblica ed in parte privata (c.d. "azioni indipendenti in senso ampio")¹⁵². Di seguito si riporta la tabella dei casi presi in considerazione.

Tabella 2 – Il contributo informativo degli attori privati –

Caso	Ammontare risarcimento (\$ milioni)
Buspirone	220
Cardizem	110
Taxol	66
Commercial Explosives	77
NCAA	74
NASDAQ	1,027
Oil Lease	220
Paxil	165
Relafen	250
Remeron	75
Visa/MasterCard	3,383
Vitamins	4,200 to 5,600
Totale	10,069 a 11,469

Peraltro, come si evince dalla tabella, il caso c.d. *commercial explosives* ha portato al recupero della somma di appena 77 milioni di \$. Quanto ai cartelli NCAA e NASDAQ¹⁵³ è da rilevare come tali organizzazioni rechino sempre il sospetto di essere il "brodo di coltura" di un'intesa anticompetitiva, così che il vuoto informativo delle potenziali vittime è di base almeno attenuato.

Ad ogni modo esistono anche altri studi che potrebbero indurre a ritenere che le azioni indipendenti abbiano costituito negli Stati Uniti una seria alternativa al momento sanzionatorio pubblico. Si fa riferimento all'analisi di Salop e White che, prendendo a riferimento un periodo di 40 anni di attuazione delle norme a tutela della concorrenza nell'ordinamento statunitense, mette in risalto la sproporzione tra il numero di casi iniziati dai privati rispetto a quelli condotti dal

¹⁵¹ R. H. LANDE, J. P. DAVIS, *sup. cit.*, 4.

¹⁵² Per un primo inquadramento di come sia affrontato il problema negli U.S.A. si rimanda a J. C. COFFEE, *Rescuing the private attorney general: why the model of the lawyer as Bounty hunter is not working*, 42 Maryland Review 215, 1983.

¹⁵³ Si utilizza il virgolettato per sottolineare come il termine non appare appropriato ad indicare un'azione indipendente in senso stretto, in quanto una volta diffusa la cultura del diritto della concorrenza, appare scontato che le associazioni di categoria siano le

Governo¹⁵⁴. Esiste poi il contributo di Shugart¹⁵⁵, secondo il quale un terzo di tutte le azioni tra il 1946 ed il 1963 sarebbe stata istruito indipendentemente dall’iniziativa pubblicistica. Ciò che però non si evince chiaramente anche da questi altri due studi è se i casi iniziati da privati abbiano rappresentato o meno azioni di seguito in senso ampio (casi in cui l’*input* è comunque venuto da una qualche iniziativa di indagine pubblica).

Anche in assenza di tali dati, dall’analisi di queste risultanze empiriche sembra potersi sostenere che la possibilità per i privati di agire indipendentemente dall’Autorità pubblica sia rilevante non tanto sull’aumento diretto del rischio che alcuni cartelli segreti vengano scoperti, bensì sulla possibilità che tutta una serie di condotte similari, estese su una pluralità di mercati contigui e parimenti anticompetitive, vengano, per tale via, effettivamente sanzionate. Un esempio servirà a chiarire tale affermazione. Si prenda il “*caso nordamericano delle vitamine*”. La metà di quello che è stato scoperto, è stato compiuto su iniziativa dei privati sulla base delle indagini svolte dal Department of Justice. Dopo tre anni di lavoro, gli avvocati degli attori sono riusciti a dimostrare non solo l’insistenza del cartello rispetto a sette vitamine in aggiunta alle nove oggetto dell’indagine pubblica (si veda la tabella di cui sotto), ma anche a provare la maggiore durata dell’accordo anticompetitivo.

Tabella 3 – Il contributo informativo degli attori privati – il caso nordamericano delle vitamine.

Vitamin	Conspiracy Period According to DOJ Pleas	Conspiracy Period Proved by Private Plaintiffs
Premix	Jan 1991 – Dec 1997	Jan 1991 – Dec 1997
Vitamin E	Jan 1990 – Feb 1999 ⁴³	Jan 1985 – Feb 1999
Vitamin A	Jan 1990 – Feb 1999	Jan 1985 – Feb 1999
Vitamin C	Jan 1991 – Nov 1995	Jan 1985 – Nov 1995
Choline Chloride (B4)	Jan 1988 – Sep 1998	Jan 1988 – Sep 1998
Beta Carotene	Jan 1991 – Dec 1998	Jan 1988 – Dec 1998
Calpan (B5)	Jan 1991 – Feb 1999 ⁴⁴	Jan 1985 – Feb 1999
Niacin (B3)	Jan 1992 – Mar 1998 ⁴⁵	Sep 1990 – Mar 1998
Riboflavin (B2)	Jan 1991 – Fall 1995	Jan 1985 – Sep 1995
Biotin (H)	No prosecution	Jan 1985 – Sep 1995
Thiamine (B1)	No prosecution	Jan 1985 – June 1994
Vitamin B12	No prosecution	Jan 1990 – Dec 1997
Pyridoxine (B6)	No prosecution	Jan 1985 – Dec 1994
Carotenoids	No prosecution	Jan 1988 – Dec 1998
Vitamin D3	No prosecution	Jan 1985 – Feb 1999
Folic Acid (B9)	No prosecution	Jan 1991 – June 1994

Fonte: Lande and Davis, sup. cit. (2006)

¹⁵⁴ S. C. SALOP, L. J. WHITE, *Economic Analysis of Private Antitrust Litigation*, 74 Georgetown Law Journal 1002, 1985-1986. Sempre secondo il c.d. Georgetown Study nel periodo che va dal 1973 al 1981 negli Stati Uniti d’America le azioni indipendenti riguardanti accordi orizzontali in presunta violazione del diritto antitrust sarebbero stati 76, mentre quelli di seguito sarebbero stati 71.

¹⁵⁵ W. F. SHUGHART, *Private Antitrust Enforcement, Compensation Deterrente or extortion?*, 74 Georgetown Law Journal, 1986.

Da tutto quanto sopra esaminato si possono trarre alcune conclusioni. Il fatto che si attraggano risorse addizionali per limitare e sanzionare la formazione dei cartelli è sicuramente il motivo che maggiormente milita nel senso dell'accettazione di un doppio binario puro di tutela. Tuttavia il numero delle intese collusive che i privati hanno portato all'attenzione pubblica, senza l'ausilio di una previa indagine da parte delle Autorità competenti, si è rivelato in Europa estremamente limitato e la ragione è da rilevarsi esclusivamente nella mancanza di adeguati meccanismi procedurali¹⁵⁶. Il pieno riconoscimento del doppio binario puro con la contestuale predisposizione di adeguati meccanismi in grado di incentivarlo potrà avere un'incidenza sicuramente positiva sulla probabilità di scoperta di tali condotte anticompetitive. Ciò a parte l'importanza della previsione di potere eccepire la nullità delle intese restrittive, in quanto in tale modo si priverebbe direttamente di vincolatività giuridica gli accordi, e si rafforzerebbero gli incentivi a non attuarle ed ad ostacolarne l'attuazione¹⁵⁷.

In prospettiva non sembra però che lo sviluppo delle azioni indipendenti in senso stretto tese alla scoperta di cartelli di prezzo potrà essere tale da non necessitare che la sanzione totale da parte dell'Autorità pubblica venga almeno rivista al rialzo.

Ciò in quanto i risultati cui è pervenuto Wils sono nettamente in contrasto con gli attuali massimi edittali previsti dall'art. 23, comma secondo, del regolamento CE n. 1 del 2003, il quale ribadisce che le società possano essere sanzionate per un ammontare che non può superare il dieci per cento del loro fatturato annuale, così come generato nell'ultimo esercizio di attività¹⁵⁸. In effetti, benché seguendo l'impostazione delle linee guida del 1998, raramente è accaduto che l'ammontare delle sanzioni inflitte venisse corretto al ribasso al fine di potere rientrare all'interno del parametro massimale, con le nuove linee guida, come dimostrato da un recente studio di Bos e Schinkel, potrà accadere più frequentemente che il limite del 10% del fatturato aggregato mondiale venga superato e di conseguenza a questo ricondotto¹⁵⁹. In un tale contesto, potrebbe dunque apparire coerente un ripensamento circa l'esistenza o la misura di tale soglia massima. D'altronde il rischio circa l'inabilità del colpevole al pagamento della sanzione potrebbe ad esempio essere evitato già attraverso la clausola generale inclusa nelle stesse linee

¹⁵⁶ Si veda il documento presentato dallo Studio Legale Ashurst alla Commissione Europea, *sup. cit.*, in cui viene sottolineato come l'unica controversia sia stata il caso c.d. bluvacanze. C. App. Milano, sez. I civ., sentenza 11 luglio 2003; per un commento si rimanda a G. FAELLA, *sup. cit.*, disponibile alla pagina web <http://www.law-economics.net/public/Bluvacanze.pdf>. Per quanto riguarda la situazione negli Stati Uniti d'America si rimanda a quanto precedentemente sostenuto in merito alle elaborazioni dello studio di R. H. LANDE, J. P. DAVIS, *sup. cit.*

¹⁵⁷ Si veda P. Fattori M. Todino, *sup. cit.* par. 31. Anche se sembra paradossale ipotizzare che un membro di un cartello citi in giudizio un altro membro del cartello per fare rispettare l'accordo preso, in tal modo svelandone l'illiceità. Ciò a meno che questo non sia il tentativo per indebolire il partecipante/concorrente, che a causa della difficoltà nel pagare la sanzione potrà vedere ulteriormente limitate le sue possibilità di competere.

¹⁵⁸ Si veda da ultimo la Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in Gazzetta ufficiale n. C 298 del 08.12.2006 p. 17 -22.

¹⁵⁹ I. BOS, M.P. SCHINKEL, *On the scope for the European Commission's 2006 fining guidelines under the legal fine maximum*, working paper disponibile alla pagina web <http://www1.fee.uva.nl/pp/personalpage.asp?personid=40&page=wp>.

guida, laddove si prevede che, in circostanze eccezionali, la Commissione possa, a richiesta, tener conto della mancanza di capacità contributiva di un'impresa in un contesto sociale ed economico particolare¹⁶⁰.

Di fronte a questi dati è dunque evidente la necessità di rivedere anche l'attuale strategia sanzionatoria pubblica¹⁶¹. D'altronde la funzione di prevenzione generale delle sanzioni è perfettamente compatibile con il sistema comunitario, essendo già stata riconosciuta dalla Corte di Giustizia nel caso Pioneer del 1983¹⁶². Di recente è infatti stato ribadito dalla stessa Corte che il concetto di dissuasione [...] è uno degli elementi da prendere in considerazione nel calcolare l'importo della multa. La Corte ha inoltre affermato che l'ammenda inflitta a una impresa possa essere calcolata includendo un fattore dissuasivo e tale fattore è valutato tenendo conto di molteplici fattori, e non solo in base alla situazione particolare dell'impresa interessata¹⁶³.

Ora tale allineamento verso l'alto potrebbe apparire ancora più impellente se si considera come, secondo un'analisi dello stesso Connor il livello delle sanzioni per cartelli di analoga dimensione internazionale puniti tra il 1996 ed il 2002 negli Stati Uniti d'America sia stato simile a quello europeo, nonostante negli Stati Uniti sia prevista non solo la possibilità di comminare una pena detentiva tra i tre ed i dieci anni alle persone fisiche responsabili della violazione, ma anche la possibilità per i privati di ottenere danni triplici, la cui funzione chiaramente di deterrenza è stata già precedentemente evidenziata¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Cfr. orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in Gazzetta ufficiale n. C 210 del 01/09/2006 pag. 2 – 5, paragrafo 35: in circostanze eccezionali la Commissione può, a richiesta, tener conto della mancanza di capacità contributiva di un'impresa in un contesto sociale ed economico particolare. La Commissione non concederà alcuna riduzione di ammenda basata unicamente sulla constatazione di una situazione finanziaria sfavorevole o deficitaria. Una riduzione potrebbe essere concessa soltanto su presentazione di prove oggettive dalle quali risulti che l'imposizione di un'ammenda, alle condizioni fissate dai presenti orientamenti, pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa e priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore.

¹⁶¹ Non si tratta dunque di quelle che è stata definita una "generica" necessità di rafforzare la funzione general-preventiva delle norme di divieto dettate dalla legislazione antitrust. Cfr. G. GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, Nota a Cass., ord. 17 ottobre 2003, n. 15538, sent. 11 giugno 2003, n. 9384 e Giud. Pace Albano Laziale 10 settembre 2003, in *Foro.It.* 2004, I, 479.

¹⁶² Sentenza della Corte di Giustizia, cause riunite 100-103/80, in *Racc.* 1983, p. 1823.

¹⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 2006 in causa n. C-289/04 - Showa Denko KK c. Commissione europea, p. 23.

¹⁶⁴ J.M. CONNOR, *Global Price Fixing: Our Customers are the Enemies*, Kluwer Academic Publishing, 2007. J.M Connor, *Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence*, Chapter 4, pp. 59-153 in John B. Kirkwood (editor), Volume 22 of *Research in Law and Economics*. Oxford, Amsterdam and San Diego: Elsevier, 2007.

4. VERSO UN MODELLO EFFICIENTE DI PRIVATE ENFORCEMENT DELLE INTESI ORIZZONTALI

All'inizio dell'analisi si è premesso come esuli dal nostro studio la possibilità di poter comminare pene detentive nei confronti dei rappresentanti della società o di poter configurare tra i reati accessori a quelli configuranti la responsabilità amministrativa dell'impresa anche la realizzazione di un cartello. Ecco allora che la possibilità per i privati di agire autonomamente rappresenta la strada più efficiente nell'ottica di un sistema che desideri raggiungere un livello di deterrenza ottimale: tale possibilità può infatti servire allo scopo di aumentare la probabilità che altri cartelli, magari operanti in mercati o ambiti geografici attigui a quelli accertati dall'Autorità centralizzata, vengano scoperti. Aumentando le probabilità di scoperta dei cartelli, l'ammontare complessivo delle somme che gli autori dell'illecito saranno chiamati complessivamente a corrispondere, sia alle Autorità che ai privati, dovrebbe essere più in linea con l'entità dei danni effettivamente arrecati alla società.

Una volta delineato lo spazio e la funzione da assegnare al *private enforcement* delle intese orizzontali, è possibile analizzare quali meccanismi tra quelli elencati dalla Commissione Europea possano facilitarne lo sviluppo, minimizzandone al contempo i costi¹⁶⁵.

Condizione imprescindibile è che il sistema di attuazione pubblicistica della normativa sia attento nel mantenere il più alto livello possibile di coordinazione con i singoli giudici nazionali. Di seguito si analizzeranno le misure maggiormente idonee a realizzare tale obiettivo.

4.1. Coordinare l'azione pubblica e le azioni private.

Con l'introduzione di meccanismi procedurali in grado di facilitare lo sviluppo del *private enforcement*, un problema che potrebbe emergere con maggiore frequenza nel diritto della concorrenza non solo a livello comunitario, ma anche dei singoli ordinamenti giuridici nazionali, consiste nella possibilità che una stessa condotta diventi oggetto di una serie di sindacati multipli, non necessariamente simultanei.

Può accadere in primo luogo che durante il decorso dell'istruttoria da parte delle competenti Autorità pubbliche, o anche nelle more dell'impugnazione del provvedimento finale innanzi agli organismi deputati a tale sindacato, siano instaurati procedimenti giudiziari ordinari riguardanti identiche questioni di diritto e di fatto.

In questo caso è necessario che la società massimizzi i benefici derivanti dagli sforzi già profusi da parte delle Autorità amministrative nell'indagine dei comportamenti devianti. Se l'attore fosse nuovamente chiamato a dimostrare l'illiceità della condotta al fine di ottenere il risarcimento dei danni, i costi processuali di tali azioni di seguito resterebbero inevitabilmente alti, rendendo troppo oneroso l'accesso alla giustizia. E' pur vero che, allo stato attuale, mancando un sindacato "forte" sui provvedimenti di questi Enti, si potrebbe ritenere elevato il rischio di errori decisionali da parte dell'Autorità

¹⁶⁵ Si veda EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Brussels, 2005.

amministrativa. Tuttavia ciò non appare rilevante per il tipo di condotte che stiamo analizzando: a differenza di altre fattispecie anticompetitive, nel caso dei cartelli è presumibile che l'accertamento compiuto dall'Autorità sia sempre corredato da robuste evidenze materiali e l'errore potrà cadere principalmente sul computo delle rispettive responsabilità dei soggetti sanzionati. Tali imprecisioni non costituiscono un errore decisionale in senso tecnico e potranno comunque essere corrette nei successivi giudizi di seguito, in sede di determinazione del *quantum* del pregiudizio arrecato alle singole vittime.

Nonostante gli indubbi vantaggi legati all'impostazione suddetta, le Corti d'Appello italiane hanno avuto modo di chiarire come il giudizio civile sia assolutamente indipendente rispetto a quello svolto davanti all'Autorità¹⁶⁶. Si è sostenuto come la giurisdizione del giudice ordinario prescinda dall'esistenza o meno di un provvedimento dell'Autorità Garante e dall'impugnazione del medesimo, sottolineandosi la ininfluenza sulla competenza della Corte d'Appello di parallele iniziative assunte presso altre Autorità amministrative attesa la intrinseca diversità delle azioni fatte valere nelle diverse sedi e la conseguente diversità di tutela che dal loro accoglimento deriverebbe¹⁶⁷. Si deve notare però come tale impostazione di principio sia contraddetta dai fatti in quanto, ad oggi, è accaduto in un solo caso che il giudice civile si sia discostato dall'accertamento dell'illecito così come compiuto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato¹⁶⁸.

Ciò è avvenuto nonostante il parere espresso da autorevole dottrina, la quale partendo dal presupposto che non esisterebbe una completa indipendenza tra la forma di tutela pubblica e quella apprestata dal giudice ordinario, ha affermato che se i fatti su cui si è pronunciata l'Autorità coincidono con quelli posti dall'attore a fondamento della sua domanda, la qualificazione che della fattispecie ha dato l'Autorità sarebbe da considerarsi in linea di principio vincolante in sede di giudizio ordinario¹⁶⁹. In sostanza un potere di disapplicazione dovrebbe essere escluso nei casi in cui il provvedimento amministrativo sia costitutivo del diritto fatto valere in giudizio. Ovviamente viene precisato come ciò dovrebbe valere

¹⁶⁶ Cfr. Corte d'Appello di Milano (18-7-1995) in causa *Telsystem /Sip*.

¹⁶⁷ Cfr. Corte d'Appello di Milano ord. 20-25 settembre in causa *Sanguinetti c/Ania e altri* e ord. 24 aprile-15 maggio 1996 in causa *Auchan c/Faid*.

¹⁶⁸ Si è trattato di un caso relativo ad un boicottaggio collettivo, tramite un'attività di lobbying: cfr. App. Milano ord. 13 luglio 1998, *Tramplast c./ Macplast e altri*. Al contrario nelle azioni risarcitorie o restitutorie conseguenti all'illecito amministrativo, non è mai stato messo in discussione dai giudici aditi dai consumatori il carattere illecito dell'intesa stipulata. Cfr. E. SALOMONE, *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in Riv. Trim. Proc. Civ., 2007, nota 5.

¹⁶⁹ Si veda M. LIBERTINI, *sup. cit.*, 659, il quale fonda il proprio convincimento sulla circostanza che la qualificazione della fattispecie data dall'Autorità contenga apprezzamenti tecnico-discrezionali in ordine alla compatibilità o meno dei comportamenti di cui si tratta con i principi della libertà di concorrenza; apprezzamenti che sono stati posti in essere dall'Autorità appositamente creata dall'ordinamento a tale scopo. L'Autore esclude però alcun obbligo di sospensione ex art. 295 c.p.c., attesa l'assenza di pregiudizialità in senso tecnico. Si veda anche M. MELI, *sup. cit.*, 140. Così anche A. TOFFOLETTO, *sup. cit.*, 58.

solo nei casi in cui il provvedimento non sia stato impugnato o siano esauriti i mezzi di impugnazione¹⁷⁰.

Alcune soluzioni intermedie sono state anche ravvisate nella possibilità che l'accertamento definitivo dell'illiceità della condotta abbia un'efficacia rafforzata, quasi vincolante, così che la sentenza per non essere ritenuta viziata dovrà essere sul punto almeno adeguatamente motivata. Si è anche proposto che l'accertamento in sede amministrativa determini un'inversione dell'onere probatorio e che spetterà al convenuto superare tale presunzione all'interno del giudizio ordinario di seguito. Ora, sebbene queste soluzioni possano ritenersi maggiormente in linea con il principio dell'indipendenza del sindacato giurisprudenziale, è tuttavia da notare come esse lascino integra la possibilità che si realizzi una sostanziale duplicazione dei costi decisionali.

Al fine di ovviare a tale eventualità un aiuto dovrebbe allora venire dall'utilizzo da parte dei giudici nazionali del meccanismo di cui all'art. 295 c.p.c., anche se, all'infuori dei casi in cui penda il giudizio di impugnazione innanzi al giudice amministrativo, non si potrà fare riferimento ad un rapporto di pregiudizialità in senso tecnico tra i due procedimenti, stante il permanere della natura amministrativa del procedimento d'indagine condotto dall'Autorità Garante¹⁷¹. Diverso è ovviamente il caso in cui l'Autorità abbia emanato un provvedimento di condanna e le parti non abbiano più la possibilità di impugnarlo.

Peraltro è da notare come l'impostazione data dalle Corti d'Appello trova il proprio limite nel quadro delineato dal Reg. (CE) n. 1 del 2003 e nella correlativa espansione dei casi in cui l'Autorità nazionale si è trovata competente nell'applicare le norme di cui all'art. 81 e 82 CE. Laddove i giudici ordinari si trovino a decidere su richieste risarcitorie consequenziali ai provvedimenti presi dall'Autorità nazionale ai sensi dell'art. 81 CE, questi ultimi avranno efficacia vincolante ai sensi dell'art. 16, 1° comma, del Reg. CE 1/2003.

L'articolo 16, comma primo, del regolamento CE n. 1 del 2003, sulla scorta di un noto orientamento della Corte di Giustizia¹⁷², ha previsto che quando i

¹⁷⁰ Si veda M. MELI, *sup. cit.*, 144, che si riferisce all'analisi condotta da R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980, 78 e ss. Secondo G. MAZZA, *La tutela civile: profili processuali*, in *Diritto Antitrust italiano*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni Griffi e Ubetazzi, Bologna, 1993, 1476.

¹⁷¹ M. LIBERTINI, *sup. cit.*, 657, ha escluso tale possibilità ritenendo che si possa parlare di pregiudizialità in senso tecnico, proprio perché l'Autorità Garante non è un giudice che debba risolvere una questione pregiudiziale. Cfr. al riguardo la sentenza della Cass. SS.UU. del 12 dicembre 1995 n. 12720 dove si è precisato come non costituisca ostacolo all'applicazione dell'istituto il fatto che manchi nel nuovo testo il riferimento ad una pregiudiziale controversia amministrativa presente invece nella precedente formulazione. Propende invece per la sospensione da parte del Giudice ordinario di ogni pronuncia in attesa della decisione dell'Autorità Garante anche se in tema di abuso di posizione dominante C. SELVAGGI, *sup. cit.*, 128. Così anche C. ALESSI-G. OLIVIERI, *sup. cit.*, 172. Rimarrebbe comunque la possibilità della sospensione concordata ex art. 296 c.p.c. e del rinvio consensuale in attesa dell'esito amministrativo.

¹⁷² Peraltro il fatto che l'accertamento amministrativo della violazione possa avere una qualche efficacia vincolante nel procedimento giudiziario ordinario non inficia in alcun modo la possibilità per le Corti di riferire la questione circa la validità della decisione alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 del Trattato UE. Cfr. Corte Ce, 28 febbraio 1991, Causa 28 febbraio 1991, Causa C-23489, in Racc. p. I- 935, punto 47. È la c.d. dottrina *Masterfoods*, che trae origine dalla sentenza

giudici nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato CE già oggetto di una decisione della Commissione, questi non possano prendere provvedimenti che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Essi devono evitare soluzioni non in linea con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati.

Una parte autorevole della dottrina ha anche sostenuto che le decisioni positive di inapplicabilità degli articoli 81 e 82 CE, adottate ex art. 10 Reg. CE 1/2003, rappresenterebbero un vincolo per i giudici che si trovino a valutare la stessa condotta oggetto di tali decisioni. In entrambi i casi si è sostenuto che la diminuzione dei margini di autonomia dei Giudici nazionali sarebbe parzialmente compensata dalla possibilità di potere comunque attivare il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia¹⁷³.

Alcuni ordinamenti giuridici comunitari hanno adottato disposizioni analoghe relativamente alle decisioni delle loro singole Autorità nazionali¹⁷⁴. E' il caso ad esempio del Regno Unito, dove le sezioni 18 e 20 dell'*Enterprise Act* prevedono che le Corti nazionali siano vincolate quanto all'accertamento dei fatti dai provvedimenti dell'Office of Fair Trading (OFT) e dalle sentenze di appello prese su tali decisioni dal Competition Appeal Tribunal¹⁷⁵. In più con specifico riguardo alle azioni di risarcimento dei danni, l'articolo 58 del *Competition Act* (introdotto dall'*Enterprise Act* del 2002) ha rafforzato l'efficacia delle decisioni dell'OFT, estendendola non solo all'accertamento in fatto, ma anche alla qualificazione giuridica. Si tratta dunque di una efficacia vincolante assoluta¹⁷⁶.

In altri ordinamenti giuridici si è arrivati poi a estendere tale effetto vincolante anche alle decisioni di tutte le Autorità Garanti della Concorrenza degli altri Stati membri. Si fa riferimento in particolare all'articolo 33, comma 4, del GWB tedesco. E' interessante notare come anche negli Stati Uniti si registri l'esistenza di disposizioni normative simili. L'art. 15 dell'U.S.C Code § 16

della Corte di Giustizia che ha affermato il principio secondo cui i tribunali nazionali non devono mai trovarsi nella posizione di giungere ad una decisione contrastante con la posizione adottata dalla Commissione al fine di rendere effettivamente possibile il raggiungimento degli obiettivi comunitari in materia di concorrenza (Corte di Giustizia CE, sentenza 14 dicembre 2000, causa C-344/98).

¹⁷³ Si veda M. TAVASSI, *Which role for national courts in competition protection?*, atti del VI convegno UAE-LIDC – Antitrust between EC and National law, Treviso, maggio 2004, ed. 2005, p. 88. Sulla possibilità di esperire il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia si veda G. MUSCOLO, *Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, documento disponibile alla seguente pagina web (visitata in data 18 settembre 2007) [http://www1.assonime.it/assonime/pubblicazione/pub_notestudi_A.nsf/118/C1256A7800386916C125732500567899/\\$File/NS11627072007.pdf?OpenElement](http://www1.assonime.it/assonime/pubblicazione/pub_notestudi_A.nsf/118/C1256A7800386916C125732500567899/$File/NS11627072007.pdf?OpenElement), 2007. Si è però sottolineato come tale disposizione debba essere interpretata bilanciando il principio del primato del diritto comunitario con quello della indipendenza del giudice.

¹⁷⁴ Cfr. Corte CE, 14 dicembre 2000, causa C-344/98, in Racc., p. I-11369, punto 2.

¹⁷⁵ Per una ricognizione dei casi in cui si è dibattuto circa la portata di tali disposizioni normative si veda B. RODGER, *Competition Law Litigation in the UK Courts: A Study of All Cases to 2004- Part II*, ECLR, 279, 2006, B. RODGER, (2006) *Competition Law Litigation in the UK Courts: A Study of All Cases to 2004 - Part I*, ECLR, 241, 2006, B. RODGER, *Competition Law Litigation in the UK Courts: A Study of All Cases to 2004- Part III*, ECLR, 341, 2006.

¹⁷⁶ Al contrario l'ordinamento francese non riconosce efficacia vincolante alle decisioni dell'Autorità di concorrenza per il giudice civile. Cfr. lo studio ASHURST, *sup. cit.*

stabilisce che una decisione finale in qualsiasi causa civile o penale istruita dallo Stato Federale, attestante la violazione da parte di un soggetto della normativa antitrust, debba sempre essere considerata come un fatto non più disputabile tra le parti (c.d. *prima facie evidence* secondo il Clayton Act). E' questa la ragione che spinge oltreatlantico le società indagate a cercare sempre un accordo con l'Autorità, piuttosto che arrivare fino alla fase dell'adozione di un provvedimento finale, che incrementerebbe il loro rischio di essere esposti alle c.d. azioni di seguito¹⁷⁷.

Tale previsioni dovrebbero essere dunque estesa anche ai provvedimenti presi ai sensi della norma antitrust nazionale, al fine di evitare un'inutile duplicazione dei costi di amministrazione della giustizia¹⁷⁸. Differente è ovviamente la questione se la sentenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria possa vincolare in qualche modo l'Autorità Garante chiamata a sanzionare eventualmente lo stesso comportamento anticompetitivo, in quanto è ovvio che il giudicato farà stato soltanto tra le parti, indipendentemente dall'accertamento dell'illiceità o meno della condotta. L'Autorità, avvalendosi di personale specializzato, ha sicuramente i mezzi migliori per poter liberamente ripercorrere e approfondire le valutazioni già effettuate dal Giudice ordinario, senza che ciò possa comportare dei costi eccessivi.

¹⁷⁷ Tale vantaggio per le imprese insito nell'ottenere la chiusura del procedimento a seguito degli impegni presi è stato adeguatamente sottolineato in dottrina. Cfr. *ex multis* M. BOCCACCIO, G. BRUZZONE, *Modernization after the start-up: taking care of details for the effective operation of the system*, disponibile alla pagina web [www1.assonime.it/.../118/C1256A7800386916C125732500567792/\\$File/NS11227072007.pdf?OpenElement](http://www1.assonime.it/.../118/C1256A7800386916C125732500567792/$File/NS11227072007.pdf?OpenElement), 2007. Nel caso Caso T-170/06, Sent. dell'11 luglio 2007 il Tribunale di primo grado ha precisato quale sia il contenuto del potere della Commissione in relazione alla presentazione di impegni da parte delle imprese interessate ad evitare l'accertamento di un illecito antitrust (art. 9 Reg. 1/2003). Si è chiarito che la Commissione goda di un potere discrezionale nella scelta di rendere obbligatori gli impegni proposti o di imporre rimedi ai sensi dell'art. 7 del Reg. 1/2003. In seconda battuta, il Tribunale ha espressamente chiarito come sulla Commissione gravi l'obbligo di rispettare il principio di proporzionalità nella valutazione se rendere obbligatori o meno gli impegni proposti. Ne consegue che la procedura della decisione con impegni non può essere adottata quando una sanzione sarebbe sicuramente più opportuna, come nel caso in cui la Commissione abbia già raccolto prove inconfutabili dell'insistenza di un accordo di cartello. Per una puntuale disamina di queste ultime si rimanda a M. LIBERTINI, *Le Decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 12, 1283, 2006. Sempre in merito alle "decisioni patteggiate" sarà opportuno verificare quale sarà la disciplina che accompagnerà la previsione della possibilità per le Autorità garanti di concludere un accordo transattivo con le imprese sospettate di aver posto in essere un accordo di cartello (c.d. *plea bargaining*). Il *plea bargaining*, a differenza della procedura di decisione con impegni, come è noto non esclude l'onere dell'autorità procedente di accertare l'infrazione. Il procedimento decisionale risulta solo abbreviato in ragione del fatto che l'impresa interessata, attratta da una diminuzione della sanzione, ammette di aver tenuto il dato comportamento anti-concorrenziale e si impegna a non impugnare la decisione finale. Al fine di garantire l'applicazione di tale procedimento patteggiato, è necessario che le imprese ottengano almeno una forte riduzione delle sanzioni pubbliche.

¹⁷⁸ Sul punto cfr. P. CASSINIS, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e impresa/europa*, 741, 2006, il quale cita i casi Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865 e 21 marzo 2005, n. 113.

4.2. La cooperazione fra Autorità amministrative e giudici nazionali.

Anche nel caso in cui non ci si trovi di fronte a giudizi simultanei o consequenziali, la coordinazione tra i giudici nazionali e le Autorità antitrust a livello comunitario potrebbe già oggi essere ottenuta attraverso modifiche normative e meccanismi procedurali meno invasivi. Una coerente applicazione del diritto antitrust potrebbe essere facilitata anche attraverso il maggiore ricorso, anche dunque per le fattispecie di rilevanza nazionale, al meccanismo previsto dall'Art. 15 del Reg. CE n. 1 del 2003. Esso prevede che la Commissione sia tenuta a fornire assistenza ai giudici nazionali che ne facciano richiesta in relazione a giudizi aventi a oggetto questioni suscettibili all'interno degli art. 81 e 82 CE. Tale assistenza può consistere non solo nello scambio di informazioni, ma anche nel rilascio di pareri in merito a questioni inerenti l'applicazione del diritto antitrust comunitario (art. 15.1). Allo stato attuale i giudici nazionali si sono dimostrati restii al ricorso a tali meccanismi. Fino al 2006, si sono registrati in tutti gli Stati Membri solo una ventina di casi in cui vi è stata una richiesta di pareri o di informazioni. Parimenti inutilizzato è il meccanismo dell'*amicus curiae* attraverso il quale la Commissione potrebbe formulare di propria iniziativa osservazioni alle giurisdizioni nazionali (art. 15.3 del regolamento CE n. 1 del 2003) al fine di garantire una coerente applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE. Ora, nonostante il sotto-utilizzo del modello appena descritto, potrebbe ritenersi opportuno estendere l'applicazione di tali meccanismi anche all'ordinamento giuridico nazionale. In effetti, in un'ottica di sistema, i vantaggi sostanziali che essi sono in grado di determinare in termini di diminuzione dei possibili contrasti giurisprudenziali sono sicuramente superiori ai costi, non eccessivi, che l'introduzione di disposizioni normative di tale genere comporta.

4.2.1. Programmi di immunità e di riduzione dell'importo delle ammende e private enforcement.

I cartelli sono considerati violazioni collettive e la responsabilità dei partecipanti è considerata solidale. Ciò significa che il potenziale attore potrà agire per l'intero danno subito nei confronti del soggetto che ha collaborato con l'Autorità così come nei confronti di ciascuno degli altri partecipanti al cartello, indipendentemente dalla specifica responsabilità di ciascuno, fatto salvo il diritto di ciascuno di essi di rivalersi nei confronti degli altri compartecipi. La logica di tale disposizione normativa è chiara. Aumentando il numero delle parti che potrebbero essere chiamate a rispondere di tali danni è inevitabile che anche il flusso di informazioni aumenti e che quindi il tasso di deterrenza si innalzi. Tuttavia la naturale segretezza dei cartelli e le difficoltà nel raccogliergli le relative prove rendono la loro scoperta eccessivamente onerosa in assenza di un meccanismo che incentivi fenomeni di "pentitismo". Come è noto, gli attuali programmi di immunità e di riduzione dell'importo delle ammende (c.d. "programmi di leniency") sono ritenuti molto efficaci nel combattere le intese orizzontali dal contenuto anti-competitivo¹⁷⁹, in quanto il potenziale informatore,

¹⁷⁹ La letteratura sul punto è sconfinata. E' questa la valutazione della stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato nella Relazione sull'attività svolta nel 2001, pag. 10. Si veda M. MOTTA, M. POLO, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, IGIER Working Paper n. 150, disponibile alla pagina web: <http://ssrn.com/abstract=165688> or DOI: 10.2139/ssrn.165688

posto nel più classico dei “dilemmi del prigioniero”, è incentivato attraverso la promessa di una riduzione della sanzione a collaborare con l’Autorità¹⁸⁰. Il collaboratore non ha però allo stato attuale la possibilità di evitare anche le eventuali azioni di seguito tese ad ottenere il risarcimento del danno. In assenza di correttivi, si potrebbe ritenere che il futuro sviluppo di tali azioni di seguito possa diminuire sensibilmente gli incentivi da parte delle imprese a collaborare. Il potenziale collaboratore potrebbe addirittura trovarsi in una posizione peggiore rispetto a quella dei soggetti che non hanno collaborato. Esso potrebbe anche divenire il bersaglio preferito delle azioni di risarcimento in quanto, a meno che le informazioni rivelate non vengano completamente mantenute riservate, le prove a suo carico sono maggiori¹⁸¹. E’ qui necessario aprire una parentesi. La Commissione considera che le informazioni ottenute attraverso l’applicazione dei programmi di clemenza siano da mantenere riservate ai sensi dell’art. 4 del Reg. 1049/2001 e della Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati Membri dell’UE ai fini dell’applicazione degli art. 81 e 82 del Trattato CE (punto 26). Viene anche previsto che nell’ambito dell’accesso al fascicolo della Commissione il destinatario di una comunicazione degli addebiti possa unicamente leggere il documento scritto presentato dall’impresa che abbia fatto domanda di trattamento favorevole e prendere appunti, ovvero, in caso di dichiarazioni orali, leggere la trascrizione eseguita dalla Commissione di dette dichiarazioni e prendere appunti, senza alcuna possibilità di estrarre copie integrali di tali dichiarazioni e/o documenti attraverso l’utilizzo di sistemi meccanici (fotocopie, registrazioni, ecc.).

Sarebbe necessario che analoghe disposizioni venissero chiaramente previste anche per quanto riguarda le informazioni ottenute dalle singole autorità nazionali in base ai rispettivi programmi di clemenza relativamente ai procedimenti aventi ad oggetto fattispecie di rilevanza prettamente nazionale¹⁸².

(visitata in data 10 settembre 2006) 1999. Si veda, inoltre, il contributo di M.CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in I nuovi strumenti di tutela antitrust, a cura di F.Cintioli e G.Olivieri, Milano 2007. Cfr. la Comunicazione della Commissione relativa all’immunità dalle ammende e alla riduzione dell’importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese in Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee 2002/C/45/03, 3. Nonché la recente Comunicazione dell’AGCM sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell’articolo 15, comma 2-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 disponibile al sito <http://www.agcm.it/>, adottata con provvedimento n. 16472 del 15 febbraio 2007, pubblicata sul bollettino n. 6 del 26 febbraio 2007.

¹⁸⁰ A seguito dell’introduzione dei programmi di clemenza all’interno dell’Unione Europea, le probabilità di scoperta e di condanna dei cartelli sono aumentate esponenzialmente: le sanzioni imposte ammontavano a 173 milioni di Euro tra il 1980 e il 1989, poi sono cresciute a 870 milioni di euro tra il 1990 e il 1999, fino a diventare 5,1 miliardi di euro tra il 2000 e il 2006.

¹⁸¹ Così S.BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza*, in Mercato, Concorrenza e Regole, 2/2006, 329. Per una rassegna delle specifiche esigenze di riservatezza in tema di leniency si veda B. VAN BERLINGEN, M. BARENNE, *The European Commission’s 2002 Leniency Notice in practice*, EU Competition Newsletter n. 3/2005.

¹⁸² Si fa riferimento alle istanze pervenute dalle imprese in forma scritta e non in forma orale. In effetti in quest’ultimo caso come rilevato da M.CLARICH, *sup.cit.*, il documento contenente la verbalizzazione costituisce un documento dell’ufficio, con tutto ciò che ne rileva in tema di richiesta da parte dei terzi o del giudice di accesso al fascicolo di parte. La Comunicazione adottata dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato prevede che l’accesso alle dichiarazioni rese

Ritornando alla problematica generale sopra esposta alcune possibili alternative e soluzioni sono state dunque proposte:

- a) lasciare ai singoli giudici nazionali la possibilità di garantire al collaboratore specifiche riduzioni della propria quota di risarcimento da corrispondere alle potenziali vittime;
- b) lasciare al collaboratore la possibilità di sfuggire completamente alle azioni degli individui danneggiati, negandogli la legittimazione passiva ai giudizi così instaurati;
- c) lasciare solo all'Autorità pubblica la possibilità di decidere sull'entità della riduzione della sanzione, da concedere al collaboratore;
- d) lasciare all'Autorità pubblica la possibilità di decidere sull'entità della riduzione della sanzione, ed inoltre concedere al giudice nazionale di graduare al ribasso il risarcimento che il potenziale collaboratore sarà tenuto a corrispondere alle vittime nelle azioni di seguito, rimuovendo la responsabilità solidale nei confronti degli altri partecipanti all'intesa, cui sarebbe altrimenti esposto¹⁸³.

La prima opzione sembra da escludere, poiché l'Autorità pubblica è sicuramente il soggetto che, avvalendosi in maniera continua dell'opera di personale specializzato, è in grado di compiere con un minor costo il calcolo del premio ottimale da concedere al collaboratore. Peraltro, in un sistema a responsabilità solidale, ad un'eventuale graduazione al ribasso corrisponderebbe il parallelo innalzamento della quota che gli altri co-autori dell'illecito dovrebbero sopportare complessivamente. Nell'ottica del raggiungimento di un adeguato livello di giustizia correttiva, ciò appare non equo e difficilmente giustificabile. Analogamente anche la seconda opzione andrebbe esclusa: se l'obiettivo del *private enforcement* consiste nel garantire un livello adeguato di risarcimento alle vittime, non vi è motivo perché queste o, arbitrariamente, solo alcune di esse debbano ricevere una parziale riduzione del risarcimento o addirittura vederselo negato. L'assunto appare sostenibile anche laddove si dimostri che ciò abbia un'influenza determinante sull'aumento del tasso di deterrenza.

La quarta opzione è invece quella che è stata adottata di recente negli Stati Uniti d'America: fino al 2004, le imprese che presentavano i requisiti per poter usufruire dei programmi di *leniency* con il Dipartimento di Giustizia non erano sottratti alle azioni civilistiche dei privati, mentre oggi la sezione 213 dell'*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* prevede che il soggetto ammesso al trattamento di clemenza possa essere condannato in una successiva azione di seguito solo pro-quota al risarcimento dei danni effettivamente subiti dalla vittima ed in più non sarà esposto al rischio di "*punitive damages*". Al fine di poter beneficiare di tale previsione, l'impresa che chiede il trattamento favorevole deve cooperare fattivamente con l'attore nella causa civile, in particolare rivelando e fornendo a quest'ultimo tutti i fatti e i documenti che potrebbero rivelarsi utili in sede civile.

oralmente dai rappresentanti dell'impresa che richiede l'applicazione dei programmi di clemenza sia differito, ai sensi dell'art. 13, comma 10, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 che disciplina le procedure istruttorie fino all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie.

¹⁸³ Section 213 of the 2004 *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and reform Act*.

Si deve però ricordare come il modello di *private enforcement* oltre atlantico sia stato chiaramente plasmato come uno strumento per ottenere un maggior livello di deterrenza nei confronti degli autori delle violazioni del diritto antitrust¹⁸⁴. Ne deriva che tale previsione non appare facilmente importabile nei sistemi di *civil law*, che invece assegnano alle cause di risarcimento danno esclusivamente una funzione riparatoria del pregiudizio causato¹⁸⁵. In effetti, rispetto alle attuali disposizioni normative contenute nella maggior parte degli Stati Membri, risulta evidente come un'opzione del genere aumenti gli incentivi per il partecipante all'intesa a collaborare con l'Autorità pubblica, specialmente se il ruolo e la rilevanza della sua partecipazione nel cartello sia stato limitato. Si pensi solo per fare un esempio al caso in cui uno dei partecipanti al cartello rimanga insolvente: in questo caso l'unica impresa a non subire un aumento della propria quota parte di responsabilità sarà il soggetto che ha collaborato. L'orientamento prevalente tende ad escludere tale ipotesi.

Ne deriva che la terza alternativa sembra al momento quella maggiormente praticabile.

5. PROBLEMATICHE MAGGIORI LEGATE ALLO SVILUPPO DEL *PRIVATE ENFORCEMENT*.

Dopo aver proposto alcune soluzioni in grado di coordinare al meglio il rapporto tra l'attuazione privatistica e pubblicistica delle norme in materia di intese anticompetitive, è opportuno analizzare alcuni aspetti in ragione dei quali, pur essendo ormai il doppio binario puro di tutela *ius receptum* sia all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale che comunitario, oggi si ravvisi un sostanziale sottosviluppo del *private enforcement*.

Come è già stato riferito, alcuni potrebbero attribuire questo fenomeno alla mancanza di una solida cultura della libera concorrenza all'interno degli Stati Membri. In realtà, come sarà analizzato nella parte che segue, non è questa la ragione principale.

5.1. Il problema della legittimazione attiva.

Nel linguaggio utilizzato dalla Commissione Europea, sono considerati "compratori diretti" quei soggetti terzi rispetto all'accordo di cartello, i quali hanno corrisposto direttamente ai membri dell'intesa un sovrapprezzo anticompetitivo.

Come chiarito nella sentenza n. 2207 del 2005 della Suprema Corte di Cassazione, tali soggetti sono pienamente legittimati a proporre azioni di risarcimento danni nei confronti dei partecipanti all'intesa direttamente ai sensi della normativa antitrust. Si è dunque riconosciuto come i contratti a valle (*folgeverträge*) siano collegati funzionalmente al cartello, di cui costituiscono il momento attuativo¹⁸⁶. Le Sezioni Unite aggiungono che la disciplina antitrust non

¹⁸⁴ P. CASSINIS, *sup. cit.*, 748, si è mostrato favorevole all'introduzione di tale opzione.

¹⁸⁵ Così anche S.BASTIANON, *sup.cit.*, secondo il quale vi è motivo di ritenere che le tradizioni giuridiche dei singoli Stati membri non consentano di operare quella netta separazione tra il concetto di danno risarcibile ed il pregiudizio economico subito dal singolo.

¹⁸⁶ Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014 con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *sup.cit.*

si rivolge esclusivamente ai soggetti che si trovino tra di loro in rapporto di concorrenza, ma tutela tutti i soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia un interesse processualmente rilevante alla conservazione del carattere competitivo del mercato al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere.

A livello comunitario e nazionale il legislatore tace però sul novero degli altri soggetti astrattamente legittimati a chiedere il risarcimento dei danni ai sensi della normativa antitrust. Tale mancanza di linee guida a livello comunitario sul punto è sicuramente una delle ragioni che ha principalmente ostacolato lo sviluppo del *private enforcement*. Le stesse decisioni della giurisprudenza comunitaria non prendono posizione su tale questione. La Corte di Giustizia, come si è già ricordato, si è limitata a sostenere che “qualsiasi individuo che abbia sofferto una perdita possa, sulla base dell’art. 81 del Trattato CE, chiedere il risarcimento del danno”, aggiungendo che il soggetto danneggiato è colui il quale è in grado di dimostrare il nesso causale tra la condotta e l’evento¹⁸⁷. L’ampiezza delle due formule utilizzate dalla Corte rappresenta l’intenzione di voler lasciare unicamente ai singoli giudici nazionali il compito di stabilire se possa esistere un nesso causale tra accordo di cartello e la lesione di interessi ulteriori rispetto a quelli già oggi singolarmente riconosciuti.

A livello nazionale accade che il giudice possa “desumere il legame eziologico tra comportamento anticoncorrenziale e danno lamentato attraverso presunzioni che si fondino sul rapporto probabilistico tra antecedente e dato consequenziale”, mentre “i fatti sopravvenuti, idonei di per sé soli a determinare l’evento, interrompono il nesso con tutti gli antecedenti causali”. La valutazione dell’esistenza del nesso di causalità giuridica dovrebbe essere svolta attraverso il criterio dell’alta probabilità logica (Cassazione SS.UU. civili, sent. n. 2305/2007, est. Spirito)¹⁸⁸, consistente nel grado di credenza razionale nel verificarsi di un evento (Cass. SS.UU. penali, sent. n. 30328/2002, Franzese). Ciò benchè esista un consolidato orientamento giurisprudenziale in materia infortunistica in forza del quale nel risarcimento del danno illecito dovrebbero essere ricompresi anche quei danni mediati ed indiretti che si presentino come effetto normale del fatto stesso, in base al principio della regolarità causale¹⁸⁹.

Laddove anche in futuro si continuasse a ritenere che la logica probabilistica debba essere destinata a prevalere sul riscontro statistico, in quanto maggiormente in grado di considerare le circostanze sottese al caso di specie, è inevitabile che tutta una serie di posizioni giuridiche continueranno ad avere difficoltà nel ricevere tutela dalle leggi antitrust.

Sembrerebbe più opportuno ritenere che, in presenza di un’intesa restrittiva della concorrenza e di predeterminati criteri oggettivi, il nesso causale si presuma in maniera tale da non gravare oltremodo la posizione dell’attore¹⁹⁰. Ciò ovviamente

¹⁸⁷ Corte giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage c. Crehan*, cit., nota 8.

¹⁸⁸ Cass. sez. III civ. 2 febbraio 2007, n. 2305 in *Il Foro italiano*, 2007, fasc. 4, pagg. 1102-1106, pt. 1, con nota di R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*.

¹⁸⁹ Cfr. Cass. 14 aprile 1981 n. 2247.

¹⁹⁰ Cfr. R. PARDOLESI, *Privatizzare l’antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, disponibile alla pagina web

sempre salva la possibilità per il convenuto di offrire prova contraria, pena la configurazione di quello che giurisprudenza e dottrina dominante riterrebbero un ingiustificato danno *in re ipsa*¹⁹¹. Bisognerebbe ritenere invece che l'attore, se non deve provare nella sua esattezza la misura del danno, debba almeno specificare il danno di cui chiede il risarcimento, e quindi il sovrapprezzo anticompetitivo, giustificando il criterio adottato per la sua valutazione, anche solo approssimativamente. Una soluzione diversa porterebbe ad esiti aberranti e avrebbe in pratica l'effetto di privare il convenuto della possibilità di provare che almeno parte di questo sovrapprezzo non è imputabile all'intesa, ma ad un fattore diverso di cui egli non deve rispondere.

Ed in effetti, come sottolineato da autorevole dottrina, la giurisprudenza statunitense adotta generalmente il seguente approccio: “al fine di riequilibrare le posizioni di forza delle parti occasionali con quelle delle parti abituali nonché di temperare l'onere probatorio in presenza di fenomeni di causalità non sussumibili sotto leggi di natura scientifica dotate di certezza assoluta, si è ammesso che la riferibilità di una molteplicità dei danni-evento ad un comportamento o un'omissione della controparte della classe possa ritenersi provata in presenza di indagini statistiche, unitamente ad altri elementi presuntivi (pur se nel concreto alcuni eventi non sarebbero pienamente riconducibili al convenuto). Peraltro, ed il dato non è di poco conto, una volta introdotte anche nel nostro ordinamento giuridico la possibilità di attivare azioni di classe o collettive in relazione a tali fattispecie, la responsabilità del convenuto potrebbe essere dimostrata anche rispetto alla classe (comprensiva solo di quei soggetti i cui danni-evento sono, secondo un accertamento causale statistico, riconducibili al comportamento o l'omissione del convenuto), ma non necessariamente rispetto a ciascun membro singolarmente considerato (il fatto generatore di responsabilità viene accertato “collettivamente” e la circostanza che non possa essere data una prova della causalità individuale per ciascun membro non comporta il rigetto della domanda collettiva)”¹⁹².

Assunta l'idoneità del comportamento anticoncorrenziale a propagarsi secondo lo schema della “reazione a catena”, il ragionamento sulla prova del nesso causale dovrebbe valere non solo per i danni subiti dal compratore diretto, ma anche per quelli sofferti da tutta una serie di altri soggetti giuridici.

Ad esempio, nelle catene distributive multi-livello, può accadere che una serie di fattori permetta ai compratori diretti di traslare parte o la totalità del pregiudizio subito su altri compratori a valle (c.d. *passing-on effect*), siano essi commercianti al dettaglio o consumatori finali (c.d. “compratori indiretti”).

Esistono tutta una serie di modelli, elaborati già da tempo dalla dottrina nordamericana, in grado di confermare ed illustrare quando e come tali possibilità

[http://www1.assonime.it/assonime/pubblicazione/pub_notestudi_A.nsf/118/C1256A7800386916C125732500570406/\\$File/NS11527072007.pdf?OpenElement](http://www1.assonime.it/assonime/pubblicazione/pub_notestudi_A.nsf/118/C1256A7800386916C125732500570406/$File/NS11527072007.pdf?OpenElement), 2007.

¹⁹¹ Cfr. la sentenza della Cassazione sez. III civ. 2 febbraio 2007, n. 2305, *sup. cit.*, nonché ex multis anche P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998.

¹⁹² Si veda sul punto, A. GIUSSANI, *La prova statistica nelle class-actions*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1029, 1989.

si possano verificare¹⁹³. Il fattore determinante il tasso del *passing-on effect* è individuabile nell'alto livello di elasticità della curva di offerta dell'intermediario rispetto alla propria curva di domanda¹⁹⁴. Quanto agli indici del fatto che la traslazione del pregiudizio subito possa avvenire nel breve o nel lungo periodo, essi sono il tipo di costo (variabile o fisso) alterato dalla condotta illecita e la politica di prezzi adottata dall'intermediario.

Siamo dunque alla riflessione principale sul punto. In tutti quei casi in cui il comportamento tenuto dall'intermediario sia non solo razionale, ma facilmente prevedibile *ex ante*, non sembra rimanere spazio per l'interpretazione del nesso causale secondo la logica probabilistica del caso di specie. Al fine di evitare che si limiti eccessivamente la possibilità per i compratori indiretti di ottenere il ristoro del pregiudizio subito, sembra preferibile che la rilevazione del nesso causale si orienti il più possibile sul riscontro statistico e quindi, nel caso in esame, sul riscontro di quei fattori oggettivi sopra menzionati.

5.1.1. Il ruolo degli acquirenti diretti nell'esperienza degli U.S.A.

Il dibattito se i compratori indiretti possano in astratto essere legittimati attivamente a esperire tali azioni risarcitorie è ancora aperto nella giurisprudenza statunitense. A livello federale, come è noto, esistono due sentenze fondamentali (c.d. *leading cases*). In *Hanover Shoe* (1968) il locatore di una macchina per produrre scarpe provò a difendersi in una causa di risarcimento danni instaurata da un suo locatario, asserendo che quest'ultimo avrebbe traslato il sovrapprezzo impostogli in danno dei suoi clienti, acquirenti delle scarpe finite¹⁹⁵. La Suprema Corte negò tale difesa al convenuto (eccezione di evitabilità del danno - c.d. *passing-on defense*), affermando che, qualsiasi fosse stato il merito della causa, sarebbe stato estremamente arduo per una Corte stimare l'eventualità e gli effetti di una tale traslazione. Successivamente, in *Illinois Brick* (1977) la Corte Suprema, per una sorta di specularità logica, decise che un acquirente di alcune nuove palazzine (lo Stato dell'Illinois) non avrebbe potuto essere risarcito del maggior prezzo pagato per gli immobili in questione a causa dell'insistenza del cartello tra i produttori di cemento. La Corte, sul presupposto che il cemento non era stato acquistato direttamente dall'attore, ma bensì dall'appaltatore delle palazzine, il quale li aveva poi utilizzati nel processo di costruzione, affermò chiaramente come il sovrapprezzo potesse essere recuperato solo dai compratori diretti, mai da quelli indiretti¹⁹⁶.

¹⁹³ Cfr. R. HARRIS, L. SULLIVAN, *Passing on the monopoly overcharge: a comprehensive policy analysis*, in 128 *University of Pennsylvania Law Review*, 1979-80, 269. Gli Autori hanno esaminato le varie condizioni di mercato in cui tale fenomeno può accadere.

¹⁹⁴ Vi sono degli scenari in cui il tasso di traslazione del danno è estremamente rilevante. Si tratta dei seguenti casi: la domanda fronteggiata dall'acquirente diretto è perfettamente anelastica; l'acquirente diretto si è già assicurato la rivendita di una determinata quantità di merce a un prezzo base cui applica un margine fisso; la curva dell'offerta dell'acquirente diretto è perfettamente elastica. Cfr. V. MILUTINOVIĆ, *Private Enforcement: Upcoming Issues*, in *EC Competition Law A Critical Assessment*, eds. Giuliano Amato and Claus-Dieter Ehlermann, Hart Publishing, 2007.

¹⁹⁵ *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery*, 392, US 481, 1968.

¹⁹⁶ *Illinois Brick Co. v. State of Illinois*, 431 U.S. 720, 1977. Costano due eccezioni a tale regola. La legittimazione risarcitoria dell'acquirente indiretto è affermata quando l'acquirente diretto è posseduto o controllato dal produttore (come nel caso degli agenti o di una concessionaria di

La motivazione data dalla Corte si basa sul fatto che la determinazione dell'ammontare del pregiudizio traslato ad ogni livello della catena produttiva e distributiva avrebbe rappresentato un'attività eccessivamente onerosa. Di più si è aggiunto come l'assegnazione anche ai compratori indiretti del diritto al risarcimento del danno avrebbe inevitabilmente condotto a fenomeni di duplicazione dell'ammontare complessivo da risarcire. L'ulteriore difficoltà che sarebbe derivata per le singole Corti nell'effettuare un giudizio prognostico allorché gli effetti dannosi siano destinati a verificarsi in diversi intervalli temporali, ha portato inoltre ad escludere che il problema potesse essere risolto unicamente attraverso l'accentramento in unico procedimento giudiziario della fase di liquidazione del danno per le varie categorie di soggetti¹⁹⁷.

Si è dunque ritenuto che l'esclusione della legittimazione attiva per i compratori indiretti potesse esercitare una maggiore funzione di deterrenza, poiché i compratori diretti essendo più vicini alla violazione, ne avrebbero avuto maggiore coscienza e quindi più facilmente avrebbero potuto intentare un'azione risarcitoria¹⁹⁸. In quest'ottica, qualora la *passing on defense* fosse stata accordata ai convenuti, i maggiori incentivi ad agire che si ritenevano in possesso degli acquirenti diretti sarebbero andati in fumo. E' evidente dunque che la chiave di lettura delle due decisioni sia da rinvenirsi prevalentemente nell'auspicio di innalzare il livello di deterrenza nei confronti di tali comportamenti anticompetitivi¹⁹⁹.

vendita in proprietà del produttore). L'altro caso si ha quando il compratore diretto si è già assicurato la rivendita di una determinata quantità di merce ad un prezzo base cui applica un margine fisso.

¹⁹⁷ Si veda W. BREIT, K. G. ELZINGA, *Private antitrust enforcement: the new learning* in 28 *Journal of Law and Economics*, 405, 1985. Le tecniche sviluppate includono modelli teorici aventi come oggetto un determinato mercato di riferimento o anche un approccio basato su studi statistici dei prezzi storici nel mercato ove si è verificato l'evento. Un approccio alternativo utilizza tecniche statistiche al fine di esaminare come la variazione dei costi marginali nel passato abbia influenzato i prezzi dei prodotti. L'utilizzo di strumenti econometrici sembra essere raccomandato sulla base del fatto che esso fornisce una soluzione empiricamente dimostrabile, alternativa a una costruzione teorica delle dinamiche di mercato. Ciò a condizione che questi strumenti siano supportati da una base consistente di informazioni qualitative sul settore di riferimento. Esempi di alcuni studi si possono trovare nei lavori di L. BETTENDORF, F. VERBOVEN, *Incomplete transmission of coffee bean prices: Evidence from the Netherlands*, 27 *European Journal of Agricultural Economics*, 1, 2000; S. BORENSTEIN, A.C. CAMERON, R. GILBERT, *Do Gasoline Prices Respond Asymmetrically to Crude Oil Price Changes?*, 112 *Quarterly Journal of Economics*, 1997; W. BUCKHOLD, R. COTTERILL, L. EGAN, *Beyond Illinois Brick: The Law and Economics of Cost Pass-Through in the ADM Price Fixing Case*, 18(1) *Review of Industrial Organization*, 45, 2001.

¹⁹⁸ Discorso di R. A. POSNER, *Effective enforcement of the antitrust laws: hearings on H.R. 8359B* davanti alla sottocommissione sui *Monopolies and Commercial Law della House of Commerce*, 95th Congresso, 1 sessione, 1978, 193.

¹⁹⁹ Questa è la teoria sviluppata dagli autori appartenenti alla c.d. "sceptical view". Si vedano i lavori W.M. LANDES, R.A. POSNER, *Should indirect purchasers have standing to sue under the antitrust law? An economic analysis of the rule of Illinois Brick*, 46 *University of Chicago Law Review*, 602-635, 1979; M. SCHWARTZ, G. J. WERDEN, *Illinois Brick and the deterrence of Antitrust violations – an economic analysis*, 35 *Hastings Law Journal*, 1984, G.J. BENSTON, *Indirect purchaser's standing to claim damages in price fixing antitrust actions: a benefit-cost analysis of proposals to change the Illinois Brick rule*, 55 *Antitrust Law journal*, 213, 1986, E. D. CAVANAGH, *Illinois Brick revisited: An analysis of a developing antitrust jurisprudence*, Val. U.L.

Tuttavia, oggi, l'orientamento prevalente sembra essere comunque mutato. La dottrina più recente, nonché prevalente, sembra essersi ormai espressa in senso favorevole ad un ribaltamento (c.d. *overrule*) dei menzionati *leading cases*²⁰⁰. Di più ben 36 stati, incluso il District of Columbia, rappresentanti circa il 70% della popolazione U.S.A.²⁰¹, prevedono una qualche possibilità di azione anche per i compratori indiretti, sebbene alcuni di essi restringano in tali casi la possibilità di utilizzo di azioni collettive²⁰².

5.1.2. Lo stato del dibattito a livello europeo.

A livello europeo il Libro Verde sulle azioni di risarcimento danni in materia antitrust si interroga se sia efficiente concedere la legittimazione attiva ai compratori indiretti e l'eccezione di traslazione (o di evitabilità) del danno al convenuto²⁰³.

Review, 743, 63, 1983, W.H. PAGE, *The Scope of Liability for Antitrust Violations*, 37 Stan. L. Rev., 1145, 1985, J. E. LOPATKA, W. H. PAGE, *Indirect Purchaser Suits and the Consumer Interest*, 48 Antitrust Bull. 531, 565, 2003, N. REICH, 'The "Courage" Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries', 42 Common Market Law Review, 35-46, 2005; AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE, *Working Group on Civil Remedies, established by the American Antitrust Institute for purposes of responding to the AMC's June 10, 2006*, disponibile alla pagina web <http://www.antitrustinstitute.org/archives/files/519.pdf>.

²⁰⁰ La Commissione ABA, nel documento presentato al Congresso ed al Presidente, ha raccomandato un'*overrule* della decisione *Illinois Brick* al fine di consentire ai consumatori indiretti azioni risarcitorie anche nelle Corti federali. Il documento è disponibile alla pagina web <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/06/12/Dec06-Busey12=19f.pdf> (visitata in data 10 gennaio 2007). Cfr. anche AMERICAN BAR ASSOCIATION TASK FORCE, *Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law Task Force to Review Proposed Legislation to Repeal or Modify Illinois Brick*, 52 Antitrust L.J., 841, 1984.

²⁰¹ Ciò accade grazie alla decisione *California v. ARC America*, 490, US 93, 1989 che ha permesso ai singoli Stati di mantenere una propria disciplina sul punto.

²⁰² K. J. O'CONNOR, *Is the Illinois Brick Wall Crumbling?*, 15-SUM Antitrust 34, 34-35, 2001. Dallo studio di J. ANGLAND, S. V. BOMSE, A. T. HORVATH, *Procedural aspects of private antitrust litigation*, Corporate Law and Practice Course Handbook Series PLI Order No. 8497, January-February, 2006, si contano 26 stati federali più il District of Columbia, in cui la legittimazione attiva è stata concessa anche ai compratori indiretti. Si veda Ala. Code § 6-5-60(a); Cal. Bus. & Prof. Code § 16750(a); D.C. Code § 28-4509(a); Haw. Rev. Stat. § 480-3; Idaho Code § 48-108; 740 Ill. Comp. Stat. 10/7(2); *654 Kan. Stat. § 50-161; Me. Rev. Stat. tit. 10, § 1104(1); Md. Code Com. Law II 11-209(b)(2); Mich. Comp. Laws § 445.778; Minn. Stat. § 325D.57; Miss. Code § 75-21-9; Nev. Rev. Stat. §§ 598A.160, 598A.210; N.M. Stat. § 57-1-3; N.Y. Gen. Bus. Law § 340(6); Or. Rev. Stat. §646.775; R.I. Gen. Laws § 6-36-12(g); S.D. Codified Laws § 37-1-33; Vt. Stat. tit. 9, § 2465; Wis. Stat. § 133.18(1)(a). In ulteriori quattro stati, la legittimazione attiva agli acquirenti indiretti è stata ammessa attraverso le decisioni della giurisprudenza. Cfr. *Bunker's Glass Co. v. Pilkington PLC*, 75 P.3d 99, 109 (Ariz. 2003); *Comes v. Microsoft Corp.*, 646 N.W.2d 440, 449-50 (Iowa 2002); *Hyde v. Abbott Labs., Inc.*, 473 S.E.2d 680, 687 (N.C. Ct. App. 1996); *Sherwood v. Microsoft Corp.*, No. M2000-1850-COA-R9-CV, 2003 Tenn. Ct. App. LEXIS 539, at *80 (31, luglio 2003). In altri tre stati, i tribunali hanno concesso ai compratori indiretti di agire ai sensi delle leggi nazionali a tutela dei consumatori in caso di violazioni della normativa antitrust. Si veda *Ciardi v. F. Hoffmann-La Roche, Ltd.*, 762 N.E.2d 303, 312 (Mass. 2002); *Arthur v. Microsoft Corp.*, 267 Neb. 586, [7], No. S-01-1325, 2004 Neb. LEXIS 43, * 22 (2004); *Mack v. Bristol-Myers Squibb Co.*, 673 So. 2d 100, 110 (Fla. Dist. Ct. App. 1996).

²⁰³ Per una panoramica del dibattito dottrinale a livello europeo si veda in Francia, M. VIGNAL, *Droit de la concurrence Interne et communautaire*, 3rd Edition, 2006 ; C. PECNARD, C., E. RUIZ, *Les sanctions civiles du Droit Communautaire de la concurrence par le juge national : les exemples anglais et français*, 5 Revue de droit des affaires internationales, 1993. In Germania cfr.

Considerato come la maggior parte degli Stati Membri riconosca la natura esclusivamente compensativa del diritto al risarcimento danni (Germania, Italia etc.), sembra che in futuro, laddove si presentasse una tale questione di merito, le Corti nazionali non dovrebbero avere difficoltà a ravvisare la persistenza del nesso di causalità tra l'intesa anticompetitiva e il pregiudizio subito dai consumatori indiretti²⁰⁴.

La stessa Corte di Giustizia nel caso *Manfredi*, ha stabilito che qualsiasi individuo (sembrando quindi riferirsi sia ai compratori diretti che a quelli indiretti) ha il diritto ai sensi dell'art. 81 del Trattato UE di chiedere l'accertamento dell'invalidità di una determinata intesa anticompetitiva e di ottenere il risarcimento per il pregiudizio subito²⁰⁵. Esistono poi delle decisioni giurisprudenziali, sempre a livello comunitario, chiaramente orientate a tenere in dovuta considerazione quante volte gli effetti derivanti da una condotta vengano traslati su soggetti non direttamente incisi da essa. Si pensi alle decisioni relative alle cause instaurate a seguito dell'introduzione di un tributo, successivamente ritenuto illegittimo²⁰⁶.

In merito poi alla possibilità che il convenuto possa utilizzare la *passing-on defense*, a livello comunitario oggi non è possibile affermare l'esistenza di una formale eccezione di traslazione del danno. Tuttavia, nella pronuncia *Courage c. Crehan*, la Corte di Giustizia ha messo in luce che il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa²⁰⁷. La circostanza che tutti gli Stati Membri consentano l'eccezione di ingiustificato arricchimento dovrebbe significare che questa difesa, laddove sollevata, non dovrebbe incontrare alcuna sorte di limitazione.

U. BÖGE, K. OST *Up and Running, or is it? Private Enforcement – the Situation in Germany and Policy Perspectives*, 27 ECLR, 197, 2006. BUNDESKARTELLAMT, *Private Kartellrechtsdurchsetzung Stand, Probleme, Perspektiven*, 2005. F. BULST, *Private Antitrust Enforcement at a Roundabout*, 7 European Business Organization Law Review, 725-746, 2006.

²⁰⁴ Cfr. ASHURST, *sup. cit.* ed anche *Private Antitrust Litigation Report*, in *Getting the deal through*, *Global Competition Review*, 2007.

²⁰⁵ Corte di Giustizia, , causa 295/04, *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, in *Gazzetta Ufficiale* C 224 del 16 settembre 2006, p.3. Tuttavia ciò non può essere ritenuto decisivo. In effetti la questione sulla quale è intervenuta la decisione della Corte non poneva un problema di traslazione del danno. In più come rileva S.BASTIANON, *sup. cit.*, “anche la *section 4* del *Clayton Act* legittima *any person* ad esperire la tipica azione risarcitoria tripla, ma, come si è visto, tale circostanza non ha impedito alla giurisprudenza di intervenire concretamente, ridefinendo in termini restrittivi il concetto della legittimazione ad agire”.

²⁰⁶ Si veda Corte di Giustizia, sentenza 2 ottobre 2003, causa 147/01, *Weber's Wine World Handels-GmbH, Ernestine Rathgeber, Karl Schlosser, Beta-Leasing GmbH v. Abgabenberufungskommission Wien*, in *Racc.* pag. 11365. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 9 novembre 1983, causa 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SpA San Giorgio*, *Racc.* pag. 3595. E' stato anche rilevato come da un punto di vista strettamente economico la *passing-on defense* sia irrilevante se si assume che non esistano asimmetrie informative e i costi di amministrazione della giustizia siano nulli. Cfr. B. ALARIE, *Kingstreet Investments: Taking a Pass on the Defence of Passing On*, , disponibile alla pagina web http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1023789, 2007 (visitata in data 10 ottobre 2007).

²⁰⁷ Corte giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage c. Crehan*, *cit.*, nota 8.

Ed in effetti, seppur limitata, la casistica giurisprudenziale non registra ad oggi orientamenti tesi a negare la *passing-on defense* e ad escludere i consumatori indiretti dal novero dei soggetti potenzialmente legittimati ad agire ai sensi della legge antitrust²⁰⁸. Tra i pochi casi in cui la *passing-on defense* è stata esaminata, si potrebbe fare riferimento alla sentenza di una Corte italiana, dove si decise di non concedere il diritto al risarcimento danni ad un soggetto, sulla base del fatto che questi sarebbe stato in grado di scaricare il pregiudizio subito a valle, in danno, in ultima analisi, dei consumatori finali²⁰⁹.

5.1.3. Le ragioni sostanziali di un riconoscimento della legittimazione attiva degli acquirenti indiretti e dell'eccezione di traslazione del danno.

Prima di passare ad analizzare le ragioni sostanziali utilizzate dalle Corti statunitensi nel negare qualsiasi possibilità di legittimazione attiva ai compratori indiretti e nell'escludere la *passing-on defense*, è necessario soffermarci brevemente sulla questione della legittimazione passiva nel caso in cui il sovrapprezzo anticompetitivo sia traslato dal primo distributore (compratore diretto) ad un altro distributore a valle o al consumatore finale (compratori indiretti).

Laddove fosse riconosciuta la legittimazione attiva ai compratori indiretti, si potrebbe essere indotti a ritenere che il primo distributore sia responsabile dei danni cagionati in solido con il produttore partecipante al cartello. La soluzione non sembra da condividere, fatta eccezione per l'ipotesi in cui il pregiudizio sia traslato da un distributore che, pur non essendo parte dell'intesa anticompetitiva a monte, si presta consapevolmente ad esserne strumento di attuazione. E' il caso in cui un'intesa verticale dall'effetto anticompetitivo tra produttore (A) e distributore (B) insista su una catena distributiva multilivello²¹⁰. Il risultato dell'intesa

²⁰⁸ Il Competition appeal tribunal nel 2005 ha esaminato tale difesa in *BCL Old Co Limited and Ors v Aventis and Ors*, riferendosi ad essa come ad un problema estremamente delicato. Tuttavia la causa è stata transatta prima dell'inizio della fase dibattimentale. In Francia, di recente un Tribunale ha rigettato un'azione intentata da un compratore diretto di vitamine dai partecipanti ad un cartello sulla base dell'eccezione del convenuto che il pregiudizio fosse stato traslato a valle. Cfr. Decisione del 23.01.2007 della Cour d'Appel de Paris *Pharm-Lab, S.A.R.L.*, disponibile alla pagina web http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/national_courts/court_fr_en.html.

²⁰⁹ Cfr. la decisione della Corte d'appello di Torino, sentenza del 6 luglio 2000, nella causa *Indaba Incentive Company (I.I.C.) c. Juventus F.C.*, in *Danno e Responsabilità* 2001, con nota di S. Bastianon. I giudici torinesi, sul presupposto che nel nostro ordinamento giuridico l'azione risarcitoria ha natura compensativa, hanno ritenuto sussistente la legittimazione ad agire soltanto in capo al soggetto che abbia concretamente subito un danno, con esclusione, pertanto, di quei soggetti che abbiano concorso a traslare il danno su terzi. Sulla scorta di tale fondamentale premessa, e dell'altrettanto fondamentale rilievo secondo cui I.I.C. aveva preso parte all'intesa illecita, pur se in posizione subalterna, la Corte di appello di Torino ha messo in luce che nel caso di specie «la consapevolezza della partecipazione ad un'intesa illecita in capo a parte attrice era patente, ripetutamente dichiarata e subita nella prospettiva sia di una traslazione del danno secondo il metodo del *passing on*, sia di un lucro futuro determinato dal rinnovo triennale del contratto. Tutto ciò esclude l'incolpevolezza in capo a parte attrice, che versava in una situazione di dolo; che s'è determinata all'odierno giudizio solo perché incisa dai comportamenti successivi e diversi [...] tenuti dalla Juventus, e di conseguenza esclude alcun risarcimento del danno.

²¹⁰ E' questo ad esempio il caso in cui i membri del cartello decidano di condividere parte del potere di mercato acquisito con i propri distributori in assenza di giustificazioni pro competitive

verticale anticompetitiva potrebbe essere che un'acquirente indiretto (C) paghi un sovrapprezzo anticompetitivo, e che eventualmente esso sia traslato sul consumatore finale (D – anche egli acquirente indiretto). Solo in questo caso D, acquirente indiretto, potrà agire per ottenere la restituzione del sovrapprezzo anticompetitivo sia nei confronti di A che di B. Quest'ultimo potrà essere dunque corresponsabile solo se imputabile di concorso attivo nell'illecito antitrust a monte.

In tutti gli altri casi la traslazione del sovrapprezzo anticompetitivo (c.d. *overcharge*) costituirà un comportamento razionale da parte del primo distributore (B): quest'ultimo, sempre salvo prova contraria, scarica a valle la totalità o parte del pregiudizio unicamente nel tentativo di riposizionarsi nella stessa curva d'indifferenza su cui si trovava anteriormente alla violazione²¹¹. Ne deriva che il pregiudizio subito dai compratori indiretti non potrà essere a lui imputabile.

Nei casi normali, l'azione risarcitoria del consumatore potrà dunque dirigersi solo verso le imprese effettivamente partecipanti al cartello²¹².

Ritornando alle ragioni sostanziali utilizzate dalle Corti statunitensi, è sicuramente da condividere l'opinione secondo la quale il riconoscimento della legittimazione attiva ai compratori indiretti possa determinare un aumento dei costi processuali nelle singole fasi di quantificazione del danno. E' stato infatti chiaramente dimostrato come a ciascun livello della catena di produzione e distribuzione vi sia la possibilità che ad un aumento dei prezzi corrisponda in maniera più o meno proporzionale una diminuzione delle quantità vendute. Si tratta di quelle perdite astrattamente riconducibili all'area del triangolo A di figura 1 (cfr. *supra*). L'introduzione dell'eccezione di traslazione del danno accompagnata all'ampliamento della cerchia dei soggetti legittimati attivi richiederà il computo esatto di tali perdite ai fini di una corretta ripartizione della somma complessiva da risarcire.

Sebbene questa attività di "frazionamento del risarcimento" possa rivelarsi particolarmente complessa, già da tempo sono stati elaborati una serie di modelli economici in grado di fornire un valido contributo²¹³. Ne deriva che i costi insiti

(servizi pre-vendita etc.). Cfr. R.D. BLAIR, J. B. HERNDON, J. B. LOPATKA, *Resale price maintenance and the private antitrust plaintiff*, in Washington University Law Quarterly, 2005, 657, i quali, concentrandosi sulla imposizione di un prezzo di rivendita al distributore, concludono che un problema di *passing-on* si pone solo allorquando questa strategia serve a garantire il funzionamento di un cartello a monte.

²¹¹ Come già rilevava L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, *sup. cit.*, nota 29, l'aumento di prezzo operato dall'intermediario non è idoneo ad interrompere il nesso causale tra l'originario incremento di prezzo da parte del produttore ed il danno risentito dall'acquirente indiretto in quanto "la volontarietà della condotta dell'intermediario è solo apparente perché egli è un proपालatore obbligato del sovrapprezzo [...]; e in questa "coazione a danneggiare" deve ravvisarsi la spia più significativa della persistenza del nesso di causalità.

²¹² Contra A. TOFFOLETTO, *sup.cit.*, 328.

²¹³ Cfr. J. BRANDER, T.W. ROSS, *Estimating Damages from Price-Fixing*, 3 Canadian Class Action Review, 335-369, 2006; L.J. BASSO, T.W. ROSS, *Measuring the True Harm from Price-Fixing to Both Direct and Indirect Purchasers*, disponibile online alla pagina web http://csgb.ubc.ca/working_papers.html, 2007; HELLWIG, M., *Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist's Perspective*, disponibile online alla pagina web http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2006_22online.pdf, 2006; F. VERBOVEN,

nel calcolare tali danni e i rischi di macroscopici errori decisionali possano oggi sicuramente considerarsi inferiori ai vantaggi derivanti dalla possibilità di raggiungere un adeguato e ottimale livello di deterrenza degli illeciti in esame.

In effetti ritornando alla tesi secondo la quale sarebbe preferibile attribuire la legittimazione attiva unicamente agli acquirenti diretti, le giustificazioni addotte non sembrano convincenti. Già in passato si faceva notare come l'elemento decisivo per assegnare il diritto al risarcimento danni non potesse essere unicamente la presunta vicinanza all'autore della violazione. Seguendo fino in fondo questa tesi, si diceva, ci si ritroverebbe allora ad assegnare il diritto unicamente al collaboratore dell'impresa partecipante al cartello anticompetitivo, pur essendo ovvio che esso non avrà alcun incentivo ad ottenere un pur cospicuo risarcimento del danno, in quanto ciò determinerebbe inevitabilmente un'interruzione del suo rapporto con la società²¹⁴. Bisogna dunque individuare il soggetto con i più alti più incentivi ad agire.

Oggi a distanza di più di un lustro dai *leading cases* statunitensi, queste ultime osservazioni sembrano aver colto nel segno. Non solo infatti mancano indagini empiriche atte a confermare l'assunto della superiorità di *Illinois Brick* sul piano della deterrenza, ma è stato anche chiaramente dimostrato come spesso i compratori diretti, laddove abbiano avuto la possibilità, non hanno agito in giudizio per ottenere il risarcimento danni. All'indomani della sentenza sul "caso Microsoft" e sebbene si trattasse di un procedimento avente ad oggetto un abuso di posizione dominante, ci si sarebbe aspettati una serie di azioni di seguito da parte dei soggetti acquirenti diretti dei software Windows²¹⁵. Al contrario la maggior parte di questi grossi acquirenti non ha agito in giudizio o per la presenza di un accordo tacito tra la Microsoft e le case produttrici degli elaboratori elettronici (c.d. *Illinois Walls*), o per il timore di possibili ritorsioni economiche²¹⁶. Ciò dimostra come la maggiore *vicinitas* alla violazione non possa portare da sola a determinare a quale dei soggetti sia più efficiente concedere la legittimazione attiva. Quanto poi ai numerosi studi che hanno evidenziato quante volte siano stati proprio i compratori diretti ad agire in giudizio, è bene precisare come tali dati non possono affatto essere di aiuto, a meno che non si conosca anche il numero di cause che in ragione della regola sancita in *Hanover Shoe* e *Illinois Brick* non sono state instaurate²¹⁷.

Si aggiunge che nel caso in cui si abbia a che fare con azioni di seguito, i compratori diretti così come quelli indiretti avranno entrambi un cospicuo numero di informazioni su cui fare affidamento. L'evidenza della anticompetitività di una determinata condotta risulterà infatti dalla pubblicazione della decisione, così che la distinzione circa la presunta *vicinitas* alla violazione perde ulteriormente rilevanza. Si deve poi rilevare come oggi i compratori indiretti europei potrebbero

T. VAN DIJK, *Cartel damages claims and the passing-on defense*, disponibile alla pagina web SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1024469>, 2007.

²¹⁴ Si veda sul punto M.P. SCHINKEL, J. TUINSTRAS, J. RUGGENBERG, *Illinois walls*, Jel codes: D4, L1, L4, disponibile alla pagina web http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=387743, 2003.

²¹⁵ Si veda sul punto W. H. PAGE, *Class certification in the Microsoft indirect purchaser litigation*, 1 J. Competition L. & Econ, 303, 2005.

²¹⁶ Si veda sul punto M. P. SCHINKEL, ET. AL., *sup. cit.*

²¹⁷ Si veda H. LANDE, J. P. DAVIS, *sup. cit.*

fare affidamento su una grande quantità di dati ed informazioni che provengono dai procedimenti statunitensi e dai relativi articoli di commento. E' da immaginare infatti che la maggior parte dei cartelli scoperti e sanzionati nell'ordinamento statunitense abbia i propri omologhi anche a livello europeo. Ciò comporta che i compratori indiretti europei, assumendo l'esistenza di efficienti strumenti processuali (azioni di gruppo etc.), non dovranno sopportare costi eccessivi per addivenirne alla scoperta.

Una volta giustificata la legittimazione attiva dei compratori indiretti anche su un piano di politica del diritto, è evidente che negare l'uso difensivo del *passing-on* non sarebbe in linea con il principio di giustizia correttiva. Il risultato di una tale opzione potrebbe portare a un ingiustificato ed eccessivo livello di deterrenza nei confronti degli autori delle condotte illecite.

5.1.4. Il rischio di una possibile duplicazione di risarcimenti. Possibili correttivi.

L'ampliamento della cerchia dei soggetti legittimati attivi e la contestuale necessità che ad esso si accompagni una corretta ripartizione dell'ammontare da risarcire, determinerà che schiere di avvocati si troveranno a lavorare su identiche questioni di diritto e di fatto, ognuno nel relativo Stato Membro, con i relativi problemi che questo può comportare sulla certezza del diritto, sulla duplicazione dei costi per il convenuto chiamato a difendersi in una molteplicità di giurisdizioni, nonché sull'aumento della probabilità di errori decisionali e giudicati contrastanti.

Da questo punto di vista, la risposta al pericolo che l'autore dell'illecito sia costretto ad un risarcimento maggiore di quello che un ottimale livello di deterrenza imporrebbe non può consistere nella semplice messa al bando di una serie di potenziali attori.

Ciò sarebbe evidentemente contrario alla funzione di compensazione propria delle azioni di risarcimento danni nella maggior parte degli ordinamenti giuridici europei, la quale implica che ogni individuo che dimostri di aver subito un pregiudizio dalla condotta altrui, debba poter essere messo nella condizione di agire per il risarcimento del danno.

In assenza di indagini empiriche atte a dimostrare la superiorità delle regole sancite in *Hanover Shoe* e *Illinois Brick*, il rischio di una duplicazione dei risarcimenti non può che essere alleviato per altra via.

Ad esempio, con l'entrata in vigore del Reg. (CE) n. 864/2007, i problemi attuali di certezza del diritto potrebbero ridursi, in quanto si impone in materia di azioni anticompetitive l'applicazione a livello comunitario della *lex loci damni*, seppure con le rilevanti eccezioni stabilite dall'articolo 6.3. (b). In sostanza anche nel quadro predisposto dal Regolamento resta la possibilità che un aumento dei soggetti legittimati ad agire alimenti il rischio di duplicazione dei risarcimenti. In effetti il Regolamento dopo aver chiarito che: a) la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da una restrizione della concorrenza è quella del paese sul cui mercato la restrizione ha o potrebbe avere effetto; stabilisce che: ” b) qualora la restrizione abbia o possa avere effetto sul mercato di più di un paese, chi promuove un'azione di risarcimento danni dinanzi al giudice del domicilio del convenuto può invece scegliere di fondare le sue pretese sulla

legge del giudice adito, purché il mercato in tale Stato membro sia tra quelli direttamente e sostanzialmente interessati dalla restrizione della concorrenza da cui deriva l'obbligazione extracontrattuale su cui si basa la pretesa; se l'attore agisce nei confronti di più di un convenuto dinanzi a detto giudice conformemente alle norme applicabili in materia di competenza giurisdizionale, può scegliere di fondare la sua pretesa esclusivamente sulla legge di tale giudice qualora la restrizione della concorrenza su cui si basa la pretesa contro ciascuno di detti convenuti interessi direttamente e sostanzialmente anche il mercato dello Stato membro di tale giudice.

Occorrono dunque dei meccanismi di coordinazione tra i vari giudici dei singoli ordinamenti nazionali, in grado di permettere che procedimenti separati, riguardanti medesime questioni di fatto e di diritto, possano più facilmente essere riuniti.

Alcuni meccanismi del genere esistono a livello dei singoli Stati membri. Ad esempio, una recente legge tedesca prevede per alcune tipologie di illeciti finanziari una sorta di azione pilota, chiamata la *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG)²¹⁸. Essa prevede la competenza della Corte d'appello e l'effetto vincolante del provvedimento sulle parti del giudizio di primo grado (almeno dieci) che hanno presentato l'istanza per la decisione pilota e per ciò che qui interessa, la sospensione automatica di tutte le altre cause individuali, malgrado la decisione non abbia effetto vincolante nei confronti delle parti. Ciò permetterebbe una quantificazione del danno unitaria per tutti i soggetti coinvolti dall'intesa anticompetitiva, con un notevole risparmio in termini di costi dei singoli procedimenti giudiziari, ed una parallela diminuzione dei rischi derivanti da errori decisionali e dal formarsi di giudicati contrastanti.

Un'altra esperienza in grado di fornire alcuni validi spunti di riflessione è quella statunitense. Negli Stati Uniti è infatti possibile che differenti procedimenti riguardanti le medesime questioni di diritto e di fatto, ma instaurate presso tribunali diversi, vengano riuniti (c.d. *Multidistrict litigation*)²¹⁹. Questo è possibile già durante la fase pre-dibattimentale, attraverso l'opera del *Judicial Panel on Multidistrict Litigation*, il quale serve per dirimere questioni comuni alle diverse azioni, quali l'ottenimento della certificazione da parte della classe di rappresentati, la raccolta delle prove etc²²⁰. Il *Panel*, composto da magistrati, ha il potere di ordinare, su istanza di parte o del giudice di merito oppure d'ufficio, la riunione (*consolidation*) di tutte le azioni connesse per l'identità delle questioni di fatto, presso un'unica corte federale. La *consolidation* è però limitata alla fase pre-processuale (*pretrial*), attraverso la formazione di un unico collegio di difesa

²¹⁸ Questa legge è entrata in vigore nel novembre 2005 a seguito di uno scandalo finanziario che coinvolse Deutsche Telekom, portando più di quindicimila azionisti a convenirla in giudizio. La procedura è piuttosto complicata. Cfr. al riguardo H. MERKT, *Managing Investor Mass Claims in Germany: Group Litigation under the new Investor-Sample-Proceeding-Law (KapMuG)*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, p. 627 e ss.

²¹⁹ Si veda Multidistrict Litigation Rule 7.4 (c): "after two or more cases have been multidistricted, plaintiffs may continue to file similar actions that should be joined in the M.D.L. proceeding. When any party notifies the Judicial Panel of such "tag-along" cases, they are almost automatically transferred to the M.D.L. venue under Multidistrict Litigation Rule 7.4, although an opportunity is provided for the party filing the tag-along action to object.

²²⁰ Si veda 28 U.S.C. § 1407.

(*steering committee*) e la nomina di un unico delegato a rappresentarlo (*lead counsel*): al termine dell'istruttoria ciascuna azione consolidata (che può anche essere una *class actions*) è assoggettata al rinvio (*remand*) alla corte originariamente adita. In sostanza, quando i casi sono pronti per affrontare il processo vero e proprio, questi vengono rimandati indietro alle Corti dove i procedimenti erano stati inizialmente instaurati²²¹.

La *U.S. Multidistrict Litigation* potrebbe allora essere un altro esempio da seguire anche solo per ciò che concerne la fase di quantificazione ed allocazione del danno tra i vari attori. Rispetto al precedente modello, questa formula permetterebbe una procedura più leggera e quindi meno in contrasto con le attuali disposizioni normative dei singoli Stati membri dell'UE.

Esistono poi altre soluzioni. E' interessante ad esempio notare come negli stessi Stati Uniti d'America sia stato anche proposto che il Giudice, chiamato a decidere sulla prima controversia di una possibile serie, possa stimare l'ammontare complessivo del pregiudizio causato ed ordini successivamente al convenuto che la somma complessiva venga assicurata su un conto fruttifero vincolato²²². Ciò indipendentemente dalla richiesta dell'attore. La somma dovrebbe dunque essere messa a disposizione degli altri attori che nei successivi processi seriali riusciranno a dimostrare di aver subito un pregiudizio. Ovviamente ciò nei limiti in cui il diritto al risarcimento danni non sia prescritto, nel qual caso la somma verrebbe automaticamente restituita al convenuto. Sebbene l'eventualità sopra descritta sia allo stato difficilmente configurabile in sistemi processuali dove vige essenzialmente il principio dispositivo, la soluzione proposta serve a far riflettere su come questi problemi siano stati fortemente avvertiti non solo dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza d'oltreoceano.

E' immaginabile poi un ultimo meccanismo che, se adeguatamente sviluppato, potrebbe essere più facilmente implementabile all'interno del nostro e di altri ordinamenti giuridici comunitari. Si rifletta sul fatto che all'interno del *Discussion Paper* sull'applicazione dell'art. 82 alle pratiche escludenti, quello che la Commissione si propone di svolgere è la stima degli effetti di una determinata pratica escludente sul mercato non solo nel breve periodo, ma anche nel medio-lungo periodo. L'analisi condotta dalla Commissione che dovrebbe dunque portare al calcolo complessivo del pregiudizio derivante da tali pratiche, potrebbe essere sicuramente estesa anche alle condotte anticompetitive oggetto del presente studio. Il calcolo servirebbe da guida per i giudici nazionali chiamati a giudicare sull'ammontare delle singole richieste di risarcimento nelle azioni di seguito. Per quanto invece concerne le azioni indipendenti, il rischio di una duplicazione del risarcimento potrebbe essere ottenuto attraverso un potenziamento dell'organico delle autorità amministrative. Si tratterebbe dunque di dare maggior

²²¹ Cfr. *Lexecon, Inc. v. Milberg Weiss Bershad Hynes & Lerach*, 523 U.S. 26 (1998). Cfr. *Lexecon, Inc. v. Milberg Weiss Bershad Hynes & Lerach*, 523 U.S. 26 (1998). In merito alla possibile interrelazione tra il nuovo "Class Action Fairness Act" e la decisione della Suprema Corte in *Lexecon* si rimanda al report ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Civil Remedies-Indirect Purchaser Discussion Memorandum*, disponibile alla pagina web http://www.amc.gov/pdf/meetings/CivRem-IndP_DiscMemo060504-fin.pdf, 2006.

²²² Si veda la decisione della Corte in *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery*, 392, US 481, 1968.

risalto all'attività di *amicus curiae*, di cui abbiamo già discusso, proprio nella fase della liquidazione del danno²²³.

Lo svolgimento di tali attività da parte di competenti organismi centralizzati permetterebbe ai vari giudici di ottenere una stima unitaria sulla base della quale orientarsi. Peraltro un'unica analisi da parte di un soggetto dotato della necessaria esperienza e competenza per svolgere tale incarico eviterebbe, in un'ottica di sistema, dispendiose consulenze tecniche d'ufficio e contribuirebbe ad abbassare i costi attesi dei procedimenti giudiziari, facilitando, in ultima analisi, l'accesso dei singoli individui alla giustizia.

5.1.5. Considerazioni finali.

Un cenno finale merita il problema delle altre categorie di soggetti giuridici che potrebbero avere sofferto un danno dall'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale. In passato, alcuni autorevoli commentatori avevano sostenuto che determinare chi in ultimo luogo si possa ritenere appartenente alla categoria dei danneggiati dagli illeciti antitrust fosse un problema analogo a quello di determinare in scienza delle finanze chi in ultima analisi sopporterà il costo dell'introduzione di una nuova tassa²²⁴. La teoria secondo la quale sarebbe stato possibile un indeterminabile effetto a cascata potrebbe servire a negare il ruolo che i soggetti privati possono svolgere nell'attuazione della normativa antitrust. Tuttavia, non solo nel campo delle intese orizzontali, ma più in generale in tutta la materia della responsabilità civile sia spesso difficile considerare l'incidenza ultima di un atto su altri accadimenti esterni²²⁵.

Si rifletta sul fatto che la violazione delle norme antitrust è in grado di diminuire sensibilmente il benessere collettivo, incidendo in maniera diretta sull'occupazione e sulla produttività del mercato rilevante e di quelli ad esso attigui. Ciò, in astratto, permette di includere nella categoria dei danneggiati dalla condotta anticompetitiva tutta una serie di soggetti giuridici, che potrebbero riuscire a dimostrare di aver subito un pregiudizio non trascurabile a causa dell'intesa anticompetitiva.

Si pensi alle seguenti categorie:

- a) i fornitori di beni e servizi ai partecipanti all'intesa potrebbero avere subito un danno derivante dalla restrizione della quantità richiesta in seguito al maggior prezzo imposto;
- b) i fornitori di beni e servizi ad imprese che vendono prodotti comunque legati a quelli oggetto dell'intesa anticompetitiva, potrebbero soffrire una riduzione delle quantità vendute come risultato del prezzo sopra-competitivo imposto dall'intesa;

²²³ Si è anche proposto di consolidare tutte le azioni di seguito riguardanti le medesime questioni di diritto e di fatto in un unico procedimento amministrativo mirante esclusivamente alla produzione di un *damages report*. M.P.SCHINKEL, J. RÜGGERBERG, *Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in line with Efficient Private Enforcement*, disponibile alla pagina web <http://ssrn.com/paper=903282>, 2006.

²²⁴ Si veda W. BREIT, K. G. ELZINGA, *Private antitrust enforcement: the new learning* in 28 *Journal of Law and Economics*, 1985, 405.

²²⁵ E' questa la tesi avanzata da K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *sup. cit.*, 495.

- c) coloro i quali avrebbero comprato i beni oggetto dell'accordo restrittivo ma che, in ragione del prezzo eccessivo, sono stati spinti a rinunciare all'acquisto o ad acquistare beni di minore qualità;
- d) coloro i quali assumano di essere estromessi dal mercato in ragione del cartello anticompetitivo;
- e) dipendenti che abbiano perso il posto in seguito alle restrizioni della produzione.

L'elenco di cui sopra non può essere ritenuta esaustivo ed il suo scopo è quello di far riflettere sulle rilevanti conseguenze economiche "a catena" che un'intesa anticompetitiva può comunque sempre comportare. A tale novero, solo per fare un ulteriore esempio, potrebbero aggiungersi gli azionisti delle società che hanno visto ridursi i profitti a causa dell'insistenza del cartello e così via.

Occorre dunque una scelta di compromesso fra le due esigenze. Di fronte al possibile allargamento dei soggetti che su queste basi potranno agire per il risarcimento danni, l'unica strada che sembra percorribile è quella che passa attraverso un processo, che autorevole dottrina ha definito di "razionalizzazione delle diverse situazioni bilaterali tipiche di ingiustizia"²²⁶. Questo si potrebbe anche definire come il processo di identificazione di un criterio selettivo che tenga luogo di quello insito nella natura della posizione lesa al fine di giustificare un giudizio di prevalenza dell'interesse vulnerato nei confronti della pretesa libertà dell'agire altrui²²⁷.

E' interessante notare come la stessa U.S. *Supreme Court* abbia cercato di risolvere il problema delle diverse categorie di soggetti giuridici, potenzialmente legittimati attivamente, orientandosi verso una razionalizzazione delle posizioni bilaterali tipiche di ingiustizia. Quello che si è tentato di fare è stata la ricostruzione di una c.d. zona di interesse²²⁸: tutte le categorie incluse in questa zona di interesse sarebbero state legittimate in astratto a richiedere il risarcimento dei danni indipendentemente dalle difficoltà insite nel calcolo della quota parte di pregiudizio subito.

Nell'ottica di una possibile razionalizzazione delle diverse posizioni bilaterali di ingiustizia, ed al fine di potere soddisfare a pieno il principio di giustizia correttiva, si concorda nel ritenere che la legittimazione attiva debba essere concessa, anche se con molta cautela, a coloro i quali asseriscono di avere voluto comperare i beni affetti dall'intesa, ma che, in ragione del prezzo eccessivo, sono stati spinti a rinunciare all'acquisto o ad acquistare beni di minore qualità; analogamente, un parametro di valutazione veramente restrittivo dovrà essere usato nei confronti di quegli attori che assumeranno di essere stati estromessi dal

²²⁶ Così M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e Responsabilità* n. 3/2005, 240.

²²⁷ Così D. MESSINETTI, *Danno Giuridico*, in *Enc. Diritto*, I, 483, Milano 1997.

²²⁸ Già nel 1970 la US *Supreme Court* tentò di definire una c.d. "target area" e la relativa "zone of interest" per delimitare le categorie dei possibili legittimati attivi in caso di violazioni della normativa antitrust. Si veda *Jeffrey v. Southwestern Bell*, 518 F.2d 1129, 1131 (5th Cir. 1975) ("target area"); *Islamic Trade Corp. v. Exxon Corp.*, 632 F.2d 539, 546 (5th Cir. 1980) ("target area"); *Malamud v. Sinclair Oil Corp.*, 521 F.2d 1142, 1152 (6th Cir. 1975) ("zone of interests").

mercato in ragione del prezzo elevato dei prodotti interessati dall'intesa²²⁹. Si è sostenuto che in tutti questi casi gli attori dovranno addurre prove inconfutabili in merito al fatto che durante la fase pre-contrattuale con alcuni dei partecipanti all'intesa la trattativa sia fallita a causa del prezzo eccessivo, nonostante la loro manifestazione di volontà di acquistare i prodotti in questione²³⁰. Dovrebbero infine collocarsi fuori dalla traiettoria offensiva dell'illecito e pertanto da considerarsi infondate le pretese risarcitorie di eventuali terzi che intrattengono con la vittima dell'illecito rapporti economici e possono risentire del calo dei profitti e della minore disponibilità alla spesa del cliente²³¹.

Oggi, tale ragionamento, seppur coerente con i principi sottesi alla norme antitrust, non appare largamente condiviso e si deve registrare come il dibattito sia ancora drammaticamente aperto sul punto.

5.2. Le azioni di gruppo.

In presenza di un'intesa anticompetitiva, i consumatori diretti ed indiretti si trovano a pagare una maggiorazione sul prezzo dei prodotti a causa dell'accordo anti-competitivo. Laddove questi soggetti intendano agire in giudizio per il ristoro del pregiudizio subito, i vari processi potrebbero avere ad oggetto le medesime questioni di diritto e di fatto. Tuttavia il danno subito è spesso di lieve entità²³². Lo stesso può dirsi rispetto alle altre categorie di soggetti che, come precedentemente analizzato, potrebbero essere in astratto legittimati attivamente a richiedere il risarcimento del danno. Prese singolarmente, si potrebbe trattare di somme così esigue da azzerare gli incentivi di ciascuno ad agire in giudizio, in quanto il costo di ottenere il risarcimento potrebbe facilmente superare il risarcimento stesso.

Il problema è noto e comune ad altri settori dell'ordinamento giuridico. Se ad esempio una multinazionale commette una violazione in grado di recare pregiudizio a più di un milione di soggetti, il cui danno preso singolarmente ammonta a poche decine di euro, è ovvio che in assenza di effettivi meccanismi collettivi, nessuno di questi ultimi agirà in giudizio posto che anche solo il costo di inviare una comunicazione scritta potrebbe superare il pregiudizio sofferto. E' difficile dunque immaginare che ciascuna di queste vittime sia in grado di affrontare i costi legati alla consulenza di un avvocato. Se a ciò aggiungiamo la poca familiarità delle vittime nel comprendere l'illegalità di tali fattispecie e l'inerzia che in genere accompagna i soggetti passivi di tali violazioni, possiamo

²²⁹ Sul punto L. NIVARRA, *sup. cit.*, ha affermato come, seppure non sia prudente ricavare dalla direzione materiale della condotta regole univoche di rilevanza del danno, sia comunque necessario impiegare criteri di causalità il più possibile rigorosi.

²³⁰ Si veda W. H. PAGE, *sup. cit.*, 47 *Chicago Law Review*, 1980, 482.

²³¹ Si veda sul punto L. C. UBERTAZZI, *sup. cit.*, 2426.

²³² Negli Stati Uniti d'America le composizioni amichevoli di tali controversie ricevono l'appellativo ironico di "transazioni *coupon*". Per un esempio si veda il caso *Epson Ink Cartridge*, in Los Angeles County Superior Court, California; alcuni documenti inerenti tale causa giudiziaria sono disponibili alla pagina web <http://www.epsonsettlement.com/>. Il problema d'altronde è noto e comune ad altri settori dell'ordinamento giuridico.

agevolmente prendere atto della ineludibile necessità che venga predisposto un effettivo sistema di azione collettiva²³³.

Tutto ciò in maniera parzialmente differente da quanto dovrebbe accadere per le altre fattispecie antitrust, posto che di solito in questi casi non sussiste un problema di inerzia dei consumatori, in quanto generalmente i pregiudizi che le vittime possono subire sono maggiori (i.e. l'esclusione o la limitazione della possibilità di poter operare o competere in un determinato mercato), e con essi gli incentivi ad agire in giudizio. Non è un caso che, negli ultimi anni, in assenza di effettive azioni di gruppo, l'attuazione privatistica delle norme antitrust comunitarie abbia prevalentemente riguardato tali ultimi casi²³⁴.

In tale scenario, come è stato chiaramente affermato, le azioni di gruppo potranno dunque portare ad aumentare il tasso di deterrenza delle condotte anticompetitive in esame²³⁵ garantendo, grazie all'utilizzo di economie di scala²³⁶, il risparmio di notevoli quantità di risorse economiche sia per gli attori che per i convenuti²³⁷.

Per i primi i costi dei consulenti legali saranno generalmente suddivisi tra più parti, mentre i secondi eviteranno di doversi difendere in una molteplicità di sedi giudiziarie. Ciò ovviamente a patto che si prevedano rapidi meccanismi di estensione del risultato ottenuto in sede collettiva ai singoli danneggiati. A tale riguardo si deve notare come la necessità di una successiva azione individuale per ottenere la liquidazione del pregiudizio già accertato potrebbe rendere vani i benefici del rimedio collettivo. Emerge dunque la necessità di apprestare più rapidi meccanismi di liquidazione dei singoli danni, anche a scapito di una più esatta quantificazione del pregiudizio singolarmente subito. In più potrebbe

²³³ Non può essere sottaciuto il fatto che, secondo le rilevazioni contenute nell'EUROBAROMETER Special Report 252 'Consumer Protection in the Internal Market', European Commission, 2006, QB28.5, disponibile alla pagina web europa.eu.int/rapid/cgi/rapcgi.ksh, il 74% della popolazione dell'Unione Europea sarebbe disposto ad agire in giudizio se avesse la possibilità di un'azione congiunta insieme agli altri soggetti che hanno sopportato il loro stesso pregiudizio. Cfr. anche EUROBAROMETER, *European Union Citizens and Access to Justice*, October 2004. Disponibile online alla pagina web: http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/execsum_11-04_en.pdf.

²³⁴ Secondo lo studio di A. RENDA ET AL., *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, in corso di pubblicazione, 2008, p. 37 e ss., le cause intentate per violazioni dell'art. 81 CE, sub specie di intese verticali, hanno rappresentato nelle corti dei singoli Stati membri il 61% dei casi. Il restante 25% ha riguardato richieste risarcitorie per presunti atti abusivi di una posizione dominante, mentre solo il 14% ha riguardato richieste risarcitorie nei confronti dei partecipanti ad accordi di cartello.

²³⁵ Così B. L. HAY, D. ROSENBERG, *"Sweetheart" and "Blackmail" Settlements in Class Actions: Reality and Remedy*, 75 Notre Dame L. Rev., 1377, 2000 a p. 1380 ("The potential virtue of a class action is that it prevents the defendant from using the plaintiffs' numerosity against them. Once the plaintiffs' claims are aggregated and the task of representing them assigned to a single group of attorneys, the plaintiffs can exploit the same scale economies as the defendant when investing in the case.").

²³⁶ Si veda B. L. HAY, D. ROSENBERG, *sup. cit.*, at 1380 ("The policy at the very core of the class action mechanism is to overcome the problem that small recoveries do not provide the incentive for any individual to bring a solo action prosecuting his or her rights. A class action solves this problem by aggregating the relatively paltry potential recoveries into something worth someone's.

²³⁷ Si veda tra gli altri C. DIEMER, *The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, in 27(6) European Competition Law Review, 309, 2006.

ritenersi necessario orientarsi anche verso possibili forme di risarcimento indiretto al fine di controbilanciare fenomeni di inerzia delle singole vittime nella fase di accesso all'ottenimento dell'ammontare liquidato all'esito della causa.

Negli Stati Uniti d'America può accadere ad esempio che i danni accertati e liquidati, ma non ancora singolarmente distribuiti, vengano conferiti ad associazioni private affinché tali somme vengano utilizzate nell'interesse dei membri della classe (c.d. *cy press distribution*). Un'altra variante, molto diffusa oltre atlantico, consiste nel costringere gli autori degli illeciti a forzate e temporanee riduzioni dei prezzi di mercato dei prodotti oggetto dell'accordo di cartello²³⁸.

Quanto agli altri vantaggi derivanti in generale dall'utilizzo delle azioni di gruppo, questi sembrano essere stati ampiamente sottolineati anche dalla nostra dottrina²³⁹. Essi sono stati chiaramente individuati nella capacità di garantire un allineamento ai principi di giustizia correttiva. Ciò perché sebbene la determinazione dei danni sofferti dalle singole vittime avverrà attraverso parametri ragionevolmente approssimativi, il risultato complessivo è un innegabile miglioramento del livello di democrazia economica.

Ciò premesso, e sebbene questi effetti positivi siano da considerarsi connaturati in varia misura a tutti i modelli di azioni di gruppo esistenti, si deve sottolineare come tali vantaggi debbano essere calcolati al netto dei costi che si accompagnano, in misura maggiore o minore, a ciascuno dei differenti meccanismi.

In linea generale, si può in effetti sostenere come un aumento delle azioni di gruppo sia in linea di principio in grado di aumentare il tasso di litigiosità e quindi i costi di amministrazione della giustizia²⁴⁰. Esistono inoltre dei problemi di non

²³⁸ Tale forma di risarcimento indiretto venne adottata negli Stati Uniti d'America nel noto caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974). Per una critica in merito a tale metodo di risarcimento del danno si rimanda all'opera di S.R. SHEPERD, *Comment, Damage Distribution in Class Actions: The Cy Pres Remedy*, 39 U. Chi. L. Rev. 448, 1972.

²³⁹ Sulle *class actions* la letteratura è sterminata. Si segnala ex multis A. GIUSSANI, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996. Si vedano sin da ora P. CARBONE, *Controllo del mercato o tutela del risparmiatore*, in *Il corriere giuridico*, 1990. G. PONZANELLI, *Class action, tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*, (nota a ord. Corte Distrettuale federale, distretto orientale della Louisiana 17 febbraio 1995 (USA)), in *Il foro italiano*, IV, pagg. 305-310, 1995. A. PALMIERI, *Inibitoria di clausole vessatorie: giusti motivi di urgenza in cerca d'identità*, in *Il foro italiano*, I, pagg. 2292-2296, 1997. G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Il corriere giuridico*, pagg. 997-1000, 1998. R. COLAGRANDE, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Le nuove leggi civili commentate* (L. 30 luglio 1998, n. 281), pagg. 700-741, 1998. M. SCUFFI, *Azione collettiva in difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali*, in *Il diritto industriale*, pagg. 151-155, 1999. A. MASUCCI, *Le sfide di inizio millennio. Processi di massa e decisione-modello*, relazione al convegno organizzato dalla Corte dei Conti, sezione giurisdizionale regionale per la Basilicata sul tema "la corte dei Conti verso il terzo millennio", Maratea, 23-24 aprile 1999, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2000, pagg. 374-376. Per una descrizione dell'evoluzione del dibattito in merito all'utilizzabilità nel nostro ordinamento di tali strumenti si rimanda a P. FAVA, *Class action all'italiana: "Paesi che vai, usanza che trovi" (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e n. 3839)*, in *il Corriere giuridico*, n. 3, 2004.

²⁴⁰ Tra gli altri A. DI MAJO, *sup. cit.*, 786, parla di un evidente rischio di intasamento della macchina della giustizia.

secondaria importanza per ciascuno dei modelli elaborati²⁴¹. Uno di essi consiste nella possibilità che si costituiscano forti centri di potere auto-referenziali all'interno della stessa classe dei rappresentati, che porterebbero alla sostanziale inefficacia dell'istituto per gli scopi prefissi. In buona sostanza oltre agli svantaggi generali che si accompagnano all'assegnazione ai privati di autonomi strumenti rimediali, e che abbiamo esaminato precedentemente, l'introduzione delle azioni di classe potrebbe permettere ad alcuni soggetti di approfittare della dispersione dei soggetti rappresentati; i rappresentanti della classe potrebbero divergere dagli interessi dei danneggiati ed in ultima analisi perseguire degli interessi propri, anche in contrasto con gli scopi per cui l'istituzione del meccanismo di tutela collettivo è stato legittimato e la classe di rappresentati si è costituita (c.d. *principal-agent problem*). Il problema è ovviamente comune a tutte le relazioni avvocato-cliente, ma esso tende ad acuirsi all'aumentare del numero dei soggetti rappresentati dall'Avvocato e al diminuire dell'entità del risarcimento che spetterà ad ognuno di essi all'esito della causa.

Prima di passare ad analizzare le differenze dei vari modelli esistenti dal punto di vista degli aspetti appena accennati è però opportuno premettere che chi ha sottolineato tali problematiche ha forse troppo spesso sottovalutato da una parte i rischi che in assenza di tali strumenti il nostro sistema economico potrebbe correre e dall'altra ha forse sottovalutato la possibilità che adeguati correttivi possano minimizzarne i costi. Si pensi, solo per fare un esempio, al fatto che un patto di quota lite è spesso in grado di allineare gli incentivi degli avvocati e dei loro clienti al fine di ottenere il miglior esito possibile per la controversia²⁴². Ed in effetti, oggi, anche all'interno degli ordinamenti giuridici europei, tradizionalmente più restii all'utilizzo di tale meccanismo processuale, si vanno sempre più diffondendo differenti forme di azioni di gruppo²⁴³.

E' poi necessario soffermarsi su un ulteriore aspetto. Al fine di mitigare comunque il problema di transazioni inefficienti, si è anche proposto di istituire un'asta pubblica allo scopo di assegnare il compito di rappresentante della *class-action*²⁴⁴. Ora tale eventualità è chiaramente possibile in un sistema di attuazione

²⁴¹ Contro l'impiego del rimedio risarcitorio per le difficoltà ad operare in questo settore si era espresso A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, in AA. VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976, p. 282.

²⁴² Con l'articolo 2 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, è stato abolito il divieto del patto di quota lite. Più precisamente sono state abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono, con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali, il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti. Le disposizioni deontologiche e pattizie e i codici di autodisciplina che contengono tale divieto devono essere adeguate entro il 1° gennaio 2007; in caso di mancato adeguamento, a partire da tale data esse sono nulle. Sulla possibilità che un patto di quota lite sia in grado di alleviare il problema di asimmetrie informative tra avvocato e cliente si veda il contributo di D.L. RUBINFELD, S. SCOTCHMER, *Contingent fees for attorneys; an economic analysis*, 24 *RAND Journal of Economics*, 343, 1993.

²⁴³ Si fa riferimento alle modifiche introdotte recentemente negli ordinamenti giuridici di Svezia, ed Olanda (cfr. infra), senza tralasciare ovviamente anche il Regno Unito d'Inghilterra dove, ad esempio, una *class action* può essere iniziata dopo che un'intesa sia stata sanzionata dall'Office of Fair Trading o dalla Commissione Europea. Si veda la sezione 47B dell'UK Competition Act del 1998, come modificato dalla sezione 19 dell'Enterprise Act del 2002.

²⁴⁴ E' questo il modello di tutela predisposto da D. ROSENBERG, J. P. SULLIVAN, *sup. cit.*, p.20.

della normativa antitrust improntato sul doppio binario impuro di tutela. In effetti è ovvia la constatazione che un sistema d'asta potrebbe esistere solo laddove *ex ante* sia ben chiaro il ventaglio delle fattispecie anticompetitive e delle situazioni giuridiche soggettive da tutelare. Al contrario in un sistema che favorisce la sovrapposizione dell'attuazione privatistica e pubblicistica della normativa anticoncorrenziale, tali meccanismi d'asta perdono il loro significato. Peraltro non è secondario rilevare come anche questa soluzione presenti i suoi inconvenienti: il risultato più probabile potrebbe essere che l'Avvocato con la richiesta di parcella più bassa si aggiudichi l'asta. E' immaginabile che la qualità del servizio offerto dall'avvocato diventi quindi sistematicamente più bassa, andando a scapito delle pretese risarcitorie dei singoli individui²⁴⁵.

5.2.1. I vari modelli di azioni di gruppo.

Oggi si registra una molteplicità di modelli di azioni di gruppo. E' necessario dunque tentare una sintetica suddivisione per macrocategorie, in base alle diverse varianti proposte da ogni singolo ordinamento giuridico²⁴⁶.

In linea veramente generale le azioni di gruppo si possono suddividere in tre macro-categorie, in base alle caratteristiche del soggetto rappresentante i membri della classe. La prima è costituita dalle azioni di classe (c.d. "class actions") ovvero quelle che vengono instaurate da qualsiasi singolo individuo nell'interesse anche di una pluralità di soggetti (la classe) che si trovano in una comune situazione giuridica in cerca di tutela giurisdizionale²⁴⁷.

La seconda categoria è costituita dalle azioni rappresentative, ovvero quelle instaurate da associazioni nate e affermatesi come "centri di imputazione" di interessi che fanno capo ad una collettività determinata di individui (c.d. azioni collettive²⁴⁸). All'interno di tale categoria possono farsi rientrare anche quelle

²⁴⁵ Sul punto la letteratura è sconfinata. Tra gli altri, si veda M. G. FAURE, *Regulation of attorneys in Belgium*, in *Regulation of Profession*, Maklu, 1993, 103.

²⁴⁶ Per una precisa elencazione e descrizione dei vari modelli si rimanda a tra gli altri A. GIUSSANI, *sup. cit.*; Cfr. anche CAMERA DEI DEPUTATI, *La tutela degli interessi collettivi*, disponibile alla pagina web <http://legxv.camera.it/banchedatiKM/Documenti/Leg15/Dossier/Testi/MLC007.htm>, 2006.

²⁴⁷ Secondo P. FAVA, *sup. cit.*, nota 7, le *class actions* si distinguono dalle *public interest class actions*. Nelle prime, chi agisce in rappresentanza della classe deve essere titolare di un interesse ed una pretesa propria che sollevi questioni di fatto o di diritto comuni agli altri membri della classe. Nelle seconde, chiunque può agire a tutela di un interesse pubblico a prescindere dall'esistenza di un proprio interesse personale (della sua azione beneficiano gli altri membri della collettività); qui l'azione solo indirettamente ed eventualmente protegge l'interesse proprio (che può anche mancare). Questa differenza teorica non è sempre chiara e percepibile nella pratica. In molte controversie in materia ambientale, aventi ad oggetto diritti civili o consumeristiche, pur venendo in considerazione una classe o un gruppo, sono presenti questioni talmente rilevanti ed importanti da far percepire le problematiche in contestazione come di interesse pubblico. Non dovrebbero essere confuse con le *class actions* le azioni con cui, ad esempio, associazioni ambientali o di consumatori proteggono i propri interessi, né quelle in cui le stesse associazioni agiscono in virtù di un mandato da parte degli associati, né quelle esperite in virtù di una legittimazione (straordinaria *ex lege*) rappresentativa degli interessi della classe.

²⁴⁸ Così S. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori alla luce della legislazione vigente e dei progetti all'esame del Parlamento*, disponibile sul sito www.judicium.it, 2007.

azioni presentate da enti privati, quali associazioni e comitati, costituiti esclusivamente allo scopo di rappresentare in giudizio interessi collettivi²⁴⁹.

Esiste infine anche un terzo modello, molto diffuso nell'esperienza statunitense, dove è lo stesso Stato, o un suo organismo, che si fa carico di azionare la tutela per i suoi cittadini-consumatori, i cui interessi sono stati lesi dall'intesa anti-concorrenziale (c.d. *parens patriae actions*)²⁵⁰.

Per quanto riguarda le modalità di inclusione nella classe dei rappresentati, le azioni di gruppo possono essere su base volontaria o non. All'interno del primo modello, si distingue tra la modalità di inclusione di tipo *opt-in* o *opt-out*. In un sistema *opt-in*, le potenziali vittime devono espressamente manifestare la propria scelta di essere inclusi nella classe dei rappresentati. Di solito a questi soggetti viene data una comunicazione dell'esistenza di una classe, che può anche essere non personale, ma avvenire attraverso la pubblicazione di un avviso sulla stampa o su giornali in internet²⁵¹. Una volta effettuata tale comunicazione, inizia a decorrere un periodo di tempo a partire dal quale il soggetto cui la comunicazione è indirizzata può decidere o meno di essere incluso nella classe. Al contrario delle azioni di gruppo *opt-in*, dove per entrare a far parte della classe è necessaria l'effettuazione di una scelta, nelle azioni *opt-out* nessuna scelta è richiesta: il soggetto si considera appartenente alla classe, a meno che egli non dichiari espressamente di volerne essere estromesso²⁵².

²⁴⁹ Si pensi ad esempio al sistema svedese dove si è registrato il noto "Skandia Case". Al fine di ottenere il ristoro del pregiudizio subito a causa del trasferimento illegale di fondi tra società appartenenti al Gruppo svedese Skandia, 15.000 clienti della società d'assicurazione Skandia Liv. sono diventati membri dell'Associazione Foreningen Grupptalan mot Skandia pagando un piccolo contributo associativo. I fondi raccolti sono stati utilizzati per finanziare in parte l'azione collettiva. Per maggiori informazioni si può consultare la pagina web dell'Associazione al seguente sito internet <http://www.grupptalan.com>.

²⁵⁰ La normativa federale (Section 4C del Clayton Act) prevede, accanto agli strumenti di carattere generale (*damages* e *injunctions*), uno specifico strumento di tutela azionabile dai Procuratori degli Stati federali, che possono esperire *class actions* risarcitorie finalizzate ad ottenere i *treble damages* (in qualità di *parens patriae*), per conto dei consumatori acquirenti diretti dei beni o dei servizi oggetto della pratica anticoncorrenziale. I consumatori inclusi nella classe sono vincolati al giudicato a meno che non abbiano esercitato la natura di pregiudizio sofferto rientri nella tipologia che la normativa antitrust vuol prevenire; 2) l'immediatezza del danno 3) che il pregiudizio non abbia natura speculativa 4) che non sussistano rischi di doppio risarcimento 5) che non vi siano difficoltà nella ripartizione del danno tra più soggetti lesi; ove l'azione sia meramente tesa ad ottenere un *injunctive relief*, non è richiesta la prova delle circostanze sub 3, 4 e 5, non applicandosi le restrizioni relative alla *indirect purchaser doctrine* per l'assenza di rischi di doppio risarcimento.

²⁵¹ Da ciò deriva che i singoli ordini professionali dovranno rivedere le norme che impediscono ai loro membri di contattare attraverso messaggi pubblicitari i propri clienti.

²⁵² La US Rule 23 delle Federal Rules of Civil Procedure rappresenta un esempio di tale modello. Si riporta di seguito un estratto dell'articolo di P. FAVA, *sup. cit.*, in Corriere Giuridico, 3/2004, p. 399, il quale descrive e commenta la norma nella seguente maniera: "si stabilisce che uno o più membri di una classe possono citare (classe di attori) o essere citati (classe di convenuti) in giudizio, come parti rappresentative di tutti gli altri, solo se sussistono tutti i prerequisiti indicati sub a) (*numerosity, commonality, typicality, fairness and adequacy*) unitamente ad almeno uno dei requisiti di cui alle tre lettere sub b). Pertanto, mentre quelli sub a) devono sussistere cumulativamente e sempre, quelli sub b) sono alternativi e da essi dipende la tipologia di *class actions* attivata che è rilevante, in particolare, per la diversa disciplina della *notice* e dell'*opt-out*. La procedibilità in forma aggregata di pretese seriali azionate da attori rappresentativi è consentita

Quanto al modello delle azioni di gruppo costituibili anche su base non volontaria (c.d. *mandatory class actions*) il procedimento può essere iniziato senza che ai rappresentati sia data, attraverso la comunicazione dell'informativa, la possibilità di essere estromessi dalla classe.

Per quanto invece concerne la tempistica di queste scelte, si distingue tra "classi fluide" e non. Appartengono alla prima categoria le classi costruite in modo che la loro composizione soggettiva possa mutare nel corso o anche dopo il giudizio, attraverso termini cronologicamente aperti: il periodo di appartenenza alla classe non si chiude con la fase di certificazione ma si estende ad una fase successiva del giudizio.

Si può poi tentare una classificazione in base ad alcuni elementi caratterizzanti sia la fase di certificazione della classe, che la fase successiva. In particolare sono da segnalare ordinamenti giuridici contenenti previsioni volte a facilitare ulteriormente il ricorso a tali meccanismi. Nel primo modello (c.d. *plaintiff-friendly*), soddisfatti alcuni requisiti-base stabiliti dalla legge²⁵³, ciascun titolare della pretesa comune ha diritto di instaurare un *representative group proceeding*, mentre incombe sul convenuto l'onere di provare che la *class action* sia frivola o oppressiva e che l'azione non è il modo più efficiente per tutelare gli interessi dei rappresentati. In generale tale modello di azioni collettive prevede anche la possibilità per il giudice di includere nella classe anche quegli individui i cui interessi sono emersi in un momento successivo all'apertura del procedimento, modificando *ex officio* la cerchia dei soggetti rappresentati, anche se questi ultimi potranno pur sempre esercitare il diritto di fuoriuscita (c.d. diritto di *opt-out*). Di solito a queste forme di azioni di gruppo si accompagnano specifiche disposizioni normative che garantiscono ai membri della classe di non dovere sopportare le spese legali, anche nel caso in cui l'azione risarcitoria di classe abbia un esito infruttuoso.

solo attraverso un provvedimento del giudice (*order*), la c.d. *certification*, avente natura di autorizzazione a procedere in forma rappresentativa, che deve tendenzialmente adottarsi *in limine litis*. In presenza di tutti i requisiti di cui alla lettera a), il giudice rilascerà la certificazione della classe e ne determinerà la tipologia in presenza delle circostanze indicate ai tre numeri della lettera b), tra cui sussiste un rapporto di alternatività, nel senso che basta la riconducibilità ad una delle tre categorie per ottenere un provvedimento positivo del giudice mentre, problemi in tema di regime di *notice* ed *opt-out*, sorgono in contestuale presenza degli elementi della classe b3) con quelli delle classi b1) e b2). Una *class action* è certificabile come b1) quando l'attivazione di giudizi separati da parte o contro membri della classe possa creare un rischio di: (A) giudicati individuali contrastanti che impongano alla controparte della classe regole di condotta incompatibili tra loro, oppure, (B) i giudicati individuali potrebbero essere, di fatto, dispositivi delle pretese degli altri membri oppure pregiudicare o impedire le capacità di tutelare i propri interessi. Sono state categorizzate come b1) numerose *class actions* a tutela di *civil rights* nonché pretese collettive, pur se di natura risarcitoria e quindi inquadrabili sub b3), la cui realizzazione avrebbe potuto comportare l'incapienza del patrimonio del convenuto con il rischio di impossibilità di soddisfacimento per tutti i danneggiati. La certificazione sub b2) è concessa in presenza di un'azione o un'omissione della controparte della classe che produca effetti negativi su tutti i membri della stessa. Si tratta di provvedimenti dichiarativi (*declaratory relief*) o ingiuntivi (*final injunctive relief*), di contenuto molto più ampio dei nostri provvedimenti inibitori. Hanno ricevuto la certificazione come b2) molte *class actions* in materia di discriminazioni contro lavoratori".

²⁵³ Questi sono la presenza di sette o più persone contro un medesimo convenuto che facciano valere pretese originate da stesse, simili o connesse circostanze di fatto e diano luogo a rilevanti questioni comuni di fatto o di diritto.

Quanto agli effetti che l'azione di gruppo è tesa ad ottenere, si segnalano due distinzioni. Da una parte vi sono le azioni tendenti ad ottenere esclusivamente il mero accertamento dell'illegittimità della condotta e la sua conseguente inibitoria²⁵⁴. Dall'altra vi sono le azioni tendenti a ottenere, oltre all'accertamento della violazione, anche una condanna al risarcimento dei danni nei confronti delle vittime. In linea generale, l'azione da parte di un organismo rappresentativo degli interessi collettivi è più semplice nel caso di interventi inibitori i quali, vietando una condotta, producono effetti *erga omnes*, e più complicata nel caso di azioni risarcitorie, in quanto queste ultime comportano la necessità di definire e soddisfare pretese individuali.

L'altra distinzione concerne gli effetti del giudicato e consiste nella possibilità o meno per i soggetti inclusi nella classe dei rappresentati di appellare autonomamente la sentenza o di iniziare autonomamente un altro procedimento giudiziario nei confronti dello stesso convenuto e degli altri corresponsabili nell'ambito di un diverso e successivo procedimento giudiziario. All'interno di tali due categorie esiste anche la possibilità che il riconoscimento dell'efficacia avvenga *secundum eventum* nei confronti dei soggetti rappresentati: il giudicato avrà efficacia vincolante a favore, ma non contro i singoli appartenenti alla classe che intendano agire in giudizio per la tutela delle loro situazioni giuridiche soggettive²⁵⁵.

5.2.2. Un'analisi economica dei modelli citati.

L'analisi che segue evidenzierà i costi ed i benefici dei principali modelli sopra citati. In particolare saranno analizzate le differenti modalità di inclusione nella classe da parte dei soggetti rappresentati e la possibilità che la legittimazione sia conferita, invece che a qualsiasi soggetto, esclusivamente a determinate associazioni precostituite o costituende ed esplicitamente riconosciute dallo Stato. Le altre varianti saranno tenute in considerazione come possibili meccanismi atti a minimizzare i costi dei principali modelli esaminati.

Ciò premesso, è opportuno sottolineare come in linea generale tutte le forme di azioni di gruppo sopra citate siano idonee ad innalzare l'effetto deterrente e quindi ad aumentare il livello di risarcimento del danno da corrispondere,

²⁵⁴ Si veda sul punto A. DONDI, *Funzione "remedial" delle "Injunctive class actions"*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1988, pagg. 245-256 L'azione, di cui questi c.d. enti esponenziali sono titolari esclusivi, tende ad ottenere la tutela giurisdizionale degli interessi comuni attraverso provvedimenti che accertino l'illegittimità di comportamenti dell'impresa convenuta pregiudizievole a quegli interessi ed eventualmente ne ordinino la cessazione. Nell'ordinamento giuridico comunitario la direttiva 98/27/CE ha imposto agli Stati membri di individuare enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (articolo 3): può trattarsi di qualsiasi organismo o organizzazione debitamente costituito secondo la legislazione di uno Stato membro, che abbia un legittimo interesse a far rispettare le disposizioni a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno. In particolare, la direttiva menziona la possibilità di designare organismi pubblici indipendenti specificamente preposti alla tutela dei consumatori oppure organizzazioni aventi lo scopo di tutelare gli interessi dei consumatori. La direttiva è stata attuata in tutti gli Stati membri.

²⁵⁵ In alternativa si potrebbe anche prevedere che, una volta ammessa l'azione, il risultato finale vincoli, a certe condizioni, tutti gli appartenenti alla classe sia che si tratti di una conciliazione, di una sentenza di puro accertamento o una sentenza di condanna.

rendendo quest'ultimo più in linea con i danni effettivamente causati. D'altra parte, e sempre in linea generale, è opportuno segnalare come l'introduzione di ognuno di questi meccanismi comporti dei costi connessi in vario modo all'intensificarsi dei *principal-agents problems*, il che può tradursi in un aumento esponenziale dei costi di amministrazione della giustizia e dei costi processuali per le parti.

5.2.3. Azioni di classe Opt-in.

Questo modello di azioni di classe permette di includere nelle azioni di gruppo e quindi anche nelle eventuali transazioni solo i soggetti che, dopo aver ricevuto l'informativa, espressamente abbiano manifestato il proprio consenso (c.d. "*opting in*").

Il fatto che il singolo soggetto giuridico per entrare a far parte della classe dei rappresentati debba manifestare espressamente una scelta in tal senso alimenta rispetto agli altri meccanismi il rischio di un fenomeno di inerzia da parte delle singole vittime, con il risultato che l'azione di classe avrà un minor effetto deterrente rispetto a quelle *opt-out* o *mandatory*, dove tale scelta non è richiesta²⁵⁶. Ciò nonostante la maggior parte della dottrina ritiene tale modello preferibile. Le ragioni sottostanti tale orientamento sono principalmente due.

Da una parte si tende a ritenere che la previsione di un meccanismo di *opt-in* sia maggiormente in linea con i principi costituzionali e quindi comporterebbe minori costi di armonizzazione. Di più il fatto che la causa sia intentata da soggetti ben identificati permetterebbe in linea teorica che il risarcimento eventualmente ottenuto sarà maggiormente in linea con i danni effettivamente sofferti. Tale meccanismo limiterebbe la possibilità che i rappresentanti della classe approfittino della dispersione dei suoi membri al fine di perseguire i propri interessi. E' evidente che i soggetti che hanno sopportato dei costi per essere ammessi nella classe saranno tendenzialmente più vigili rispetto a coloro che automaticamente possono entrare a farne parte, senza dover sopportare costi ulteriori²⁵⁷.

In effetti, visto che minore sarà il numero dei soggetti rappresentati rispetto ad un sistema di *opt-out*, la transazione potrebbe non essere più necessariamente la migliore soluzione per l'avvocato degli attori, che potrebbe ricevere da essa un compenso anche marginale. Con tale regola è dunque ipotizzabile che più casi arrivino ad una sentenza piuttosto che arrestarsi ad una transazione iniziale. Di conseguenza vi saranno anche meno *class-actions* speculative in quanto un avvocato, nel caso in cui possa ottenere il compenso solo vincendo la causa e non

²⁵⁶ Si rifletta sul fatto che l'associazione dei consumatori francesi denominata UFC QUE Choisir ha investito 500.000 Euro in un'azione di risarcimento danni contro gli operatori di telefonia mobile a causa della presunta insistenza fra essi di un accordo di cartello. Tuttavia solo 12.500 consumatori esercitarono il diritto di *opt-in* (rappresentanti lo 0,6% del totale). Cfr. il sito internet dell'associazione alla pagina web <http://www.quechoisir.org>.

²⁵⁷ D. R. HENSLER, *Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation*, in 11 Duke Journal of Comparative & International Law, 2001, 179. C. PONCIBÒ, *La controriforma delle Class-actions*, 2 Danno e Responsabilità, 2006, 124, pur riportando l'opinione comune circa l'iniquità dei *class-actions settlements* negli Stati Uniti d'America, cita degli studi empirici che tendono a ridimensionare tali allarmismi.

più attraverso il recondito auspicio di una transazione anticipata, difficilmente si imbarcherà in un processo dall'esito incerto.

Complessivamente l'aumento dell'effetto deterrente e dei costi di amministrazione della giustizia resta però controverso. Da un lato la necessità che i singoli soggetti debbano essere identificati costituisce un filtro per una serie di possibili azioni di classe. Si prenda l'esempio del cartello tra i produttori di birra. E' evidente che in questo caso non essendo possibile identificare le vittime, l'azione di classe non verrà mai instaurata. Questo potrebbe determinare un effetto distorsivo nel mercato in quanto si creerebbe un incentivo per le imprese a investire eccessivamente solo nei mercati all'interno dei quali i comportamenti anticompetitivi non vengono assoggettati ad azioni di risarcimento.

Inoltre, coloro i quali hanno sottolineato i maggiori benefici di un sistema *opt-in* rispetto a quello di *opt-out* non sembrano aver tenuto in dovuta considerazione che, nel caso delle violazioni prese in considerazione, i danni sofferti dalle vittime possano rivelarsi anche di piccola entità. Ciò è particolarmente vero se si considera che l'auspicato aumento dei soggetti potenzialmente legittimati attivi porterà ad un frazionamento del risarcimento complessivo tra le singole vittime. Con tale ulteriore frammentazione delle entità dei singoli risarcimenti, è molto probabile che questo strumento processuale non possa risultare particolarmente effettivo per il tipo di fattispecie che stiamo prendendo in considerazione: i costi connessi alla scelta di essere inclusi nella classe difficilmente supereranno i benefici connessi all'ottenimento di un esiguo risarcimento del danno (c.d. "transazioni coupon"). Essendo relativamente in pochi i soggetti che chiederanno esplicitamente di essere ammessi a far parte della classe, anche la strada del finanziamento di tali azioni da parte di soggetti terzi si rende difficilmente praticabile. In ragione degli elevati costi fissi che si dovrebbero sopportare è dubbio che in assenza di tali incentivi i privati possano da soli investire adeguate risorse nell'intentare tali cause. Ne consegue che, contrariamente a quanto sostenuto da molti, gran parte dei pregiudizi arrecati non verranno risarciti²⁵⁸.

Un tale sistema potrebbe funzionare correttamente solo in un contesto in cui la legittimazione attiva è concessa a specifiche associazioni eventualmente sovvenzionate non solo attraverso il contributo dei propri aderenti, ma anche attraverso il contributo statale.

E' poi necessaria un'ulteriore riflessione. Con le azioni di gruppo di tipo *opt-in*, benché gli incentivi per l'avvocato della classe ed il convenuto a raggiungere transazioni inefficienti per i membri della classe siano minori rispetto al modello *opt-out*, esiste comunque la possibilità che l'accordo collusivo avvenga sull'esito del processo stesso. Il livello di giustizia correttiva che sarà raggiunto dipenderà infine dalla circostanza se il risarcimento del danno verrà accordato dal giudice a

²⁵⁸ Esula dalla presente indagine, l'analisi circa i meccanismi di finanziamento che sono stati studiati per ovviare a tale problema. Per alcuni spunti si rimanda a A. RILEY, J. PEYSNER, *Damages in EC antitrust actions: who pays the piper?*, disponibile alla pagina web http://www.city.ac.uk/law/dps/Dept_dps/riley_papers/RileyPeysnerECAntitrustDamages.pdf (visitata in data 20 marzo 2007). E' interessante comunque notare come già all'epoca dello studio Ashurst, *sup.cit.*, ben 21 Stati Membri dell'Unione europea prevedessero la possibilità di finanziamento delle cause giudiziarie.

tutti i soggetti prendendo a riferimento una causa esemplare o se invece verrà richiesto un maggiore grado di specificazione.

Sembra evidente che una scelta in tale ultimo senso potrebbe comportare dei costi insormontabili non solo per i soggetti che dovranno dimostrare con esattezza l'ammontare dei danni subiti, ma anche per il sistema di amministrazione della giustizia in generale. Il che contribuisce a sconsigliare ulteriormente questa opzione.

Sempre in merito all'effettività di tale strumento processuale, dovrà verificarsi l'opportunità di rendere o meno vincolanti nei confronti dei membri della classe non solo l'esito del giudizio, ma anche i termini di un eventuale accordo transattivo, senza necessità che venga manifestata un'ulteriore volontà di adesione a tale accordo.

5.2.4. Azioni di classe opt-out.

Con le azioni di gruppo *opt-out*, gli individui cui è stata data comunicazione dell'esistenza dell'azione di classe entrano automaticamente a far parte del gruppo dei rappresentati a meno che non decidano esplicitamente di volerne essere estromessi²⁵⁹.

Il termine entro il quale la scelta di essere estromessi dalla classe può essere compiuta dovrebbe coincidere con il termine della fase iniziale di certificazione della classe. Tuttavia si potrebbe anche prevedere che la scelta di essere estromessi possa essere compiuta anche in una fase successiva²⁶⁰. Ciò permetterebbe di limitare i rischi di transazioni a unico vantaggio degli avvocati della classe. A tale riguardo è opportuno ricordare come per limitare tale pericolo sia stata proposta anche la possibilità che l'accordo transattivo possa divenire efficace solo nei confronti di quei soggetti che abbiano manifestato la propria volontà in tal senso. Tale sistema comporterebbe un doppio vantaggio in quanto da una parte non si disincentiverebbe l'instaurazione di azioni di classe e dall'altro lato eviterebbe che delle transazioni inefficienti vengano raggiunte. Si innalzerebbero così i costi sociali di azioni di gruppo meritorie, ma allo stesso tempo si eviterebbero i rischi connessi all'uso abusivo di tale strumento da parte degli avvocati²⁶¹.

Rispetto alle azioni *opt-in*, è evidente come le azioni *opt-out*, non prevedendo la necessità di una esplicita comunicazione del rappresentato, abbiano la capacità

²⁵⁹ Come riportato da P. FAVA, *sup. cit.*, 401, "l'avviso deve offrire informazioni in relazione ai tempi e alle modalità di esercizio del diritto di *opt-out*, indicando il termine entro cui far pervenire la loro dichiarazione di esclusione nonché la circostanza che, in mancanza, ogni pronuncia relativa alle pretese della classe sarà vincolante nei confronti dei membri assenti. La comunicazione deve, altresì, fare espresso riferimento alla possibilità, per i membri che non abbiano esercitato il diritto d'uscita, di comparire in giudizio (*appear*) tramite un difensore". Nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale statunitense, si è previsto l'invio di *notices* anche non individuali, ma idonee a raggiungere un campione casuale di componenti della classe abbastanza ampio da garantire che praticamente ogni tipo di eventuale dissenso abbia un'effettiva possibilità di essere manifestato.

²⁶⁰ Così come prevede la normativa federale statunitense. Cfr. Fed. R. Civ. P. 23(c)(2)(A), (e)(3).

²⁶¹ Cfr. J. BRONSTEEN, *Class-Action settlements-an opt-in proposal*, Univ. Illinois Law Rev., 903, 2005.

di aumentare le probabilità che una causa venga instaurata²⁶². In tale contesto, il soggetto che ha i requisiti per poter far parte della classe, avrà pochi incentivi a comunicare la sua volontà di esserne estromesso.

Quanto al possibile contrasto con l'idea di giustizia correttiva, esso può essere ritenuto trascurabile. In effetti, per le condotte in esame, anche nel caso in cui il singolo soggetto giuridico non riuscisse ad ottenere il ristoro del pregiudizio e fosse vincolato agli esiti negativi dell'azione (spese legali ed impossibilità di riproporre autonomamente l'azione), è estremamente difficile ipotizzare che egli avrebbe comunque agito autonomamente nella speranza di ottenere un miglior risultato.

Non sembra poi rilevante il problema delle spese legali, che in caso di esito negativo della causa i soggetti rappresentati saranno chiamati a sopportare: il fatto che in genere tali classi aggregano un maggior numero di vittime ne comporta l'esiguità. Di più, è opportuno rilevare come si vadano sempre più diffondendo nella prassi accordi tariffari e forme di finanziamento in grado di suddividere gli oneri della causa su una molteplicità di soggetti²⁶³.

Ne consegue che tali classi hanno la potenzialità non solo di far aumentare notevolmente l'effetto deterrente nei confronti delle condotte anticompetitive in esame, ma anche di far ottenere il risarcimento del danno a tutta una serie di vittime che, altrimenti, sarebbero rimaste sicuramente inerti²⁶⁴. D'altra parte, se è sicuramente vero che questo tipo di azione di gruppo potrebbe aumentare gli incentivi degli avvocati a divergere dagli interessi dei rappresentati, tale rischio è da considerarsi limitato ai casi in cui venga a mancare un effettivo controllo da parte di soggetti terzi²⁶⁵. Al fine dunque di mitigare il problema di transazioni inefficienti, sarà necessario non solo permettere patti di quota lite tra avvocato e cliente, in grado di allineare gli incentivi delle parti e dei loro difensori alla massimizzazione delle richieste risarcitorie, ma anche un controllo giudiziale idoneo a segnalare i casi in cui sia stato raggiunto un accordo che non soddisfa in pieno le esigenze della classe dei rappresentati. Negli Stati Uniti d'America con il

²⁶² Cfr. i dati empirici emergenti dallo studio di T. EISENBERG, G. P. MILLER, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues* 22, N.Y.U. Law & Econ. Research Paper No. 04-004, 2004, disponibile alla pagina web <http://papers.ssrn.com/abstract=528146>.

²⁶³ Cfr. lo studio ASHURST, *sup. cit.* secondo il quale ben 21 Stati Membri dell'Unione europea prevedessero la possibilità di finanziamento delle cause giudiziarie.

²⁶⁴ E' questa l'opinione della maggior parte della dottrina d'oltre atlantico. Cfr. J.C. COFFEE, *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice and Loyalty In Representative Litigation*, Columbia Law Review, Vol. 100, No. 2, pp. 370-439, 2000. Cfr. anche S. ISSACHAROFF, *Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Actions*, disponibile alla pagina web http://ssrn.com/abstract_id=306001, 2000, il quale si concentra prevalentemente sulle azioni in cui l'entità del risarcimento singolarmente richiesto è modesta.

²⁶⁵ Il problema delle transazioni inefficienti è stato da tempo evidenziato dalla dottrina statunitense. Si veda il contributo di J. C. COFFEE, *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions*, 86 COLUM. L. REV. 669, 714, 1986 ("Often, the plaintiff's attorneys and the defendants can settle on a basis that is adverse to the interests of the plaintiffs. At its worst, the settlement process may amount to a covert exchange of a cheap settlement for a high award of attorney's fees. Although courts have long recognized this danger and have developed some procedural safeguards intended to prevent collusive settlements, these reforms are far from adequate to the task.").

nuovo *Class Action Fairness Act*, (C.A.F.A.), gli accordi transattivi sono soggetti all'approvazione della Corte²⁶⁶. Inoltre i compensi professionali degli avvocati devono essere discrezionalmente approvati dalla Corte, anche dietro una specifica perizia, e liquidati in ragione dell'effettivo valore dei benefici riconosciuti ai membri della classe²⁶⁷.

Non bisogna però sottovalutare il rischio che il controllo possa restare puramente formale: il giudice potrebbe non avere interesse ad aumentare il suo carico di lavoro, a meno che egli non venga incentivato da un proporzionale aumento della sua retribuzione²⁶⁸. Il che comporta necessariamente un aumento dei costi di amministrazione della giustizia rispetto alle altre opzioni.

Sempre in merito alla possibilità di forzare il convenuto verso transazioni non proprio amichevoli, che potrebbero anche differire dagli interessi dei soggetti rappresentati, è opportuno segnalare come tale rischio accomuni tutte le azioni collettive di tale genere e non solo quelle tese ad ottenere risarcimenti in caso di violazioni della normativa antitrust. Secondo alcuni studi, quali ad esempio quelli condotti negli Stati Uniti nell'ambito del c.d. "Georgetown Study", la percentuale di transazioni effettuate per le *class actions* non dovrebbe differire sensibilmente da quelle dei normali procedimenti giudiziari²⁶⁹.

Quanto alla teoria secondo la quale l'introduzione di tale meccanismo legittimerebbe forme di ricatto legale, ovvero la possibilità che si instaurino *class-actions* di questo tipo con il solo scopo di forzare il convenuto ad una transazione, la tesi non sembra convincente. Gli autori delle violazioni sono soggetti razionali, in grado di comprendere perfettamente le conseguenze negative delle proprie condotte. Ciò vale specialmente per le fattispecie che stiamo prendendo in considerazione, le quali sono illeciti antitrust già socialmente tipizzati, che difficilmente potrebbero portare a cause dall'esito incerto. Per tali controversie non si dovrebbe porre neanche il problema che il convenuto sia costretto a svelare tutta una serie di informazioni confidenziali circa le proprie strategie commerciali. Ciò in quanto la maggior parte delle informazioni atte a fondare la causa potrebbe

²⁶⁶ L'esatto valore dell'accordo potrà essere determinato solamente quando i membri della classe utilizzeranno i tagliandi per ricevere i beni e/o i servizi in questione. La conseguenza potrà essere un minore interesse verso le transazioni che prevedono l'assegnazione dei tagliandi a fronte di un incremento degli accordi aventi ad oggetto delle somme di denaro. Per un commento più approfondito si rimanda a C. PONCIBÒ, *sup.cit.*, 127 e ss.

²⁶⁷ Feb. 18, 2005, Pub. L. No. 109-2, 119 Stat. 4. Tali disposizioni sono state inserite in un apposito "Consumer Class Action Bill of Rights". Per un commento si rimanda a G. PRIEST, *What we know and what we don't know about modern class actions: a review of the Eisenberg-Miller Study*, Civil Justice Report n. 9/2005, Center for legal policy at the Manhattan Institute. Per un commento alle precedenti proposte di modifica alla FED. R. CIV. P. 23(e) si veda D. R. CLAY, *Federal Attraction for the Interstate Class Action: The Effect of Devlin v. Scardelletti and the Amendments to Federal Rule of Civil Procedure 23(e) on Class Action "Minimal Diversity" Concerns*, 52 EMORY L.J. 1877, 1880, 2003.

²⁶⁸ Il punto è stato sottolineato tra gli altri da S. ISSACHAROFF, *Class Action Conflicts*, 30 U.C. DAVIS L. REV. 805, 829, 1997.

²⁶⁹ Si veda T. E. KAUPER, E. A. SNYDER, *Private antitrust cases that follow on government cases*, in *Private Antitrust Litigation*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1988, 344. Si veda anche T. J. CAMPBELL, *Commentary on the data base of the Georgetown study*, in *Private Antitrust Litigation*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1988, 82. Della medesima opinione è C. SILVER, *sup. cit.*, 722.

essere già disponibile all'attore, a seguito della chiusura dell'istruttoria da parte dell'Autorità pubblica.

In relazione ai maggiori costi connessi alla necessità di limitare i più alti rischi che gli avvocati della classe divergano dagli interessi dei danneggiati, questi sono sicuramente compensati dai vantaggi legati alla possibilità che il tasso di scoperta dei cartelli aumenti e che la gran parte della vittime venga risarcita (come invece potrebbe non accadere con il meccanismo di *opt-in*).

Le ragioni sostanziali appena menzionate non sembrano quindi consentirci di concludere per la superiorità del meccanismo di *opt-in* rispetto a quello di *opt-out*. Ne consegue che l'unica legittimazione possibile del primo strumento rispetto al secondo non può che rinvenirsi su un altro piano, e cioè quello dei maggiori costi di armonizzazione che tale scelta comporterebbe rispetto a quella in esame.

A questo riguardo è stato in effetti rilevato come il meccanismo di *opt-out* contrasterebbe con il nostro ordinamento costituzionale e con i principi generali dell'ordinamento giuridico, tra cui il principio del contraddittorio, quello dispositivo, del diritto alla difesa e all'integrità del contraddittorio²⁷⁰.

Le *opt-out class action* non sarebbero adatte in quanto si esclude che il giudicato possa essere estendibile oltre le parti.

Ad una tale motivazione non può che replicarsi che tutte le problematiche sollevate potrebbero essere poste anche con riferimento agli altri modelli di azioni di gruppo. In più si può aggiungere che un'interpretazione più estesa della nozione di parte processuale, in grado di comprendere al suo interno anche quei soggetti che tacitamente hanno accettato di essere rappresentati, potrebbe essere sufficiente a fugare i dubbi di compatibilità con i principi generali appena menzionati. Non si ritiene corretto che un'interpretazione esclusivamente formalistica possa far propendere la scelta verso uno o l'altro dei due sistemi analizzati. Peraltro, se esistono dei costi di armonizzazione derivanti per un sistema giuridico dall'introduzione di normative innovative, è necessario procedere ad una stima di questi che sia il più possibile esatta, soppesando i benefici che si accompagneranno nel tempo a seguito di tali modifiche.

Nonostante la preferenza espressa per tale modello si rileva tuttavia come non si registrino all'interno degli Stati Membri disposizioni che ricalcano lo schema di azione di gruppo appena descritto²⁷¹. Ciò nonostante dovrebbe essere ritenuto almeno significativo il fatto che negli Stati Uniti d'America, ovvero nello Stato che oggi vanta la più risalente e ininterrotta esperienza nel tempo in materia di azioni di gruppo, si sia registrato negli anni 60' il passaggio dal modello di tipo *opt-in* a quello di *opt-out*²⁷².

²⁷⁰ P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action" ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 2224. C. CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA? (un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Rivista di diritto civile*, I, 609-660, 1993. B. CAPPONI, *Diritto comunitario e azioni di interesse collettivo dei consumatori*, in *Il foro italiano*, 439-455, 1994.

²⁷¹ Solo il Portogallo sembra offrire una soluzione simile con la c.d. azione popolare. Cfr. L.J., HARBOUR, V. W. ADDAM, O. DEBOUZY, *Representative Actions: Access to Justice?*, disponibile alla pagina web <http://library.findlaw.com/2003/Feb/20/132560.html>, 2003.

²⁷² Ciò è accaduto non senza ripensamenti. Si veda ad esempio il recente contributo di J. BRONSTEEN, *sup.cit.*. Per una ricostruzione delle fasi storiche dell'evoluzione delle *class actions*

5.2.5. Mandatory class actions.

In questo modello i soggetti aventi i requisiti per poter entrare a far parte di una classe non hanno la possibilità di poter scegliere di essere estromessi. L'attore principale in tali controversie è il rappresentante della classe che potrebbe anche perfezionare con il convenuto dei c.d. *clear sailing agreement*, accordandosi sul fatto che nessuno solleverà eccezioni circa gli onorari che verranno percepiti in relazione all'attività professionale svolta. E' evidente dunque che il rischio circa la possibilità che l'avvocato della classe concluda transazioni inefficienti con il convenuto, divergendo in tal modo dagli interessi della classe, sia sicuramente maggiore. In tale contesto il rischio che vengano instaurate azioni per così dire speculative o anche ricattatorie è estremamente elevato. Questo aumenterà in generale il rischio che le imprese vengano forzate a transazioni inefficienti, pagando dei costi ulteriori che in ultima analisi saranno traslati sui consumatori finali, sotto forma di prezzi più elevati.

E' comunque da notare come alcuni ordinamenti giuridici, di derivazione anglosassone, già da tempo conoscano tale strumento processuale ed il meccanismo è considerato sicuramente tra i più efficaci nell'abbattere i rischi e i costi connessi con la polverizzazione di migliaia di piccoli procedimenti giudiziari²⁷³. In effetti esso serve a evitare che tutta una serie di azioni risarcitorie non venga intentata in ragione dell'impossibilità di identificare le singole vittime. In sostanza il meccanismo sarebbe da preferire in tutti quei casi in cui non vi è alternativa alla previsione di forme di risarcimento in via indiretta, ovvero a misure restitutorie che non tengano conto dell'effettiva quota di parte di pregiudizio subito da ciascuna delle vittime. Si pensi nuovamente all'esempio del cartello tra i produttori di birra: qualora il sovrapprezzo venga traslato a valle sui singoli consumatori finali è difficile ipotizzare che le singole vittime, tra cui sicuramente rientreranno i consumatori finali, siano facilmente individuabili. In questi casi una soluzione coerente rispetto alla condotta sanzionata potrebbe consistere nella forzata e adeguatamente pubblicizzata riduzione di prezzi per un determinato periodo.

Si deve inoltre rilevare come i dati emersi da alcuni studi empirici condotti oltre atlantico inducano a ridimensionare le preoccupazioni in merito al fatto che le *mandatory class actions* porterebbero ad un eccessivo livello di deterrenza. Ciò è particolarmente vero rispetto alle azioni di gruppo di tipo *opt-out*, se si considera come per queste si registri una richiesta di essere estromessi dalla classe solo nello 0,6% dei casi²⁷⁴. Si ritiene dunque che, per le sue peculiarità, anche tale modello potrebbe essere adatto a contrastare in maniera efficiente gli illeciti oggetto del presente studio.

cfr. S. YEAZELL, *From medieval group litigation to the modern class action*, New Haven, Connecticut, 1987.

²⁷³ Negli U.S.A., l'utilizzo delle *mandatory class actions* è tuttavia generalmente limitato alle cause che non hanno come oggetto principale una richiesta risarcitoria. Cfr. P. FAVA, *sup. cit.*,. Secondo il combinato della Fed. R. Civ. P. 23(b)(1)(A) e della Fed. R. Civ. P. 23 (b)(2) classi obbligatorie dovrebbero essere formate solo laddove vi sia il rischio che, all'esito di una serie di sindacati multipli, il convenuto possa essere obbligato a porre in essere due condotte contrastanti.

²⁷⁴ Ad esempio si veda lo studio di T. EISENBERG, G. P. MILLER, *sup.cit.*

5.2.6. Le azioni rappresentative di gruppo.

Un'altra variante è stata individuata nel concedere la legittimazione attiva solo ad alcuni soggetti specificatamente individuati attraverso il riconoscimento statale. Questi organismi potrebbero essere le associazioni di consumatori²⁷⁵, le associazioni di categoria, o addirittura organismi direttamente riconducibili all'apparato statale (c.d. "*parens patriae actions*").

Solo tre possibili modelli hanno ad ogni modo raccolto maggiore attenzione da parte della dottrina. Un primo tipo riguarderebbe la possibilità di riconoscere legittimazione attiva a enti costituiti proprio al fine di perseguire la difesa degli interessi dei propri membri. Il riconoscimento statale avverrebbe quindi *ex ante*, prima che si creino i presupposti per l'esercizio dell'azione da parte dell'ente associativo. Un secondo modello prevede invece la possibilità che si costituiscano associazioni *ad hoc*, al fine di ottenere in giudizio la tutela di determinati interessi. Un terzo modello prevede un riconoscimento della legittimazione attiva a enti costituiti per perseguire la difesa degli interessi di una cerchia di soggetti giuridici più ampia rispetto a quella dei propri membri. In sostanza quest'ultimo modello costituirebbe un compromesso tra la necessità del riconoscimento statale degli interessi di queste associazioni e la possibilità che occasionalmente possano entrare a far parte del gruppo soggetti titolari di interessi propri. Per tutte queste azioni rappresentative, il giudizio dovrebbe essere instaurato da una persona fisica o giuridica, per conto di due o più soggetti non necessariamente parti dell'azione, al fine di ottenere il ristoro del pregiudizio per i danni causati agli interessi degli individui rappresentati.

Il vantaggio teorico connesso sia al primo che al terzo modello risiede nella circostanza che il pagamento di una quota d'iscrizione, più l'eventuale sovvenzione concessa dallo Stato, permette a vari soggetti di natura privatistica di specializzarsi su alcuni settori ritenuti sensibili e di fornire un servizio aggiuntivo e forse più qualificato rispetto agli altri sistemi appena delineati dove tali risorse non sono disponibili *ex ante*. Ciò ovviamente a condizione che non siano allo stato possibili adeguate forme di finanziamento per gli altri tipi di azioni di classe. Ora, se è sicuramente condivisibile la tesi che questi enti possano avere più incentivi ad agire rispetto a quelli dei soggetti rappresentati, i cui danni, come

²⁷⁵E' questa la soluzione proposta dallo Swedish Group Proceedings Act del 2002; disponibile alla pagina web www.Sweden.gov.se/content/1/c6/02/77/67/bcbe1f4f.Pdf. (visitata in data 10 settembre 2006). Ogni Stato Membro è stato chiamato a riconoscere tali associazioni di categoria dalla direttiva 98/27 che fissa alcuni requisiti minimi. In Italia, tale disciplina è raccolta nel d.leg. 206/05 (codice del consumo) e, in particolare, nell'art. 137 di tale decreto per quanto concerne l'iscrizione nell'apposito elenco. A tale riguardo si segnala una recente decisione del Consiglio di Stato il quale ha stabilito che l'iscrizione di un'associazione di consumatori nell'elenco di quelle rappresentative a livello nazionale è illegittima qualora: a) lo statuto non sancisca un ordinamento a base democratica, prevedendo la concentrazione dei poteri di gestione in un organo i cui componenti, per la parte maggioritaria, non vengono eletti dai soci ed un sistema elettorale privo di garanzie idonee a rendere sicuro il voto per corrispondenza, anche alla luce delle concrete modalità attuative; b) il proprio legale rappresentante sia presente nei consigli di amministrazione di società di capitali, non costituite o partecipate in via maggioritaria dall'associazione medesima, che operino nel suo stesso settore (nella specie, società editoriali che, attraverso l'abbonamento ad una rivista, offrono servizi ai consumatori con scopo di lucro). Cfr. C. Stato, sez. VI, 15-02-2006, n. 611, in Foro it., 2006, III, 433.

abbiamo ricordato, presi singolarmente, possono essere di piccola entità, è dubbio che lo stesso possa dirsi rispetto agli altri modelli sopra delineati.

Tutte le forme di azioni rappresentative presentano infatti una forma di controllo diretta o indiretta da parte dello Stato abbastanza rilevante, sia nella loro fase genetica, attraverso la necessità del loro formale riconoscimento sia nella fase funzionale, attraverso eventuali sovvenzioni di cui quest'ultime dovessero usufruire. Tutto ciò porta inevitabilmente al condizionamento del loro operato da parte dei gruppi di interesse. La teoria seconda la quale il controllo sul loro numero ed in parte sulla loro organizzazione ed attività diminuirebbe il rischio di transazioni inefficienti non è peraltro suffragata da indagini empiriche²⁷⁶.

E' da notare, inoltre, come persistano anche all'interno di tale modello problemi di asimmetrie informative, che potrebbero portare le associazioni dei consumatori a divergere, seppure solo parzialmente, dagli interessi dei rappresentati.

Sotto altro punto di vista, si potrebbero evidenziare i vantaggi connessi al fatto che la retribuzione da corrispondere al legale interno di tali associazioni dovrebbe essere consistentemente più bassa, rispetto agli altri modelli sopra delineati. A tale proposito, si deve però considerare come il costo di mantenere una tale organizzazione, da ripartire tra gli associati attraverso una tassa di registrazione, potrebbe essere visto da alcuni soggetti come eccessivo. Si pensi, ad esempio, ai fornitori di beni e servizi correlati a quelli oggetto dell'intesa, che potrebbero soffrire una riduzione delle quantità vendute come risultato del prezzo sopra-competitivo imposto dall'intesa. Tali soggetti non hanno necessità di sopportare i costi di una associazione di categoria avente il compito di tutelare collettivamente i loro interessi. Essi, essendo più vicini alla violazione, ne hanno maggiore coscienza e quindi più facilmente possono intentare autonomamente un'azione risarcitoria. Se allora si dovesse optare solo per l'utilizzo di tali azioni rappresentative dovrebbe essere prevista almeno la possibilità di poter lasciare aperta l'entrata nella classe ai soggetti terzi rispetto all'associazione, preferibilmente attraverso il meccanismo di *opt-out* quando è possibile identificarli, o attraverso un sistema direttamente vincolante quando l'identificazione risulti impossibile.

In linea generale, pur analizzati i vantaggi connessi all'esistenza e al riconoscimento di associazioni specializzate nell'analisi e controllo di determinati settori economici, sembra doversi concludere per l'efficienza di un ordinamento giuridico che garantisca l'utilizzo di tutte le azioni rappresentative sopra citate e che al contempo permetta a singole classi di formarsi in via autonoma, senza la necessità del riconoscimento statale e di una espressa manifestazione di consenso da parte dei soggetti rappresentati. L'innalzamento del numero dei controllori privati aumenterebbe le probabilità di scoperta dei cartelli e porterebbe gli autori

²⁷⁶ Questa tesi è stata sostenuta tra gli altri da H. KOCH, *Non-Class Group Litigation Under EU And German Law*, 11(2) *Duke Journal of Comparative and International Law*, pp. 355-366, 2001, il quale auspica anche forme di sussidi pubblici affinché tali associazioni possano essere aiutate a svolgere la propria attività. L'opinione sembra essere condivisa anche da H.B. SCHÄFER, *The bundling of similar interests in Litigation. The Incentives for Class Action and legal Actions taken by Associations*, 9(3) *European Journal of Law and Economics*, 183, 2000.

delle violazioni a pagare delle sanzioni più eque e proporzionali rispetto ai danni causati.

5.2.7. Recenti sviluppi nell'Unione Europea.

Il panorama dei vari modelli di azioni di gruppo presente negli ordinamenti giuridici comunitari si presenta alquanto variegato. Non può essere sicuramente questa la sede per condurre un'analisi approfondita delle singole normative nazionali²⁷⁷. In linea generale si può però concordare nel ritenere che “sino a tempi recenti, le liti pretestuose, le *class actions* e le azioni di responsabilità civile per danni di massa ingiustificate non hanno rappresentato un vero problema per le imprese europee”²⁷⁸. La situazione non sembra essere cambiata di molto anche a seguito dei recenti mutamenti legislativi e della spinta data dalle Istituzioni comunitarie nel tentativo di creare un contesto generale in cui le istanze dei consumatori siano prese maggiormente in considerazione attraverso più efficaci e diretti meccanismi procedurali²⁷⁹. In particolare nel contesto complessivo dell'Unione Europea risultano ancora poco diffuse forme di azione collettiva risarcitoria delegate ad enti e associazioni in rappresentanza dei soggetti danneggiati sulla falsariga del modello delineato dalla direttiva 98/27/CE relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori²⁸⁰.

²⁷⁷ Si rimanda pertanto allo studio comparato di J. STUYCK, ET AL. /Leuven Study, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary proceedings*, Leuven 2007, disponibile online alla pagina web: http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf.

²⁷⁸ L. A. WILLET, *U.S. Style Class Actions in Europe: a Growing Threat?*, National Legal Center for the Public Interest, 2005.

²⁷⁹ Si elencano di seguito le più significative iniziative prese a livello comunitario così come riportate in un recente studio elaborato da Assonime, *L'azione collettiva per il risarcimento del danno: elementi di riflessione*. In particolare sul tema dell'accesso dei consumatori alla giustizia e della soluzione delle controversie con i consumatori lo studio ricorda come esso sia stato oggetto di un Libro verde del 1993 (COM(93)576 def) e che successivamente siano stati fissati regole e principi per la soluzione stragiudiziale delle controversie con i consumatori (Raccomandazione della Commissione 98/25 del 30 marzo 1998; risoluzione del Consiglio del 25 maggio 2000, GUCE C 155/2000). Nel 2000 è stato pubblicato un Libro verde sul c.d. *legal aid* nelle controversie civili transfrontaliere, cui ha fatto seguito nel 2003 una direttiva sulle condizioni minime che gli Stati membri devono prevedere per assicurare l'accesso alla giustizia. Infine si ricorda come prima dell'emanazione del Libro Verde e del successivo Libro Bianco sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie il tema dell'opportunità dell'introduzione di *class actions* o altre forme di azione collettiva per il risarcimento del danno sia stato già oggetto di discussione pubblica in occasione del Libro verde del 2001 sulla responsabilità per i prodotti difettosi e nel 2005, quando fu presentata la proposta di regolamento del Consiglio e del Parlamento europeo sulle azioni per controversie di modesta entità (c.d. *small claims*), di valore inferiore a 2000 euro.

²⁸⁰ Come riporta lo studio di M. U. DOCEKAL, P. KOLBA, H-W. MICKLITZ, P. ROTT, *The Implementation of Directive 98/27/EC in the Member States* (Bamberg/Vienna, 2005) anche in merito all'implementazione di tale direttiva all'interno dei singoli Stati Membri il quadro è notevolmente variegato. Si va dalle circa 47 associazioni di natura privatistica presenti in Germania al singolo organismo di diritto pubblico (the Director of Consumer Affairs) presente in Irlanda. Cfr. lo studio di C. HODGES, *Global Class Actions Project Summary of European Union Developments*, disponibile alla pagina web <http://www.law.stanford.edu/display/images/>

Tra gli Stati che hanno concesso anche la legittimazione a promuovere azioni collettive risarcitorie si può citare la Francia (*action en représentation conjointe*) dove l'articolo 422-1 *Code de la Consommation* del 1993 stabilisce che, dietro il conferimento di un mandato di almeno due consumatori, le associazioni dei consumatori rappresentative sul piano nazionale possono agire in giudizio davanti a tutte le giurisdizioni al fine di ottenere il risarcimento dei danni per conto dei mandanti²⁸¹. Altri esempi sono rappresentati dalle normative vigenti nei Paesi Bassi e in Spagna²⁸².

In Svezia e in Portogallo si è andati oltre: accanto alla possibilità che un'azione venga promossa da autorità pubbliche e da associazioni di consumatori espressamente autorizzate, esiste anche la possibilità che l'azione venga instaurata da singoli soggetti interessati per conto di una serie più ampia di individui parimenti danneggiati²⁸³. Tale possibilità è consentita anche in Spagna, ma solo nel caso in cui i potenziali appartenenti alla classe siano facilmente identificabili²⁸⁴. Tuttavia in questo caso i soggetti diventano ciascuno parte del processo, così che ci si avvicina molto ai modelli di accorpamento delle singole richieste risarcitorie vicine al litisconsorzio. Tipico esempio di tale modello di accorpamento è in Germania il già citato KapMuG, entrato in vigore il 1° novembre 2005, legge che permette l'instaurazione di un unico processo "esemplare" (*musterprozess*) per l'ottenimento del risarcimento dei danni. Tuttavia esso non si applica agli illeciti antitrust, ma esclusivamente ai casi di falsa, ingannevole o omessa informazione al mercato finanziario; o di inadempimento contrattuale in relazione a un'offerta pubblica di acquisto. A differenza dei modelli che abbiamo sopra discusso, il *musterprozess* è utilizzabile solo se sono state avviate delle azioni individuali e non consente l'azione condotta in nome e per conto di un gruppo indeterminato di soggetti; esso è inoltre ammissibile solo quando esiste un minimo di dieci processi individuali relativi

dynamic/events_media/EU_Legislation.pdf 2007, nonché lo studio di J. STUYCK, ET AL. /Leuven Study, *sup. Cit.*

²⁸¹ Il mandato, redatto per iscritto, non può essere sollecitato dall'ente esponenziale per mezzo di pubblicità televisiva o radiofonica, di affissioni e di lettere personalizzate. L'aspetto più interessante sembra riguardare i costi delle azioni che sarebbero anticipati dall'associazione. Cfr. J. STUYCK, ET AL. /Leuven Study, *sup. cit.*

²⁸² Per una discussione in merito all'introduzione di forme di azioni di collettive a contenuto risarcitorio in Francia si rimanda allo studio di E. LUTFALLA, V. MAGNIER, *French Legal Reform : What Is At Stake If Class Actions Are Introduced In France ?*, 73(3) *Defense Counsel Journal*, 301-311, 2006.

²⁸³ Cfr. per il Portogallo l'art. 13 della Lei 24/96. Tuttavia questo strumento processuale non ha riscosso molto successo nella pratica per l'affermarsi di più efficienti meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Cfr. J. STUYCK, ET AL. /Leuven Study, *sup. Cit.* . Per una panoramica del dibattito sviluppatosi in Svezia prima dell'introduzione del Group Proceedings Act del 2003 si può fare riferimento allo studio di R. NORDH, *Group Actions in Sweden: Reflections on the purpose of civil litigation, the need for reforms, and a forthcoming proposal*, 11(2) *Duke Journal of Comparative and International Law*, 381- 404, 2001.

²⁸⁴ Cfr. Sezione 11 della Ley 1/2000. STUYCK, ET AL. /Leuven Study, *sup. cit.* Per maggiori informazioni sul tipo di controversie instaurate grazie a tale procedura si può fare riferimento al sito internet www.poderjudicial.es.

alle stesse questioni di fatto o di diritto. In questo caso l'esito sarà vincolante per tutti i danneggiati²⁸⁵.

Anche il *Group Litigation Order*, introdotto nel Regno Unito nel 2000, rappresenta il tentativo di una trattazione congiunta di una pluralità di cause simili: determinate questioni di fatto o diritto comuni a più cause vengono trattate, anche su iniziativa del Giudice, una sola volta, con effetto vincolante per le parti delle varie cause, con evidenti benefici in termini di economia processuale.

Non si tratta dunque di una *class action*, bensì di un meccanismo che consente con una singola ordinanza o sentenza di regolare la trattazione di cause che presentano questioni comuni o connesse, di fatto o diritto²⁸⁶. Esso è dunque più flessibile rispetto alle *class actions* statunitensi, non essendo necessarie né la sostanziale omogeneità delle pretese né la predominanza delle questioni collettive su quelle individuali ed è fondato su un sistema di *opt-in*.

Sempre in merito alle modalità di inclusione nella classe dei rappresentati solo il Portogallo sembra prevedere il meccanismo di *opt-out*. In Olanda, con l'introduzione del *Collective Settlement of Mass Damages Act* del 2005, si è però previsto che l'associazione rappresentativa possa stipulare un accordo transattivo con il convenuto e che tale accordo possa divenire vincolante nei confronti dei soggetti rappresentati a meno che questi non dichiarino espressamente il proprio rifiuto²⁸⁷.

Nella maggioranza dei modelli europei l'azione è articolata in due fasi. Dopo l'emanazione di una sentenza di condanna, che vincola tutti i membri della classe, spetta ai singoli interessati chiedere al giudice la liquidazione del risarcimento. E' interessante notare come i tentativi maggiori nell'ottica di innalzare l'effetto deterrente siano stati effettuati prevalentemente sul piano delle modalità di distribuzione delle somme a titolo di risarcimento danni, con la previsione di meccanismi indiretti di compensazione. Si pensi ad esempio al caso della Grecia, dove il Ministro del Commercio può decidere sull'utilizzo delle somme ottenute all'esito di una causa promossa dalle associazioni rappresentative degli interessi dei consumatori o alla soluzione simile adottata nel Portogallo, dove il Ministro della Giustizia può in ultima istanza decidere di devolvere a supporto di future azioni popolari quella parte dell'ammontare di risarcimento liquidato, ma non corrisposto alle singole vittime²⁸⁸.

²⁸⁵ Un modello molto simile a quello tedesco è rappresentato in Austria dal consolidamento di singole cause in un unico processo: *Sammelklage nach österreichischem Recht*". Cfr. art. 227 del Codice di procedura civile austriaco.

²⁸⁶ Per un commento in senso critico sull'effettività di tale strumento processuale si rimanda allo studio di R. MULHERON, *Some difficulties with Group Litigation Orders – and Why a Class Action is Superior*, 24 *Civil Justice Quarterly*, 40, 2005. O. DAYAGI-EPSTEIN, *Representation of Consumer Interest by Consumer Associations – Salvation for the Masses?*, 3(2) *The Competition Law Review*, 209-249, 2007.

²⁸⁷ Legge del 23 giugno 2005 entrata in vigore per Royal Decree del 16 luglio 2005. Alla fine del 2006 la procedura era stata seguita in solo due casi. Cfr. STUYCK, ET AL /Leuven Study, *sup. Cit.*

²⁸⁸ Si deve tuttavia notare come in Portogallo si registri una sola causa in cui sia stato ottenuto un risarcimento danni. Si veda F. CAFAGGI, H.W. MICKLITZ, *Administrative and Judicial Collective Enforcement of Consumer Law in the US and the European Community*, EUI Workingpaper LAW No.2007/22, European University Institute, San Domenico di Fiesole, 2007.

Tuttavia, come si è appena accennato, tali meccanismi hanno ricevuto limitata applicazione specialmente in materia di risarcimento danni per violazioni del diritto antitrust²⁸⁹. Ciò conferma come il meccanismo di tipo *opt-in* non possa ritenersi un adeguato strumento in grado di innalzare sensibilmente l'attuale livello di deterrenza nei confronti degli autori delle violazioni prese in considerazione²⁹⁰.

Un ultimo cenno merita la prassi ampiamente diffusasi in alcuni ordinamenti giuridici europei consistente nella cessione da parte dei singoli danneggiati del proprio diritto all'azione giudiziale ad un determinato soggetto giuridico. E' il caso ad esempio di quanto avvenuto in Belgio e Germania, dove una società avente fini di lucro ha acquistato da una serie di soggetti il diritto di agire in giudizio per i danni da questi subiti a causa dell'esistenza di un cartello nel settore del cemento²⁹¹. Si ritiene che anche tale meccanismo, laddove correttamente regolamentato, potrebbe portare al risparmio di notevoli risorse per la società. Ciò in ragione del fatto che esso consente di avvantaggiarsi dell'esistenza di economie di scala e della possibilità di impiegare i servizi professionali di soggetti finanziatori. Tuttavia sembra doversene rilevare la più difficile applicazione pratica per quelle controversie i cui danni siano maggiormente diffusi fra una molteplicità di piccoli consumatori finali.

5.2.8. Alcune riflessioni sulla soluzione italiana.

In Italia l'art. 140 del Dlgs 6 settembre 2005, n. 206, intitolato Codice del consumo, prevede l'azione a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti solo per alcune condotte ivi espressamente richiamate. Fino alle recenti modifiche legislative, queste azioni potevano essere tese ad ottenere l'inibitoria di un comportamento, non anche il risarcimento dei danni. Per quanto riguarda l'eventuale accertamento della responsabilità del professionista nell'inibitoria collettiva si ritiene generalmente che questa possa fare stato solo a favore del singolo consumatore, in quanto si sostiene che l'estensione del giudicato sfavorevole incontri l'ostacolo della violazione del diritto di difesa del consumatore e della correlata *ratio*, appena ricordata, della disciplina dei limiti soggettivi del giudicato²⁹².

Le recenti modifiche legislative consentono la possibilità di azioni di classe a contenuto risarcitorio nei confronti degli illeciti oggetto della presente analisi²⁹³.

²⁸⁹ P.H. LINDBLOM, K. NORDBACK, *The Swedish Group Proceedings Act*, in: Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (ed), *Kollektive Rechtsdurchsetzung – Chancen und Risiken*, Bamberg, 191-198. Disponibile online alla pagina web www.bmsk.gv.at/cms/site/attachments/0/8/3/CH0036/CMS1141717684789/eu-studie_teil_i.pdf, 2006, riferiscono che nei primi tre anni di applicazione della normativa svedese in materia di azioni di gruppo si siano registrati solo 6 cause relative ad azioni collettive. Si conta che in Francia vi siano stati solo 5 casi di *action en representation conjointe* in 15 anni. Cfr. lo studio di J. STUYCK ET AL./Leuven Study, *sup. cit.*

²⁹⁰ Così anche R. NORDH, *sup. cit.* che fa riferimento al modello svedese.

²⁹¹ Per ulteriori informazioni su questo caso giudiziario è possibile visitare il sito internet della società Cartel Damage Claims S.A, alla pagina web <http://www.carteldamageclaims.com/>

²⁹² Cfr. ex multis S. CHIARLONI, *sup. cit.*

²⁹³ «Art. 140-bis. - (Azione collettiva risarcitoria). - 1. Le associazioni di cui al comma 1 dell'articolo 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 del presente articolo sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in

Benché possa essere salutata con favore l'estensione della cerchia dei soggetti legittimati attivamente anche a associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere, la necessità di un'esplicita scelta da parte dei singoli per poter essere inclusi nella classe avrà l'effetto di

cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'articolo 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti.

2. Sono legittimati ad agire ai sensi del comma 1 anche associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere. I consumatori o utenti che intendono avvalersi della tutela prevista dal presente articolo devono comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva. L'adesione può essere comunicata, anche nel giudizio di appello, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni. Nel giudizio promosso ai sensi del comma 1 è sempre ammesso l'intervento dei singoli consumatori o utenti per proporre domande aventi il medesimo oggetto. L'esercizio dell'azione collettiva di cui al comma 1 o, se successiva, l'adesione all'azione collettiva, produce gli effetti interruttivi della prescrizione ai sensi dell'articolo 2945 del codice civile.

3. Alla prima udienza il tribunale, sentite le parti, e assunte quando occorre sommarie informazioni, pronuncia sull'ammissibilità della domanda, con ordinanza reclamabile davanti alla corte di appello, che pronuncia in camera di consiglio. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi, ovvero quando il giudice non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi del presente articolo. Il giudice può differire la pronuncia sull'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente. Se ritiene ammissibile la domanda il giudice dispone, a cura di chi ha proposto l'azione collettiva, che venga data idonea pubblicità dei contenuti dell'azione proposta e dà i provvedimenti per la prosecuzione del giudizio.

4. Se accoglie la domanda, il giudice determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio. Se possibile allo stato degli atti, il giudice determina la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente. Nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria. La proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo.

5. La sentenza che definisce il giudizio promosso ai sensi del comma 1 fa stato anche nei confronti dei consumatori e utenti che hanno aderito all'azione collettiva. È fatta salva l'azione individuale dei consumatori o utenti che non aderiscono all'azione collettiva, o non intervengono nel giudizio promosso ai sensi del comma 1.

6. Se l'impresa non comunica la proposta entro il termine di cui al comma 4 o non vi è stata accettazione nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, il presidente del tribunale competente ai sensi del comma 1 costituisce un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o sono intervenuti ai sensi del comma 2 e che ne fanno domanda. La camera di conciliazione è composta da un avvocato indicato dai soggetti che hanno proposto l'azione collettiva e da un avvocato indicato dall'impresa convenuta ed è presieduta da un avvocato nominato dal presidente del tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori. La camera di conciliazione quantifica, con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti. Il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo. In alternativa, su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, il presidente del tribunale dispone che la composizione non contenziosa abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 39 e 40 del citato decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni».

limitare l'utilizzo di tale strumento processuale per le condotte oggetto del presente studio. Le *class-actions* di tipo *opt-in* non sembrano idonee a garantire un adeguato livello di deterrenza, né di giustizia correttiva, in quanto in pochi saranno i soggetti che manifesteranno il loro consenso all'ammissione nella classe dei rappresentati. Il meccanismo congegnato esclude poi la proposizione delle azioni di classe nei confronti di quegli accordi di cartello le cui vittime non sono facilmente identificabili. Come già evidenziato, sebbene con le *class-actions* di tipo *opt-in* il rischio che l'avvocato della classe ed il convenuto raggiungano transazioni inefficienti è minore, esiste sempre la possibilità che l'accordo collusivo avvenga sull'esito del processo stesso. Il rischio di transazioni inefficienti dovute al c.d. *principal agent problem* poteva dunque essere limitato attraverso il condizionamento dell'efficacia della transazione all'espressa manifestazione di consenso da parte dei rappresentati. Ciò ovviamente oltre alla previsione del controllo da parte del giudice sui termini della transazione²⁹⁴. Come si è già evidenziato, quest'ultima garanzia avrebbe comportato dei costi giudiziali ulteriori, ma forse indispensabili per permettere il raggiungimento di un livello ottimale di deterrenza e di giustizia correttiva. Sarebbero stati inoltre opportuni dei requisiti maggiormente stringenti per la certificazione della classe. Il risultato della novella legislativa è che al giudice viene concessa un'ampissima discrezionalità nella scelta se concedere o meno il rimedio collettivo, con tutti i costi che ciò sicuramente comporta in termini di certezza del diritto per gli operatori economici.

Anche per quanto concerne la fase di liquidazione del danno, il meccanismo congegnato è abbastanza farraginoso e rischia di limitare ulteriormente l'adesione dei singoli all'azione di gruppo. Ciò che emerge è dunque la preoccupazione di evitare abusi di uno strumento che così come congegnato potrebbe rimanere largamente inutilizzato nei confronti delle intese orizzontali anticompetitive.

5.3. L'accesso alla giustizia e le prove in possesso della controparte.

Il problema dell'accesso alle prove dell'illecito anticompetitivo come ostacolo fondamentale allo sviluppo del *private enforcement* è stato largamente dibattuto. Il problema si ritiene comune a tutte le fattispecie anticompetitive, in quanto la maggior parte dei dati necessari a provare l'esistenza di un comportamento abusivo resta nella sfera di disponibilità dell'autore della condotta. Si è sostenuto in particolare l'inadeguatezza del nostro processo di cognizione ordinaria, come quello di altri Stati Membri dell'Unione Europea appartenenti alla famiglia di *Civil Law*, per la soluzione efficiente dei conflitti in materia antitrust.

A riprova di ciò è stato già rilevato come, ad oggi, nessuno Stato Membro registri il successo di una azione indipendente nei confronti dei partecipanti ad un'intesa orizzontale restrittiva, fatta eccezione per il caso c.d. "Bluvacanze"²⁹⁵.

²⁹⁴ Si ricorda nuovamente che negli Stati Uniti d'America con il nuovo *Class Action Fairness Act*, (C.A.F.A.), Feb. 18, 2005, Pub. L. No. 109-2, 119 Stat. 4, gli accordi transattivi relativi all'assegnazione di tagliandi sono soggetti all'approvazione della Corte. Inoltre i compensi professionali degli avvocati devono essere discrezionalmente approvati dalla corte, anche dietro una specifica perizia, e liquidati in ragione dell'effettivo valore dei tagliandi utilizzati dai membri della classe.

²⁹⁵ Corte d'appello di Milano, sez. I civ., sentenza 11 luglio 2003; con nota di G. FAELLA, *sup. cit.*

5.3.1. Una sintetica comparazione delle norme sull'accesso alle prove nei paesi di *civil law* e *common law*.

Una delle caratteristiche peculiari della quasi totalità degli ordinamenti giuridici comunitari si ritiene risieda nella circostanza che l'ammissione e l'introduzione delle prove avviene prevalentemente nel corso del processo, sotto la supervisione e il controllo del giudice²⁹⁶. E' il Giudice a decidere in merito alla loro rilevanza e alla loro introduzione, sia sulla base delle richieste e delle argomentazioni usate delle parti, sia sulla base di una sua autonoma iniziativa. Il principio è dunque quello della centralità del giudice nella fase istruttoria²⁹⁷.

Ciò che poi si rileva è in generale l'impossibilità per l'attore nella maggior parte degli Stati Membri di ottenere dal giudice un ordine nei confronti della controparte di esibire tutta una serie di documenti, pur non singolarmente specificati, che potrebbero essere rilevanti per l'accertamento della violazione. Un esempio di ciò potrebbe ravvisarsi nell'attuale impossibilità in questi Stati che il convenuto sia obbligato a produrre tutti i *files* contenuti nei dischi rigidi di un determinato elaboratore elettronico²⁹⁸. Solo alcuni Stati membri fanno eccezione alla regola, prevedendo la possibilità che l'obbligazione possa avere ad oggetto una classe ampia, sebbene non indeterminata di documenti²⁹⁹.

In merito poi all'eventualità che la parte si rifiuti di adempiere alle richieste istruttorie del giudice, la maggioranza degli Stati Membri prevede l'imposizione di pene pecuniarie (Belgio, rep. Ceca, Francia, Germania, Ungheria, Spagna, Svezia), mentre in altri Stati il giudice può desumere argomenti di prova da tale comportamento (cfr. Ungheria, Germania, Italia, Spagna, Olanda).

²⁹⁶ Con specifico riferimento all'Italia, S.BASTIANON, *sup. cit.*, occupandosi della questione dell'accesso alle prove in materia antitrust ricorda come sebbene il codice di procedura civile non contenga specifiche norme in tema di *pre-trial disclosure*, gli articoli da 692 a 699 c.p.c. disciplinano i c.d. procedimenti di istruzione preventiva che consentono alle parti di un giudizio, prima ancora dell'inizio del processo, di chiedere al giudice di procedere all'assunzione di testimoni, alla verifica dello stato dei luoghi ovvero alla verifica della qualità o della condizione di una determinata cosa, qualora vi sia fondato motivo di ritenere che tali prove non possano essere assunte nel corso del giudizio.

²⁹⁷ Relativamente all'ordinamento giuridico italiano, sempre S.BASTIANON, *sup. cit.* 333, ricorda come in base all'art. 210 c.p.c. il giudice, su istanza di parte, possa ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o un'altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Sempre secondo il citato Autore: "merita peraltro, di essere sottolineato il fatto che tale norma deve essere letta alla luce degli altri due principi fondamentali che stanno alla base del nostro sistema processual-civilistico: vale a dire, il principio della domanda (art. 112 c.p.c.) e quello della disponibilità delle prove (art. 115 c.p.c.). In altre parole, ciò significa che il giudice in nessun caso può pronunciarsi oltre i limiti della domanda proposta dall'attore e deve porre a fondamento della propria decisione soltanto le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, con l'ulteriore conseguenza per cui eventuali eccezioni a tali principi devono essere interpretate in modo restrittivo".

²⁹⁸ Cfr. su tale questione R.L. MARCUS, *E-Discovery & (and) Beyond: Toward Brave New World or 1984*, 25 Rev. Litig., 651, 2006.

²⁹⁹ In Francia, ad esempio, "non è richiesto che la parte indichi esattamente il documento richiesto, essendo sufficiente che essa precisi di che tipo di documento essa abbia bisogno". Si veda lo Studio Ashurst 2004, *sup. cit.* Altri Stati contenenti disposizioni similari sono la Lettonia, Malta, Olanda, Polonia, Spagna, Svezia, Repubblica Ceca, Danimarca.

L'approccio contrasta con la tradizione degli ordinamenti giuridici, quali quello statunitense e inglese, appartenenti alla famiglia di *common law*. In questi ultimi sistemi giuridici, la causa civile viene iniziata dall'attore, che propone una domanda al giudice (c.d. *complaint*), con la quale espone e motiva le sue pretese risarcitorie, chiedendo contestualmente alla controparte di rispondere alle sue allegazioni (c.d. *pleading*). Una volta introdotto il giudizio, ed indipendentemente da un ordine del giudice, sulle parti gravano direttamente due obbligazioni principali: l'obbligo di *disclosure*, ovvero di svelare alla controparte tutta una serie di informazioni e documenti rilevanti per la risoluzione della controversia; nonché l'obbligo di assecondare le richieste di produzione di determinati documenti effettuate dalla parte avversa (c.d. *discovery*). Se le parti non sono d'accordo sulla correttezza di una richiesta di *discovery*, perché ad esempio è eccessivamente gravosa o perché i documenti si ritengono protetti da un *privilege*³⁰⁰, possono chiedere un provvedimento alla Corte, anche se di solito accade che la questione venga risolta attraverso trattative. Questi obblighi sorgono dunque *ex lege* e l'intervento del giudice nella fase di acquisizione delle prove si verifica eventualmente *ex post* laddove insorga una controversia sulla quantità e qualità di documenti da produrre. La ricostruzione è schematica e non mancano ovviamente eccezioni a tale impostazione³⁰¹.

5.3.2. Il c.d. *notice pleading*, l'*initial disclosure* e le richieste di *discovery* nell'ordinamento giuridico statunitense.

Per ciò che più propriamente concerne il grado di fondatezza delle allegazioni per accedere alla fase di *disclosure*, si rileva inoltre come nella tradizione statunitense, prevalga generalmente il fenomeno della c.d. *notice pleading*. L'art. 8(a)(2) delle Federal Rules of Civil Procedure (di seguito "FRCP") statunitensi richiede che l'attore, per poter accedere alla fase della *disclosure*, debba redigere solo un breve e conciso atto contenente una sintetica descrizione delle ragioni in fatto ed in diritto sulle quali fonda la propria pretesa. Tale formula normativa è stata costantemente interpretata come se questo atto dovesse in genere essere appena sufficiente a concedere alla controparte di comprendere la logica sulla quale si basano le domande dell'attore. Prima della recente sentenza della US Supreme Court nel caso *Twombly*, in campo antitrust, il convenuto, posto di fronte a tali sintetiche domande, pur avendo la possibilità di eccepire l'infondatezza degli assunti di controparte, si trovava in una situazione estremamente ardua: considerata la scarsità degli elementi a sua disposizione, ribaltare gli assunti di controparte poteva rivelarsi in alcuni casi un'impresa veramente proibitiva. Al fine

³⁰⁰ Esistono numerosi "*privileges*", tra cui quelli che principalmente potrebbero rilevare per le fattispecie in esame sono: i) il *privilege* contro l'autoincriminazione; ii) il *privilege* relativo ai rapporti tra avvocato. Su quest'ultimo cfr. la recente Sentenza del Tribunale di Primo Grado del 17.9.2007, *AKZO Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Commissione*, cause riunite T-125/03 e T-253/03 in cui il Tribunale ha precisato la portata del "privilegio legale" nei procedimenti antitrust a livello comunitario.

³⁰¹ Cfr. M. TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in il Foro Italiano 2001, il quale fa riferimento al potere d'ufficio del giudice, nel processo federale statunitense, di disporre prove testimoniali non dedotte dalle parti e al potere di interrogare i testimoni dedotti dalle parti (Rule 614 a) e b), o al potere di nominare consulenti tecnici d'ufficio (Rule 706).

di ristabilire una maggiore eguaglianza processuale in campo antitrust, la dottrina ha a lungo dibattuto ed analizzato la necessità di introdurre criteri maggiormente rigorosi affinché un *pleading* possa ritenersi idoneo a far scattare l'obbligo di *disclosure*³⁰².

Il dibattito ha portato la US Supreme Court, nel caso *Twombly*, a modificare il proprio orientamento in merito, richiedendo maggiore specificità nel *pleading*³⁰³. Tuttavia, nonostante la recente presa di posizione sembra comunque che il grado di convincimento, attualmente necessario nell'ordinamento statunitense per poter accedere alla *initial disclosure* di alcuni documenti di controparte, si attesti su livelli sensibilmente più bassi rispetto a quelli della media europea³⁰⁴.

Per quanto concerne l'ampiezza della *initial disclosure* statunitense, in base all'attuale art. 26(a) delle US Federal Rules of Civil Procedure, gli avvocati di entrambe le parti, entro un breve periodo dopo la rispettiva notifica degli atti introduttivi del processo, devono svelare tutti i documenti, le informazioni, ed altri oggetti in loro possesso, senza una richiesta formale di controparte³⁰⁵. Il tentativo

³⁰² Si veda per tutti E. CAVANAGH, *Pleading rules in antitrust cases: a return to fact pleading?*, 21 Rev. Litig. 1/2002.

³⁰³ Si veda US Supreme Court in *Bell Atlantic Corp. et al. v. Twombly et al.* (2007). Per un commento si rimanda J. LANGENFELD, D. SCHULMAN, *The Future of US Antitrust Enforcement*, in 8 Sedona L. J., 1, 2007.

³⁰⁴ Per quanto concerne il sistema processuale in Austria si rimanda al contributo P. MAYR, *Das Beweisrecht in Osterreich*, in *The Law of Evidence in the European Union* (Lebre De Freitas Ed.), 34, 2004. T. KLIČKA, *Die Beweislastverteilung in Zivilverfahrensrecht*, Wien, 1995. In Belgio si veda D. MOUGENOT, *La preuve*, 3ed. Bruxelles, 2002. D. Mougenot, *La preuve en Droit Belge*, in *The Law of Evidence in the European Union* (Lebre De Freitas Ed.), 69, 2004; R. PERROT, *Le role du juge et des parties dans l'administration de la preuve*, colloque des instituts d'études judiciaires, Grenoble, 1989; Y. POULLET, *Probate Law, from liberty to responsibility*, EDI Law Review, 83, 1994. In Finlandia si veda S. LAUKKANEN, *The Law of evidence in the Finnish Judicial System*, in *The Law of Evidence in the European Union* (Lebre De Freitas Ed.), 117, 2004. In Francia cfr. R. GENIN-MERIC, *Droit de la preuve: l'exemple francais*, in *The Law of Evidence in the European Union* (Lebre De Freitas Ed.), 137, 2004; X. LAGARDE, *Reflexion critique sur le droit de la preuve*, 28 L.G.D.J., 1994; C. CHARBONNEAU, F.J. PANSIER, *Le droit de la preuve est un totem moderne*, Gaz. Pal., 2., 2000; J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procedure civile*, Precis Dalloz, 25eme ed., 1999. In Germania cfr. W. BREHM, *Beweisrecht in Deutschland*, in *The Law of Evidence in the European Union* (Lebre De Freitas Ed.), 179, 2004; U. BOGE, K. OST, *sup. cit.*. In Grecia cfr. G. ORFANIDES, *Das Beweisrecht in Griechenland*, in *The Law of Evidence in the European Union* (Lebre De Freitas Ed.), 211, 2004; K.D. KERAMEUS, D.G. KONDYLIS, N. TH. NIKAS, *Civil Procedure*, Atene, 2000; in Italia cfr. *ex multis* M. SCUFFI, M. TAVASSI, *sup. cit.*, 1998; in Olanda, cfr. M. DE TOMBE-GROOTENHUIS, *The Law of evidence in Civil Proceedings in the Netherlands*, in "The Law of Evidence in the European Union" (Lebre De Freitas Ed.), 327, 2004; P. A. STEIN, A.S. RUEB, *Nieuw Burgerlijk Procesrecht*, Kluwer, 2002. In Portogallo, cfr. J. LEBRE DE FREITAS, *La preuve en droit portugais*, in *The Law of Evidence in the European Union* (Lebre De Freitas Ed.), 349, 2004. In Spagna cfr. M. SERRA DOMINGUEZ, *La preuve dans le proces civil espagnol*, in *The Law of Evidence in the European Union* (Lebre De Freitas Ed.), 381, 2004. In Svezia cfr. B. LINDELL, *Evidence in Sweden*, in *The Law of Evidence in the European Union* (Lebre De Freitas Ed.), 407, 2004.

³⁰⁵ Dal primo dicembre 2000, la *disclosure* è stata istituita su base nazionale negli stati Uniti come il passo iniziale per accedere alla fase della *discovery*. La maggior parte di queste regole procedurali è stata riprodotta dalla singole Corti distrettuali. Inoltre si rileva come la maggior parte degli Stati Federali contenga disposizioni similari alla Rule 26. General Provisions Governing Discovery; Duty of Disclosure (a) Required Disclosures; Methods to Discover Additional Matter. (1) Initial Disclosures. Except in categories of proceedings specified in Rule 26(a)(1)(E), or to the

della riforma del '93 che ha portato all'introduzione della "initial disclosure" è stato quello di ridurre ulteriormente la durata del procedimento giudiziale, facendo in modo che le parti entrino da subito in possesso delle informazioni decisive per l'esito della controversia, ad un minor costo. Recenti evidenze empiriche supportano la tesi che l'obiettivo sia stato raggiunto³⁰⁶.

Ad ogni modo si deve notare come l'obbligo di *disclosure* sia limitato a quella serie di documenti che la parte intende usare nel corso del procedimento. Ne deriva che tutta una serie di informazioni rilevanti potranno non essere acquisite nella fase della *disclosure*, bensì ottenute attraverso una richiesta di *discovery*. Quanto alla possibile ampiezza di tali richieste, in linea generale, può affermarsi come alle parti sia garantita la possibilità di richiedere alla controparte una notevole quantità di informazioni, anche attraverso l'escussione di testimoni e l'ottenimento di particolari deposizioni. In tale fase è bene sottolineare come l'intervento del giudice sia sempre garantito, ma sempre *ex post*, come nel caso in cui una richiesta vada oltre ciò che possa essere ragionevolmente ritenuto necessario per la risoluzione della controversia. In questi casi la parte potrà sempre rivolgersi al giudice. Quest'ultimo, nel decidere, sarà chiamato a valutare i potenziali benefici derivanti alla parte richiedente, comparandoli con i costi della parte gravata (art. 26 (b)(1) delle FRCP). Sempre relativamente al rischio di possibili abusi, le parti possono richiedere che il giudice ordini la conservazione di determinata documentazione, prima che questa possa essere svelata alla parte richiedente (c.d. "protective order", ai sensi dell'art. 26(c) FRCP). Nel caso poi in cui una parte si rifiuti di produrre le informazioni richieste, sono previste tutta una serie di ripercussioni che vanno dall'inversione dell'onere probatorio alla limitazione dell'uso di alcune prove testimoniali o documentali.

extent otherwise stipulated or directed by order, a party must, without awaiting a discovery request, provide to other parties: (A) the name and, if known, the address and telephone number of each individual likely to have discoverable information that the disclosing party may use to support its claims or defences, unless solely for impeachment, identifying the subjects of the information; (B) a copy of, or a description by category and location of, all documents, electronically stored information, and tangible things that are in the possession, custody, or control of the party and that the disclosing party may use to support its claims or defences, unless solely for impeachment; (C) a computation of any category of damages claimed by the disclosing party, making available for inspection and copying as under Rule 34 the documents or other evidentiary material, not privileged or protected from disclosure, on which such computation is based, including materials bearing on the nature and extent of injuries suffered; and (D) for inspection and copying as under Rule 34 any insurance agreement under which any person carrying on an insurance business may be liable to satisfy part or all of a judgment which may be entered in the action or to indemnify or reimburse for payments made to satisfy the judgment. (E) The following categories of proceedings are exempt from initial disclosure under Rule 26(a)(1): (i) an action for review on an administrative record; (ii) a forfeiture action in rem arising from a federal statute; (iii) a petition for habeas corpus or other proceeding to challenge a criminal conviction or sentence; (iv) an action brought without counsel by a person in custody of the United States, a state, or a state subdivision; (v) an action to enforce or quash an administrative summons or subpoena; (vi) an action by the United States to recover benefit payments; (vii) an action by the United States to collect on a student loan guaranteed by the United States; (viii) a proceeding ancillary to proceedings in other courts; and (ix) an action to enforce an arbitration award.

³⁰⁶ Si veda per tutti lo studio del Federal Judicial Center, riportato in T. E. WILLGING et al., *An Empirical Study of Discovery and Disclosure Practice Under the 1993 Federal Rule Amendments*, 39 B.C. L. REV. 525, 1998.

5.3.4. La *standard disclosure* nell'ordinamento giuridico inglese.

Contrariamente all'esperienza statunitense, è stato rilevato come nella maggior parte degli stati Membri, il potere di una parte di richiedere direttamente all'altra la produzione di determinata documentazione sia estremamente limitato. Ciascun ordinamento giuridico consente solo attraverso il filtro delle Corti di ottenerne la produzione. All'interno dell'Unione Europea, il sistema giuridico inglese rappresenta dunque un'eccezione al principio della centralità del giudice nella fase di acquisizione delle prove all'interno del processo. Si possono accostare a tale eccezione le esperienze dell'ordinamento irlandese e di quello cipriota³⁰⁷. In particolare nel Regno Unito, dopo che l'attore ha notificato l'atto introduttivo del giudizio, il convenuto ha l'obbligo di rivelare una lista di tutte quelle informazioni e documenti su cui intende fare affidamento non solo per respingere le richieste formulate dall'attore, ma anche quei dati, la cui divulgazione potrebbe risultare a essa controproducente (c.d. "*standard disclosure*")³⁰⁸. In linea di principio, una parte può dunque chiedere di accedere a tutte le informazioni e ai documenti contenuti nella lista, a meno che l'altra parte non abbia il diritto di opporsi o l'esibizione possa costituire un onere eccessivo³⁰⁹. In tale caso si dovrà richiedere l'intervento del giudice, il quale sarà chiamato a valutare i rispettivi interessi e a decidere sulla questione. Anche nel caso in cui si ritenga che la lista predisposta sia inadeguata è necessario ricorrere all'intervento del giudice, il quale potrà emettere uno specifico ordine con il quale viene richiesto che un singolo documento, o anche un complesso di documenti venga prodotto o che una determinata ricerca venga effettuata³¹⁰. Nel caso in cui vi sia una forte presenza di asimmetrie informative è normale che le richieste di intervento del giudice siano più frequenti e in effetti le regole specifiche che vengono utilizzate per i procedimenti antitrust innanzi al Competition Appeal Tribunal prevedono un ruolo maggiormente attivo del giudice già nella fase preliminare³¹¹.

In linea generale si può sostenere come, benché le differenze con il sistema statunitense siano diminuite a seguito della riforma dell'ordinamento processuale inglese del 1998, il quale ha introdotto concetti, quale il test di proporzionalità e della rilevanza della posizione finanziaria delle parti, il sistema di *disclosure* inglese rimanga ancora più ampio rispetto a quello statunitense. Al contrario, il potere di richiedere alla controparte l'esibizione di determinata documentazione senza passare *ex ante* per il filtro del giudice è rimasto più esteso nell'ordinamento statunitense.

Questo accade nonostante le limitazioni introdotte negli ultimi decenni nell'ordinamento statunitense, finalizzate a restringere non solo la portata delle sanzioni per l'inosservanza di tali obblighi, ma anche il numero e la durata delle testimonianze e delle deposizioni. Si deve poi rilevare come il fatto che la parte

³⁰⁷ Cfr. ex multis lo studio Ashurst, *sup. cit.*

³⁰⁸ Cfr. CPR r. 31.6. Questo può riguardare anche documenti in possesso di soggetti terzi.

³⁰⁹ Cfr. CPR r. 31.3(1) e 31.3(2).

³¹⁰ Cfr. CPR r. 31.12.

³¹¹ Si veda la norma 20(1) delle Competition Appeal Tribunal Rules 2003. Per un approfondimento si rimanda a E. BURROWS, *Review of merger decision by the Cat: a question of evidence*, 5(3) Comp. L.J., 169-183, 2006.

debba produrre solo una lista e non anche una copia dei documenti di cui intende avvalersi limita di molto i costi connessi all'attività di *disclosure* rispetto al modello statunitense³¹².

5.3.5. Considerazioni finali.

I meccanismi appena descritti rendono evidente come, nei sistemi di *common law*, l'attore abbia una maggiore possibilità di accedere ad un minor costo e in tempi più brevi alle prove in possesso di controparte e di terzi attraverso le c.d. *discovery* o *disclosure obligations*³¹³. In effetti, il potenziale attore, pur non avendo ancora la convinzione di poter succedere nel processo, viene fortemente incentivato ad iniziare un'azione legale, confidando di aumentare da subito l'entità delle sue prove anche man mano che la *discovery* va avanti, senza dover necessariamente sopportare i costi legati all'intervento del giudice. In ragione del fatto che la convergenza delle informazioni tra le parti processuali avviene in una fase anteriore rispetto a quanto accade nei paesi di *civil law*, si ritiene generalmente che tale sistema permetta non solo di facilitare l'accesso alla giustizia ma anche di ridurre la durata media dei processi.

Ed in effetti alcuni studi empirici dimostrano come una volta rafforzata l'ampiezza degli obblighi iniziali di *disclosure* un maggiore numero di processi si sia chiuso con una transazione prima di arrivare alla fase dibattimentale³¹⁴.

Si potrebbe dunque auspicare l'introduzione di norme analoghe per tutti i processi aventi ad oggetto violazioni della normativa antitrust anche nei sistemi di *civil law* e dunque anche nel nostro ordinamento giuridico.

Si ritiene tuttavia che questa scelta comporterebbe non indifferenti costi di armonizzazione. L'adozione di un sistema di accesso alle prove simile a quello statunitense o al modello inglese nei paesi i cui sistemi processuali aderiscono fedelmente al principio dispositivo potrebbe, per le fattispecie che stiamo prendendo in considerazione, recare vantaggi non proporzionati ai costi. E' da notare come, nel caso dei cartelli, la prova del comportamento collusivo difficilmente può essere ottenuta da parte dell'attore unicamente grazie all'accesso alle informazioni in possesso di controparte. Se anche il convenuto fosse obbligato attraverso una serie di richieste di *discovery* a produrre tutta una serie di dati inerenti la propria politica commerciale, ciò che potrebbe al massimo dedursene è l'esistenza di un comportamento parallelo a quello di altre imprese operanti nello stesso mercato, il quale dovrebbe essere considerata sempre e solo un indizio della presenza di una intesa anti-concorrenziale, ma mai una prova³¹⁵.

³¹² Una stima di questi costi si può ottenere per quanto riguarda il sistema inglese e statunitense dallo studio predisposto per la Commissione Europea da A. RENDA, et al., *sup. cit.*, 381 e ss.

³¹³ Si veda ad esempio la Civil Procedure Rule 31.6 dell'ordinamento giuridico inglese.

³¹⁴ Cfr. la tavola 17 dello studio di T. E. WILLGING ET AL., *sup. cit.*, dove si evidenzia come gli avvocati statunitensi, a seguito delle modifiche introdotte alla US. Fed. Civ. Proc. Rule 26, fossero maggiormente inclini a ritenere che l'*initial disclosure* avesse aumentato le probabilità di raggiungere da subito una transazione con la controparte.

³¹⁵ Sul punto si veda R. VAN DEN BERGH, P. CAMESASCA, *sup. cit.*, 2006, 3. Diversamente, la nostra giurisprudenza amministrativa ha più volte ritenuto come laddove l'oggetto di un accordo sia chiaramente anti-concorrenziale non sia necessario provarne i suoi effetti sulla concorrenza: esemplificativa è la sentenza del Tar Lazio n. 425/1997. Per un'analisi dell'approccio adottato dalla nostra giurisprudenza amministrativa si veda M. SIRAGUSA, L. DE SANCTIS, *sup. cit.*, 85.

In altre parole è altamente improbabile immaginare che la “pistola fumante”, ovvero la prova fondamentale dell’esistenza di un cartello venga svelata direttamente dal convenuto.

E’ evidente dunque che la soluzione alla questione vada impostata in base alla tipologia ed all’oggetto delle azioni processuali prese in considerazione.

Per quanto riguarda poi le c.d. azioni di seguito, si deve tenere in considerazione come l’attività di indagine condotta dalle Autorità pubbliche possa essere la fonte di rilevanti informazioni per la scoperta del comportamento anticompetitivo. Ciò è particolarmente vero per quelle azioni che in precedenza abbiamo definito “di seguito in senso stretto”.

Per questo tipo di azioni, la possibilità che il convenuto possa essere soggetto alle richieste di *discovery* di controparte senza il filtro del giudice *ex ante* può esporre il convenuto al rischio che informazioni non necessarie per l’esito della controversia e magari confidenziali vengano svelate (c.d. *fishing expeditions*). In sostanza il problema anche in questo caso è analogo a quello che si è rilevato precedentemente per le azioni di gruppo, ovvero che gli avvocati potrebbero assecondare le richieste istruttorie di controparte al fine di dover revisionare più documenti di quanto sia necessario al solo fine di ottenere un compenso più elevato (c.d. *principal agent problem*). Ne consegue che in assenza di meccanismi in grado di allineare gli incentivi tra gli avvocati e i clienti il sistema potrebbe esporsi ad un inutile e deprecabile aumento dei costi processuali³¹⁶.

Ciò non significa che per le controversie in oggetto non sia auspicabile un processo speciale che preveda un adattamento delle singole disposizioni normative al fine di facilitare il compito degli attori. Si rileva infatti che, anche negli eventuali giudizi di seguito, l’attore dovrà comunque provare il nesso causale tra il danno e la condotta tenuta dai partecipanti all’intesa, nonché l’entità del danno³¹⁷. Le informazioni determinanti, anche solo a confutare le difese del convenuto, potranno essere ottenute solo accedendo ad una serie di documenti in possesso di controparte.

In Italia, così come nella maggioranza degli altri Stati membri, l’ordine del giudice può essere però ottenuto solo con riferimento ad un preciso documento in

Secondo M. MELI, *sup. cit.*, 129, non è detto comunque che la prassi di verificare in concreto la portata anticoncorrenziale dell’accordo, anche per le intese vietate *per se*, debba valere anche in sede giudiziaria.

³¹⁶ A ciò va aggiunto che nei Paesi dove vige la c.d. *american rule*, ovvero dove ciascuna parte supporterà le proprie spese legali indipendentemente dall’esito della controversia, è possibile che il sistema risulti inefficiente per un’altra ragione: il convenuto potrebbe rispondere con delle contro-richieste istruttorie eccessive, al solo fine di scoraggiare le richieste attoree. Cfr. W.H. WAGENER, *Modelling the effect of one-way fee shifting in discovery abuse for private antitrust litigation*, 78 N.Y. Law Review, 1887, 2003.

³¹⁷ Per quanto interessa il problema dell’indagine circa l’elemento soggettivo, si riporta quanto sostenuto da autorevole dottrina. Si ritiene che quando la fattispecie sia identificata dal legislatore secondo un criterio teleologico (lett. B e c dell’art. 2) la sussistenza di una precisa colpevolezza possa ritenersi in *re ipsa*; allorquando, invece, si abbia a che fare con un’intesa non tipizzata o con quelle la cui anticoncorrenzialità dipenda dal contenuto, sarà sufficiente ad integrare l’elemento soggettivo la consapevolezza della sussistenza di tale contenuto; mentre quelle per cui la cui illiceità derivi dall’effetto, la colpa risiederà nella consapevolezza di tale effetto acclarabile alla stregua di alcuni parametri, quali la forma del mercato, le abitudini concorrenziali delle imprese in tale mercato ed alla struttura dei loro rapporti. L. C. UBERTAZZI, *cit.*, 2427.

possesso della controparte. La norma di cui al nostro art. 210 c.p.c. prevede che, su istanza di parte, sia il giudice a poter ordinare all'altra parte o ad un terzo di esibire un documento o un'altra cosa di cui si ritenga necessaria l'acquisizione al processo (art. 210 c.p.c.)³¹⁸. Ora, sebbene sia prevalso il convincimento secondo il quale l'ordine di esibizione delle scritture contabili, così come degli altri libri sociali, abbia sempre ad oggetto un singolo documento, la soluzione più efficiente potrebbe essere quella di ampliare la portata degli ordini di esibizioni, consentendo ai giudici, anche *ex officio*, di orientarsi in base al tipo di fattispecie oggetto di controversia. E' evidente come una maggiore ampiezza dell'obbligazione comporti il contestuale abbassamento dei costi per l'attore insiti nell'onere di provare la rilevanza di tutta la documentazione richiesta per la definizione del merito della controversia. Ciò, in ultima analisi, non può che contribuire a facilitare ulteriormente il successo di queste azioni di risarcimento danni. Si potrebbe poi prevedere che, una volta raccolte alcune prove fondamentali, l'onere probatorio venga invertito, in particolare per ciò che concerne gli effetti pro-competitivi che anche un cartello può comunque comportare (es. riduzione dei costi medi di produzione)³¹⁹. Tali previsioni dovrebbero quindi essere parimenti giustificate dal fatto che il costo per l'attore di ottenerne la prova è enormemente maggiore del costo per il convenuto di ottenerne la prova contraria³²⁰. Grazie all'introduzione di tali disposizioni si riuscirebbe così, in omaggio al principio della vicinanza della prova, a facilitare ed incentivare azioni che, in assenza di altri correttivi (i.e. azioni di gruppo), potrebbero anche non essere mai instaurate.

Rispetto alle soluzioni adottate nei paesi di *common law*, il mantenimento del principio della centralità del ruolo del giudice nella fase dell'acquisizione delle prove nel processo eviterebbe peraltro in radice il rischio che il convenuto resti senza difesa, indebitamente esposto a richieste abnormi delle parti attoree, in grado di estrapolare dati confidenziali circa le strategie commerciali dell'impresa stessa.

Al fine di garantire la riservatezza di tali informazioni e quindi per prevenire il rischio che alcune cause vengano instaurate al solo scopo di conoscere le strategie commerciali del rivale, è però opportuno un serio sindacato da parte del giudice sulla quantità e qualità di informazioni che il convenuto sarà tenuto a fornire, nonché sui dati che potranno senz'altro essere rivelati all'attore. Al fine di evitare

³¹⁸ Peraltro, il costante orientamento giurisprudenziale ritiene che l'ordine di esibizione di un documento costituisca una facoltà discrezionale rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, che non è tenuto secondo costante orientamento giurisprudenziale a specificare le ragioni per le quali ritiene di avvalersene. Si veda Cass, I, 17 maggio 2005, n. 10357; Cass. 14 luglio 2004, n. 12997; Cass. Lav. 24 marzo 2004, n. 5908; Cass. III, 12 dicembre 2003, n. 19054.

³¹⁹ Ciò avviene in altre branche del nostro ordinamento giuridico, dove la presenza di asimmetrie informative è stata maggiormente avvertita. Si veda ad esempio l'art. 23 del D.lgs. 58/1998 dove si stabilisce che nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi disciplinati dal T.U.F. spettano ai soggetti abilitati l'onere della prova di avere agito con la specifica diligenza richiesta.

³²⁰ La teoria sulla necessità dell'inversione dell'onere probatorio in tali situazioni è stata sviluppata tra gli altri da R. A. POSNER, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, in 66 University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Papers, disponibile alla pagina web <http://ssrn.com/abstract=165176>, 33, 1999 (visitata in data 3 settembre 2006).

poi che il costo inerente alla produzione di questi documenti venga sopportato dallo stesso convenuto più volte in diversi processi aventi ad oggetto le medesime questioni di diritto e di fatto, potrebbe essere opportuno prevedere un sistema di accesso al fascicolo che consenta ad altri potenziali attori di utilizzare quelle stesse informazioni³²¹.

Quanto alla possibilità che il convenuto si rifiuti per qualsiasi motivo di produrre la documentazione richiesta o distrugga tutti gli elementi in astratto idonei a provare la sua colpevolezza, è evidente che non si può essere contrari in linea di principio alla comminazione di una severa sanzione, attentamente commisurata al valore della controversia, in quanto altrimenti essa potrebbe venire internalizzata dal convenuto come un costo del procedimento, in grado di aumentare sostanzialmente le sue possibilità di succedere nella controversia. Di più, nonostante già oggi il giudice possa in base all'art. 116 c.p.c. desumere argomenti di prova dal rifiuto ingiustificato delle parti di consentire l'ispezione ordinata, e più in generale dal contegno tenuto dalla parte durante il processo, si potrebbe pensare di introdurre sanzioni specifiche in grado di tutelare in maniera ottimale l'attore dal rischio che tutte le evidenze del comportamento anticompetitivo vengano occultate.

Allo stesso tempo, sarà opportuno prevedere che il convenuto non possa essere onerato di un obbligo di conservare tale documentazione per un eccessivo periodo di tempo, in quanto questo innalzerebbe a dismisura i costi complessivi su di esso ricadenti, senza che a ciò corrisponda un sostanziale interesse pubblico. Si renderà pertanto necessaria un'analisi tesa alla individuazione di un arco temporale (c.d. *limitation period*), oltre il quale non si potrà più pretendere sussistente in capo alla parte l'obbligo di conservare tale documentazione. E' evidente che tale arco temporale dovrà risultare coerente con quanto dispongono le singole normative nazionali in tema di prescrizione del diritto all'azione giudiziale per violazioni del diritto antitrust.

³²¹ Ciò accade ad esempio negli Stati Uniti d'America dove esiste una consolidata tradizione giurisprudenziale favorevole a riconoscere il principio del diritto all'accesso ai fascicoli della Corte da parte dei soggetti interessati. Cfr. A.F. DAUGHETY, J.F. REINGANUM, *Information externalities in settlement bargaining: confidentiality and correlated culpability*, in 22 RAND Journal of Economics, 587, 2002. La US Supreme Court ha stabilito in *Nixon v. Warner Communications*: "It is clear that the Courts of this country recognize a general right to inspect and copy public records and documents, including judicial records and documents. This right is designed to promote public confidence in the judicial system and to diminish the possibilities for injustice, perjury, and fraud. Some argue that in the US the presumption of public access to courts documents is constitutionally based and can only be overcome by the demonstration of a compelling interest. Lo stesso accade a livello della legislazione statale. Cfr. Rule 243.1 (d) delle California Rules of Court, dove si stabilisce che: the Court may order that a record be filed under seal only if it expressly finds fact that establish: (1) that there exists an overriding interest that overcomes the right of public access to the record; (2) the overriding interest supports sealing the record; (3) that a substantial probability exists that the overriding interest will be prejudiced if the record is not sealed; (4) that the proposed sealing is narrowly tailored; and (5) that no less restrictive means exist to achieve the overriding interest. Nel Regno Unito per le cause instaurate a partire dal 2 ottobre 2006 i soggetti terzi possono avere accesso a tutte le memorie difensive, quelle di replica e tutti i documenti inclusi nel fascicolo d'ufficio. Analogo diritto non è riconosciuto nei paesi di civil law, come la Francia, e l'Italia dove i terzi hanno la possibilità solo di accedere alla sentenza. In Italia, cfr. Decreto Ministeriale 25 gennaio 1996, n. 115, art. 5.

5.4. L'entità del risarcimento dei danni.

Il modello di *private enforcement* prescelto mira a fare in modo che i danni vengano risarciti ai danneggiati su base puramente riparatoria del pregiudizio subito. Ne consegue che al danneggiato dovrà essere attribuita una somma il più possibile equivalente alla perdita effettivamente subita.

In tale prospettiva, le Corti Nazionali, chiamate a stimare l'ammontare del risarcimento danni, dovranno però attentamente considerare i possibili benefici che le vittime abbiano ricevuto dall'esistenza dell'intesa e bilanciarli con le perdite sofferte. E' questo, ad esempio, il caso in cui i compratori diretti siano riusciti a far passare solo parzialmente il sovrapprezzo sui compratori indiretti appartenenti alla stessa filiera distributiva. Non potrà dunque escludersi il risarcimento di quei pregiudizi astrattamente riconducibili all'area della perdita secca per la società, nonostante la stima possa risultare particolarmente onerosa.

Inoltre, se il *private enforcement* dei cartelli si giustifica prevalentemente in un'ottica compensativa dei singoli pregiudizi, allora i danni tripli o doppi di derivazione statunitense restano al momento un'arma di deterrenza eccessiva nelle mani degli attori³²². Come si è detto, la sanzione pubblica è lo strumento più efficiente per raggiungere un livello di deterrenza ottimale. Lasciare anche solo una certa discrezionalità ai giudici nazionali in questo senso potrebbe compromettere l'efficiente operato di tutto il meccanismo di tutela antitrust.

In questo senso, non è affatto secondario rilevare come, di recente la Cassazione prendendo a riferimento i principi regolatori del nostro sistema civilistico in tema di responsabilità da illecito extracontrattuale come anche da illecito contrattuale, abbia configurato il risarcimento dovuto dal danneggiante esclusivamente quale meccanismo di riparazione del pregiudizio arrecato al danneggiato³²³.

Per quanto concerne più specificamente l'entità del risarcimento, la Commissione europea ha delineato alcuni possibili metodi alternativi di calcolo del sovrapprezzo, che è necessario esaminare nel dettaglio:

- a) l'approccio definito "prima e dopo", che fa riferimento ad una semplice comparazione dei prezzi tra il periodo in cui l'intesa anti-competitiva era in vigore ed il periodo precedente o successivo all'insistenza della violazione. Tale modello, per la sua semplicità, è stato sicuramente il più

³²² La funzione deterrente dei danni tripli è stata sottolineata tra gli altri da K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *sup. cit.*, 506. Secondo C. A. JONES, *The Growth of private rights of actions outside the U.S.: exporting antitrust courtrooms to the world: private enforcement in a global market*, in 16 *Loyola Consumer review*, 2004, 410, sebbene i danni tripli siano considerati come una risposta punitiva dell'Ordinamento verso determinati comportamenti, la considerazione più appropriata è che essi servano sia una funzione compensativa che di deterrenza. Sui pericoli di una eccessiva deterrenza, si veda W. M. LANDES, R. A. POSNER, *The private enforcement of laws*, in 4 *Journal of legal studies*, 1974, 1.

³²³ In Italia una recente sentenza della Corte di Cassazione ha confermato come nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno così come è indifferente la condotta del danneggiante. Cfr Cass., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, con commento critico di P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice*, in *Danno e Responsabilità* n. 11, 1125, 2007. La pronuncia si legge anche in *Foro it.*, 2007, I, 1460, con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, e *Corr. giur.*, 2007, 497, con nota di P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*. Cfr. anche l'interessante articolo di S. CORONGIU, *sup. cit.*, 92.

usato dai giudici nazionali. E' opportuno precisare come esso potrebbe però condurre a risultati fuorvianti, allorquando, ad esempio, il prezzo di riferimento nel periodo precedente o successivo al cartello non sia rappresentativo di una condizione di equilibrio di lungo periodo, ma piuttosto il risultato di un crescita momentanea della domanda, di un periodo di scarsità nelle riserve, etc. Come è stato sottolineato, tale modello dovrebbe quindi essere utilizzato nel caso si abbia a che fare con un convenuto operante in un mercato maturo, che non presenta significativi cambiamenti nella struttura della domanda e dell'offerta, come può accadere nel caso in cui, durante l'insistenza di un accordo di cartello, vi siano stati nuovi entranti ovvero un'importante innovazione tecnologica³²⁴.

- b) l'approccio strutturale, che fa riferimento invece ad una comparazione dei prezzi con un mercato avente la medesima struttura di costi e caratteristiche di domanda, ma non affetto dall'intesa. Tale metodo può essere utilizzato anche quando il mercato di riferimento non presenti le stesse caratteristiche di prodotto o geografiche. In pratica esso andrebbe prevalentemente impiegato quando si abbia a che fare con lo stesso mercato di prodotto, ma dalla dimensione geografica distinta.
- c) l'approccio basato sui costi, che comporta l'ottenimento di informazioni relative al costo medio di produzione dei partecipanti all'intesa. A questo si aggiunge poi la stima del possibile margine di profitto al fine di determinare un prezzo che sarebbe derivato da una effettiva concorrenza nel mercato in questione. Anche tale metodo potrebbe non risultare appropriato nel misurare gli effetti di un cartello, in quanto è oggettivamente difficile stimare un appropriato margine di profitto da sommare al livello dei costi.
- d) l'approccio basato sulla costituzione di un "prezzo virtuale": ciò può avvenire attraverso l'utilizzo dell'analisi regressiva multipla, in cui metodi statistici sono applicati a modelli economici per la determinazione di un prezzo sulla base dell'analisi dei passati andamenti del mercato o di una comparazione con altri mercati aventi medesima struttura; attraverso l'utilizzo di tecniche regressive multiple si è così in grado di calcolare i diversi fattori in grado di incidere sulla determinazione del prezzo. Sebbene questo sistema sia in grado di fornire una stima più accurata del prezzo che si sarebbe realizzato in assenza di collusione, la correttezza del risultato dipenderà principalmente dal tipo di variabili legati alla struttura dell'offerta e della domanda che saranno prese in considerazione³²⁵.
- e) l'approccio che si basa sull'elaborazione di un modello di oligopolio al cui interno sono introdotte stime dell'elasticità della domanda ad altre variabili quali i costi marginali delle singole imprese al fine di verificare come queste avrebbero dovuto competere in tale mercato rilevante; tuttavia, come è stato rilevato, le assunzioni circa le possibili reazioni delle

³²⁴ Cfr. S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust*, in *Mercato Concorrenza e regole* 2/2006, 341.

³²⁵ Per un primo inquadramento si veda F. M. FISHER, *Multiple Regression in Legal Proceedings*, in *Col. L. Rev.*, 702, 1980.

imprese concorrenti che permettono al modello di funzionare potrebbero rilevarsi estremamente semplicistiche, soprattutto allorché si basino su modelli statici. Aggiungendo ad esempio la possibile entrata di nuovi competitori nel modello, le risultanze di siffatti modelli potrebbero portare a risultati inconferenti.

Per quanto poi concerne quei soggetti che lamenteranno la restrizione delle quantità vendute, o perché erano fornitori del cartello o perché vendevano prodotti correlati ai beni e servizi oggetto dell'intesa, è possibile calcolare la perdita di profitto nei seguenti termini:

- a) l'approccio fondato sui ricavi, che racchiude la stima degli sconti sulle vendite, dei costi, del cash-flow, al fine di elaborare un possibile scenario competitivo, senza l'insistenza dell'intesa collusiva; tuttavia i dati storici potrebbero non essere attendibili allorché vi è ragione di credere che i profitti futuri sarebbero stati diversi anche in assenza dell'intesa collusiva. Si pensi ad esempio ad un mercato in cui è presente un alto tasso di innovazione. In più, con l'utilizzo di tale modello, vi è il rischio che non si tenga conto del fatto che le conseguenze del danno possono verificarsi anche dopo la fine dell'intesa collusiva, poiché, in linea generale, occorre del tempo prima che il giro d'affari rientri nei parametri usuali.
- b) l'approccio basato sulle valutazioni di mercato, utilizzando moltiplicatori finanziari al fine di valutare la perdita economica; tale metodo fa riferimento al valore di mercato delle azioni ed ai profitti derivanti da azioni di imprese comparabili e quotate sui mercati pubblici; questo metodo potrebbe essere utilizzato nel caso ad esempio di un'impresa che, in ragione dell'insistenza del cartello, sia stata costretta ad uscire dal mercato, così che il danno sofferto possa anche essere costituito dal valore complessivo dei profitti delle imprese attive in tale mercato, sempre però considerando la durata ed il rischio di tale attività. Determinante per la funzionalità del modello è che la società estromessa, prima dell'insistenza della violazione, fosse almeno comparabile ad una delle altre società in termini di struttura del capitale, differenziazione dei prodotti, quote di mercato e future potenzialità di guadagni.
- c) l'approccio basato sui bilanci ed altri documenti contabili di una società, come unico strumento per stimare le perdite di una società, a cui dovrebbero aggiungersi la liquidazione degli investimenti per potere ritornare al punto precedente. Anche in questo caso non mancano negli inconvenienti, in quanto, ad esempio, non è escluso che i dati di bilancio possano riflettere solo parzialmente le perdite sofferte dall'impresa a causa dell'intesa collusiva..

Tutte queste misure sono ritenute idonee in astratto a fornire alle vittime una equa compensazione dei danni subiti³²⁶. Poiché l'utilizzo dell'uno o dell'altro metodo

³²⁶ Per un'analisi dettagliata dei pro e dei contro di ciascuno di tali metodi si rimanda a A. RENDA, et al., *sup. cit.*, 415 e ss. Cfr. anche E. CLARK, M. HUGHES, D. WIRTH, "Analysis of economic models for calculation of damages", disponibile alla pagina web http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/economic_clean_en.pdf.

dovrà necessariamente dipendere dalle informazioni disponibili nei singoli casi, un certo grado di flessibilità sembra inevitabile. Si potrà dunque rendere necessario scegliere in funzione delle circostanze del caso il metodo o l'insieme di metodi che consenta la migliore combinazione tra accuratezza dei risultati e ragionevolezza dei costi di esecuzione³²⁷.

Conforta tale opinione il fatto che la stessa Corte Suprema degli Stati Uniti d'America abbia rigettato l'opinione secondo la quale la richiesta di potere avvalersi di consulenti tecnici debba essere sempre generalmente accettata in tali azioni risarcitorie³²⁸.

6. IL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE E IL PRIVATE ENFORCEMENT DELLE INTENSE ORIZZONTALI

6.1. Armonizzazione v. cooperazione.

La crescente dimensione internazionale dei cartelli ha evidenziato il rischio che i costi del *private enforcement* ricadano solo sugli ordinamenti giuridici di alcuni Stati³²⁹. Tali esternalità negative sembrano dovute al fatto che alcuni Stati non prevedono la possibilità del *private enforcement*³³⁰, ed alla circostanza che configgenti obiettivi siano stati assegnati al *private enforcement*³³¹. Come si è analizzato in precedenza, laddove il *private enforcement* non sia previsto, non si potrà raggiungere un livello ottimale di compensazione delle vittime, né di deterrenza delle condotte anticompetitive. Inoltre, laddove configgenti obiettivi vengano assegnati al *private enforcement*, non si potrà raggiungere un livello di deterrenza e compensazione ottimale. Due esempi serviranno a chiarire tali affermazioni.

Negli Stati Uniti d'America, il *private enforcement* è stato plasmato come uno strumento idoneo a raggiungere un livello ottimale non solo di risarcimento, ma anche di deterrenza. Alcune opzioni normative ne sono la prova: accordi sulle tariffe degli avvocati, regole probatorie, *opt-out class-actions*, danni triplici. Al contrario, ed in particolare, i danni triplici non sono generalmente previsti nel sistema europeo. Nel caso *F. Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A.*, è accaduto

³²⁷ Cfr. M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in Riv. critica dir. priv., 2006, 114, nota 42.

³²⁸ Si veda *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*, 509 US 579 (1993). Per uno studio comparato della situazione nell'unione Europea si veda D. WELBROECK, D. SLATER, G. EVEN-SHOSHAN, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules: comparative report*, disponibile alla pagina web http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html. (visitata in data 10 settembre 2006).

³²⁹ Ciò sarebbe dimostrato dal fatto che ben 13 su 133 casi hanno riguardato compagnie multinazionali aventi la loro sede principale in diversi Stati e che l'ammontare del commercio colpito da tali pratiche raggiungeva la somma dei 55 miliardi di dollari. Si veda OECD, *Hard core cartels – recent progress and challenges ahead*, 2003, 9, disponibile alla pagina web <http://www.oecd.org> (visitata in data 11 settembre 2006).

³³⁰ Si consideri che seppure ben 90 nazioni avevano nel 2002 una normativa a tutela della libera concorrenza, non tutte prevedono la possibilità del *private enforcement*.

³³¹ Per una panoramica di queste differenze si veda D. P. WOOD, *International Harmonization of Antitrust Law: The tortoise or the Hare*, in Chicago Journal of International Law, 2002, 393.

che attori stranieri abbiano cercato di utilizzare le Corti Statunitensi al fine di ottenere danni triplici dai partecipanti all'intesa non statunitensi, anche se il danno si era verificato fuori dal territorio americano³³² (è il c.d. rischio di *forum shopping*). Qualora la Commissione Europea abbia già provveduto ad infliggere una sanzione con l'obiettivo di limitare questi comportamenti, l'essere soggetti negli Stati Uniti a successive richieste di danni triplici (*follow-on cases*) comporterebbe il raggiungimento di un tasso di deterrenza probabilmente eccessivo. I danni triplici avrebbero l'ulteriore effetto negativo di concedere agli attori stranieri un livello di compensazione sproporzionato. Il rischio è stato da più parti avvertito. E' stato ad esempio rilevato come su 29 controversie antitrust, ben il 50% di sanzioni e risarcimenti sia stato corrisposto da imprese aventi la sede della società-madre fuori dal territorio statunitense³³³.

Vi sono poi altri meccanismi procedurali per i quali sarebbe necessario un maggior livello di armonizzazione piuttosto che un rafforzamento della cooperazione sia formale che informale³³⁴. Restando in ambito europeo, e concentrandoci sulle azioni di classe, è possibile presumere che lasciando una certa discrezionalità agli Stati membri nella scelta del modello da adottare si raggiunga una situazione non ottimale (è il c.d. rischio della "*race to the bottom*"). In effetti l'idea secondo la quale un sistema decentralizzato di scelta permetterebbe che all'interno dei singoli ordinamenti giuridici si sviluppi un sistema virtuoso di apprendimento reciproco, tale da facilitare l'accesso alla giustizia, appare smentito dai fatti³³⁵.

Prova di ciò potrebbe essere quanto avvenuto in Italia con il caso delle compagnie assicuratrici. Dopo che il cartello tra le compagnie assicuratrici fu sanzionato dall'AGCM, ci si sarebbe aspettati che migliaia di piccoli risparmiatori agissero per ottenere il risarcimento dei danni dalle compagnie assicuratrici coinvolte. Tuttavia ciò non è accaduto. La ragione principale potrebbe

³³² Alcune nazioni hanno cercato di rispondere adottando degli Statuti di blocco allo scopo di limitare tali decisioni al territorio statunitense. Altre nazioni hanno sostenuto nelle memorie fatte pervenire alla U.S. Supreme Court che l'esercizio di giurisdizione extraterritoriale sarebbe stato in contrasto con in principi che governano l'applicazione delle norme antitrust. Si è aggiunto che, laddove si consentisse a soggetti stranieri la possibilità di iniziare cause legali all'interno del territorio degli Stati Uniti d'America, si comprometterebbe l'efficacia delle politiche antitrust di altri Stati sovrani. Per un commento a tale sentenza dalla prospettiva dell'ordinamento giuridico tedesco si veda U. BOGE, K. OST, *sup. cit.*, 197. Si veda anche H. L. BUXBAUM, *German legal culture and the globalization of Competition Law: a historical perspective on the expansion of private antitrust enforcement*, in *Indiana University School of Law-Bloomington legal studies research paper series*, 2005, 112, disponibile alla pagina web <http://ssrn.com/abstract=716>.

³³³ Cfr. R. H. LANDE, J. P. DAVIS, *sup. cit.*, 6.

³³⁴ La scelta di un rafforzamento della cooperazione sembra essere in linea con la teoria secondo cui "mantenendo un livello minimo di differenze si faciliterebbe un processo di apprendimento della scelta che l'esperienza ha mostrato essere più efficace"; si veda R. VAN DEN BERGH, L. VISSCHER, *The principles of European Tort Law: the right path to harmonization*, paper presentato alla Convegno di Amburgo 2006, dal Rotterdam Institute of Law and Economics, 2006, 1. Per una distinzione tra cooperazione formale ed informale si veda OECD, *Hard core cartels – recent progress and challenges ahead*, 2003, 32, disponibile alla pagina web <http://www.oecd.org>. (visitata in data 10 settembre 2006). L'analisi del 2001 ha rivelato come le richieste di cooperazione formale siano state abbastanza infrequenti, rispetto a quelle formali.

³³⁵ W. KERBER, O. BUDZINSKI, *Towards a Differentiated Analysis of Competition of Competition Laws*, in 1 ZWeR Journal of Competition Law, 411, 2003.

individuarsi nella circostanza che il costo di ottenere giustizia di fronte alla Corte d'Appello, come giudice specializzato in tali controversie, abbia superato gli eventuali benefici associati alla probabilità di vincere le cause. In effetti le Corti d'Appello sono situate nei centri più densamente popolati, in maniera tale che per alcuni piccoli risparmiatori, residenti in piccoli Comuni, i costi di ottenere giustizia risultano doppi³³⁶. Essi hanno la necessità di pagare la consulenza degli avvocati operanti nei loro luoghi di residenza, ed in seguito dovranno sopportare le spese di domiciliazione dovute all'avvocato residente presso un Comune sede di Corte d'Appello. E' da sottolineare come, pur essendovi all'epoca i presupposti per ottenere un giudizio secondo equità presso i singoli Giudici di pace, il Legislatore italiano abbia deciso un repentino mutamento dell'art. 113 del Codice di Procedura Civile, atto, nell'immediato, ad evitare che le compagnie di assicurazione fossero sommerse da questa miriade di piccole richieste di risarcimento danni³³⁷.

Pare necessaria un'armonizzazione a livello internazionale dei principi e degli obiettivi delle diverse politiche antitrust, che rispecchi il modello descritto precedentemente. In assenza di ciò, è possibile che alcuni Stati, pur prevedendo formalmente il *private enforcement*, elaborino meccanismi procedurali atti sostanzialmente a disincentivare il ricorso a tali azioni risarcitorie, probabilmente al fine di favorire i campioni nazionali o anche di attrarre gli investimenti delle compagnie straniere nel loro territorio.

A livello europeo gli esempi addotti rafforzano l'opinione secondo la quale un forte processo di armonizzazione, oltre a risolvere le specifiche problematiche sopra menzionate promuoverebbe lo sviluppo del mercato interno, diminuendo l'attuale livello di incertezza, di ineguaglianza di trattamento e in ultima analisi di conflittualità³³⁸.

6.2. In particolare: la durata della prescrizione e la necessità di armonizzazione.

Il periodo di tempo oltre il quale si prescrive il diritto al risarcimento dei danni può costituire un limite all'instaurazione di azioni complesse come quelle oggetto del presente studio. Ciò vale sia per quanto riguarda le azioni indipendenti che quelle di seguito. La Corte di Giustizia nel caso Manfredi ha chiaramente stabilito che in assenza di regole condivise a livello europeo, spetti a ciascun Stato membro

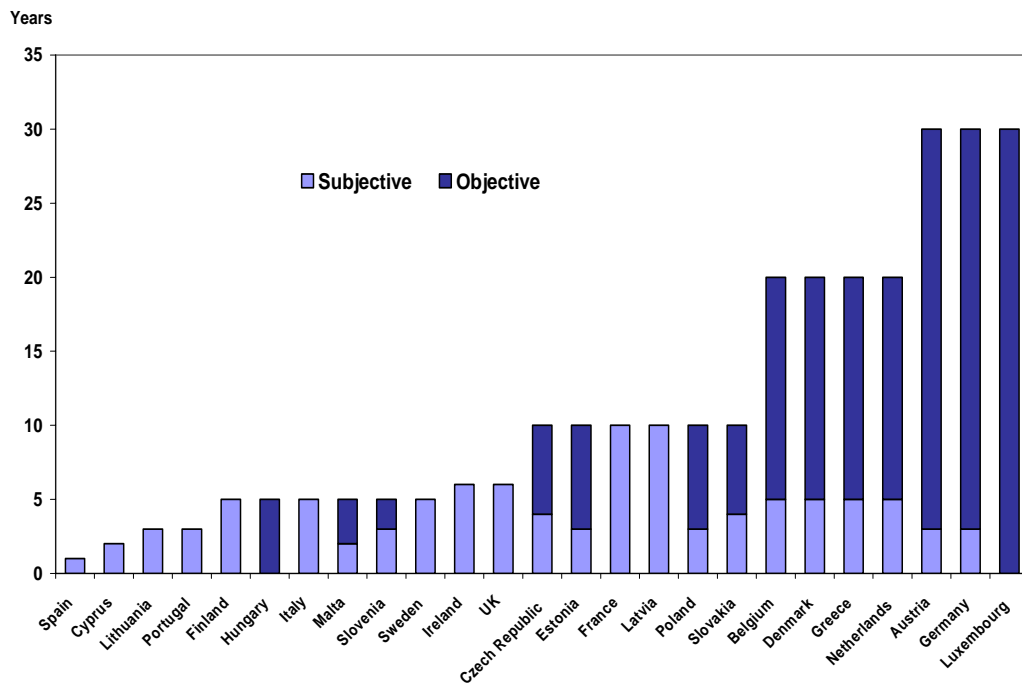
³³⁶ E' stato questo uno dei motivi che ha portato il Giudice di Pace di Bitonto a sollevare una questione pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, si veda la decisione del 30 giugno 2004, ricevuta dalla Corte in data 13 luglio 2004; Caso C-295/04.

³³⁷ Si potrebbe comunque sostenere come la decisione del legislatore sia stata dovuta alla necessità che tali pronunce venissero emanate da un organo giudiziale dotato di maggiore competenza ed esperienza in materia.

³³⁸ In tale senso si veda F. PARISI, E. CARBONARA, *The economics of legal harmonization*, in *George Mason Law and Economics Research Paper Series*, 2006, 3, disponibile alla pagina web <http://ssrn.com/paper=870519>, (visitata in data 11 settembre 2006). Tale aspetto è stato sottolineato tra gli altri da S. K. MEHRA, *More is less: a law and economics approach to the international scope of private antitrust enforcement*, in 77 *Temple Law Review*, 2004.

di stabilire la durata della prescrizione, in maniera tale che vengano però garantiti il principio di effettività e di equivalenza³³⁹.

A tale riguardo lo Studio Ashurst ha evidenziato come gli Stati Membri abbiano previsioni molto differenti per quanto concerne la durata della prescrizione. La figura che si riporta di sotto evidenzia tali differenze. In alcuni Stati il periodo inizia a decorrere dal momento in cui il soggetto viene a conoscenza della violazione (prescrizione soggettiva). In altri Stati, il periodo inizia a decorrere da quando si verifica il danno, indipendentemente dal fatto che il soggetto ne sia a conoscenza (prescrizione oggettiva).



Da tale grafico si evince chiaramente come le regole presenti in alcuni ordinamenti giuridici (Spagna, Cipro, Lituania, Portogallo) applicate alle condotte prese in considerazione, potrebbero anche rendere estremamente difficile la tutela degli interessi danneggiati.

Questi Stati prevedendo un periodo di tempo eccessivamente limitato, di fatto ostacolano l'esperibilità di tali azioni di risarcimento danni. Peraltro come è stato fatto notare da alcuni studiosi, se la durata della prescrizione è eccessivamente breve in relazione al diritto che si vuol fare valere, è lo stesso sistema di amministrazione della giustizia a soffrirne, in quanto ciò determina un maggior numero di investimenti da parte dei privati nella raccolta affrettata di prove, nel tentativo di riuscire nell'impresa di poter instaurare un giudizio in tempi così

³³⁹ La quale riprende l'opinione dell'Avvocato Generale Geelhoed. Cause riunite da C-295/04 a C-298/04, 26 gennaio 2006, §§59-61. Disponibili online alla pagina web <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=it&num=79939873C19040295&doc=T&ouver t=T&seance=CONCL>.

ristretti. Sarebbe pertanto opportuno allineare verso l'alto la durata della prescrizione negli Stati Membri appena citati.

Quanto alla determinazione di un periodo ottimale alcune considerazioni sono opportune. Potrebbe ritenersi necessario non stravolgere in maniera eccessiva le disposizioni già contenute nella maggior parte degli stati membri. Quasi tutti gli Stati Membri, ad eccezione del Lussemburgo, prevedono che la prescrizione inizi a decorrere dal momento in cui il soggetto ha o dovrebbe aver avuto consapevolezza del danno subito³⁴⁰. Di più a livello comunitario è espressamente stabilito che il potere della Commissione di imporre delle sanzioni per violazioni del diritto antitrust sia soggetto al decorso di un periodo di prescrizione di cinque anni³⁴¹. Ciò posto ed in considerazione delle precedenti osservazioni, potrebbe essere opportuno che tutti gli Stati Membri prevedano per le azioni di risarcimento danni in materia antitrust un periodo di prescrizione non inferiore ai 5 anni, che inizi a decorrere dal momento in cui il soggetto ha avuto, o dovrebbe aver avuto contezza della violazione in esame. Questa minima armonizzazione comporterebbe una maggiore certezza del diritto a livello europeo.

Ci si chiede infine se non sia necessario sospendere il periodo di decorso della prescrizione allorquando sia stato aperto un procedimento da parte dell'Autorità in merito alla medesima condotta nei cui confronti si intenda far valere il proprio diritto al risarcimento del danno. Ed inoltre ci si domanda se non sia opportuno prevedere che il periodo di prescrizione sia interrotto dall'apertura del procedimento pubblico. Coloro i quali si sono occupati della questione hanno mostrato un certo favore verso tale seconda ipotesi³⁴². In effetti nel caso in cui il procedimento venga aperto quando sia ormai decorso il termine prescrizionale, al termine di questo, il tempo rimasto potrebbe non essere sufficiente alla preparazione dell'azione giudiziaria³⁴³. Ne consegue che la soluzione più

³⁴⁰ Si veda la sentenza della Suprema Corte di Cassazione, n. 2305/07. Il profilo di maggiore interesse della pronuncia in esame riguarda proprio la decorrenza del termine di prescrizione per l'esercizio delle azioni di risarcimento danni in materia antitrust. La Corte ha chiarito che l'azione di risarcimento del danno subito dal consumatore per effetto di intesa anticoncorrenziale si prescrive in cinque anni dal giorno in cui deve ritenersi che il danneggiato, usando l'ordinaria diligenza, abbia avuto conoscenza del danno e della sua ingiustizia. La Corte, escludendo che la definitività dell'accertamento amministrativo sia pregiudiziale all'azione di danno aquiliano innanzi ai giudici ordinari, ha chiaramente stabilito che il termine prescrizionale è del tutto indipendente dall'iniziativa a tutela dell'interesse pubblico. Da questi chiarimenti emerge che l'accertamento della avvenuta esterizzazione del danno agli occhi della vittime non è automatico all'esito del procedimento amministrativo che sanzioni l'illecito. Questo accertamento dovrà essere compiuto caso per caso dal giudice di merito e sarà incensurabile in cassazione se sufficientemente e coerentemente motivato. Ne deriva che i soggetti sottoposti ad un procedimento istruttorio da parte dell'AGCM non potranno dunque fare sicuro affidamento sul fatto che, una volta sanzionati, le successive azioni di seguito (*follow-on actions*) incorreranno in un oggettivo termine prescrizionale di 5 anni (termine che sembra ad ogni modo già eccessivamente lungo). La pronuncia della Suprema Corte avrà l'effetto di incentivare maggiormente le azioni di seguito, in quanto i potenziali attori, garantiti dal fatto che la loro presunta mancanza di conoscenza di aver subito un danno sarà difficilmente controvertibile dal convenuto, useranno il maggiore tempo a disposizione per preparare con la dovuta attenzione le proprie azioni di risarcimento danni.

³⁴¹ Si veda art. 25 del Reg. 1/2003

³⁴² Cfr. lo studio presentato alla Commissione Europea da A. RENDA ET AL., *sup. cit.* 536 e ss.

³⁴³ In effetti l'opzione tedesca (§ 33 (5) GWB) prevede che la sospensione termini dopo sei mesi dal giorno in cui la decisione dell'Autorità nazionale, della Commissione Europea o dell'Autorità

efficiente dovrebbe essere almeno quella di prevedere che il termine prescrizione inizi a decorrere *ex novo* dopo che l'Autorità si sia pronunciata sulla questione o, nel caso in cui il provvedimento venga impugnato, dopo che una sentenza abbia definitivamente confermato l'illiceità del comportamento collusivo.

a tutela della concorrenza di qualsiasi altro Stato membro sia divenuta vincolante per il destinatario.

7. CONCLUSIONI

All'inizio del presente lavoro si è sottolineato la necessità che ogni dibattito sulla desiderabilità dell'attuazione privatistica delle norme antitrust non prescinda da una chiara individuazione degli obiettivi da perseguire, insieme ad una netta presa di coscienza che non tutte le fattispecie antitrust hanno bisogno di un'identica risposta sanzionatoria. Si è deciso di concentrare la nostra analisi sulle intese orizzontali dal contenuto anticompetitivo, essendo queste le fattispecie che maggiormente hanno attirato l'attenzione pubblica.

Nella prima parte del presente lavoro si sono indicati i principi sui quali dovrebbe basarsi una risposta ottimale nei confronti di tali atti illeciti. In seguito ci si è interrogati sulla possibilità che i singoli soggetti giuridici, attraverso l'instaurazione di cause civili, riescano a limitare in maniera ottimale la formazione di tali intese. In ragione del forte livello di asimmetrie informative, dell'inopportunità di concedere ai soggetti privati determinati poteri investigativi e sanzionatori, ma principalmente della difficoltà insita nell'allineare gli incentivi dei privati a quelli della società, si è ritenuto di dover rispondere al quesito in maniera negativa.

Si è poi analizzato se sia efficiente che accanto all'iniziativa di un organismo centralizzato pubblico nella lotta alla formazione dei cartelli venga prevista la concorrente possibilità per i privati di agire in maniera autonoma e indipendente per l'accertamento dell'illecito e per l'ottenimento del risarcimento dei danni (c.d. doppio binario puro di tutela). In effetti, così come accade per altre funzioni pubbliche nell'ambito del diritto dell'economia, si potrebbe ritenere più efficiente, nell'ottica del raggiungimento di un livello di deterrenza ottimale, un sistema in cui solo l'Autorità centralizzata venga incaricata di comminare una sanzione tale da alterare il calcolo dei benefici derivanti per i singoli soggetti dalla violazione della norma. Si potrebbe cioè ritenere preferibile che ai privati venga lasciata solo la possibilità di agire dopo che un'Autorità centralizzata abbia accertato l'illecito (c.d. doppio binario impuro). Ciò in ragione del timore che si possa scatenare un microcosmo caotico di giudicati contrastanti, con l'inutile e deprecabile dispendio di risorse economiche per la società, sia in termini di costi di amministrazione della giustizia, che dei costi per le singole imprese. Si è però riflettuto sul fatto che senza la possibilità per più soggetti (i.e. i singoli giudici nazionali) di sindacare in maniera autonoma e decentrata il contenuto anticompetitivo delle intese orizzontali, il rischio di cattura dei vertici degli organismi di regolazione e garanzia diventerebbe elevato. Questo anche se si pensasse alla pur auspicabile introduzione di un sistema di tutela centralizzato sulla falsariga del modello statunitense della *split-function* o anche di altri correttivi.

La principale ragione che spinge a rifiutare la possibilità di un modello di tutela basato sul c.d. doppio binario impuro è stata l'analisi dell'attuale livello di probabilità che un cartello venga scoperto, assieme alla contestuale presa di coscienza che le sanzioni attualmente imposte non sono assolutamente in grado di apprestare un livello ottimale di deterrenza nei confronti di tali condotte anticompetitive. Assumendo che l'Autorità abbia risorse finanziarie limitate, tali da non poter incidere notevolmente sull'aumento delle probabilità che i cartelli vengano scoperti, si è calcolato che la sanzione ottimale sarebbe così alta, da non

potersi ritenere equa nei confronti di quei pochi soggetti colpiti dal provvedimento di condanna.

All'inizio dell'analisi si è premesso come esuli dallo studio la possibilità di poter comminare pene detentive nei confronti dei rappresentanti della società o di poter configurare tra i reati accessori a quelli configuranti la responsabilità amministrativa dell'impresa anche la realizzazione di un cartello. Ecco allora che la possibilità per i privati di agire autonomamente rappresenta la strada più efficiente nell'ottica di un sistema improntato al raggiungimento di un livello di deterrenza ottimale: tale possibilità può infatti servire allo scopo di aumentare la probabilità che altri cartelli, magari operanti in mercati o ambiti geografici attigui a quelli accertati dall'Autorità centralizzata, vengano scoperti. Aumentando le probabilità di sanzione, l'ammontare complessivo che le imprese partecipanti ad un cartello sarebbero chiamate complessivamente a corrispondere verrebbe ad essere più in linea con l'entità dei danni effettivamente arrecati alla società.

Solo dopo avere delimitato in tal senso lo spazio e la funzione da assegnare al *private enforcement* (c.d. "doppio binario puro"), si è provato ad indicare i possibili rimedi sostanziali e procedurali che potrebbero facilitarne lo sviluppo, minimizzandone i costi.

Al fine di raggiungere uniformità di trattamento e una diminuzione dei costi giudiziali, si è suggerita l'opportunità di rendere vincolanti, anche a livello nazionale, i provvedimenti non più impugnabili relativi alle medesime violazioni della disciplina antitrust oggetto di causa civile. Si è dunque indicata l'adozione di alcuni meccanismi di garanzia cui subordinare l'adozione di tale scelta. Sempre al fine di raggiungere una migliore coordinazione tra i due piani di tutela, privatistico e pubblicistico, si è auspicata l'estensione, anche a livello nazionale, di alcuni meccanismi già presenti all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario, quali la possibilità per l'Autorità di agire come *amicus curiae*. Un'altra soluzione, parimenti desiderabile, consisterebbe nel creare i presupposti affinché l'Autorità possa fornire una stima complessiva dei danni arrecati dalla condotta anticompetitiva.

Si è poi affrontato il problema della legittimazione attiva e della prova del nesso causale tra condotta anticompetitiva e i pregiudizi subiti dalle singole vittime. Partendo dall'assunto, empiricamente dimostrato, che le intese anticompetitive siano in grado di incidere sul benessere sociale, si è verificato come esistano una serie di modelli economici in grado di stimare quanta quota parte del pregiudizio complessivo sia stato subito da una serie di potenziali attori. Potrebbe risultare eccessivamente oneroso tuttavia per ciascuna delle vittime stimare con esattezza la propria parte. Come è stato sostenuto da autorevole dottrina potrebbe ritenersi opportuno che "al fine di riequilibrare le posizioni di forza delle parti occasionali con quelle delle parti abituali nonché di temperare l'onere probatorio in presenza di fenomeni di causalità non sussumibili sotto leggi di natura scientifica dotate di certezza assoluta, ammettersi che la riferibilità di una molteplicità dei danni-evento ad un comportamento o un'omissione della controparte della classe possa ritenersi provata in presenza di indagini statistiche, unitamente ad altri elementi presuntivi (pur se nel concreto alcuni eventi non sarebbero pienamente riconducibili al convenuto). Peraltro, ed il dato non è di poco conto, una volta introdotta anche nel nostro ordinamento giuridico la

possibilità di attivare azioni di classe o collettive in relazione a tali fattispecie, la responsabilità del convenuto potrebbe essere dimostrata anche rispetto alla classe (comprensiva solo di quei soggetti i cui danni-evento sono, secondo un accertamento causale statistico, riconducibili al comportamento o l'omissione del convenuto), ma non necessariamente rispetto a ciascun membro singolarmente considerato (il fatto generatore di responsabilità viene accertato "collettivamente" e la circostanza che non possa essere data una prova della causalità individuale per ciascun membro non comporta il rigetto della domanda collettiva)". Non sfugge però come la soluzione passi attraverso quella che si definisce una "razionalizzazione delle diverse posizioni bilaterali tipiche di ingiustizia". Nel tentativo di definire una possibile area di interessi lesi dalle condotte in esame, si è dunque analizzata la posizione dei compratori indiretti. Si sono così passate in rassegna le ragioni che militano nel senso di un riconoscimento pieno della loro legittimazione attiva, nonché della possibilità per il convenuto di difendersi eccependo l'avvenuta traslazione del danno da parte dell'attore.

Si è poi passati ad analizzare i diversi modelli di azioni di gruppo, al fine di verificare quali di essi possa ritenersi maggiormente adeguato nel tentativo di contrastare la realizzazione degli illeciti oggetto del presente studio. In particolare si è rilevata l'inadeguatezza del modello *opt-in*, soluzione questa prescelta di recente dal legislatore italiano. Questo poichè il costo di manifestare la volontà di essere inclusi nella classe potrà sovente superare il beneficio atteso dal risarcimento del danno. Di più il modello *opt-in* mal si presta a combattere la formazione di quei cartelli le cui vittime non sono identificabili (es. il cartello tra i distributori di birra, dove gli atti d'acquisto non recano il nominativo del consumatore). Si è dunque auspicata l'introduzione di modalità di ammissione nella classe dei rappresentati più simili all'esperienza nordamericana (*opt-out* e in alcuni casi *mandatory*), indicando come opportuni meccanismi di risarcimento indiretti, dove quello che non viene reclamato dal singolo può essere utilizzato per servire gli scopi della classe. Ciò in un contesto in cui la fase di liquidazione del danno alle singole vittime non comporti costi superiori al risarcimento atteso. Alcuni accorgimenti procedurali sono stati indicati al fine di allineare gli incentivi degli avvocati e dei soggetti da essi rappresentati (patto di quota lite, controllo da parte di soggetti terzi sugli accordi transattivi). Infine si sono rilevati i vantaggi insiti nell'allargamento della possibilità di esperire un'azione di classe a tutti i soggetti interessati. In questo modo le associazioni rappresentative dei consumatori, attraverso il finanziamento dello stato e il contributo volontario dei privati, potrebbero specializzarsi in alcuni settori ritenuti particolarmente sensibili, mentre l'aumento del numero dei controllori privati diminuirebbe il rischio di condizionamento del loro operato.

L'ulteriore ostacolo allo sviluppo del *private enforcement* è quello dell'accesso alle prove dell'illecito anticompetitivo. Il problema si ritiene comune a tutte le fattispecie anticompetitive, in quanto la maggior parte dei dati necessari a provare l'esistenza di un comportamento abusivo resta nella sfera di disponibilità dell'autore della condotta. Si è sostenuto in particolare l'inadeguatezza del nostro processo di cognizione ordinaria, come quello di altri Stati Membri dell'Unione Europea appartenenti alla famiglia di *Civil Law*, ad una soluzione efficiente dei conflitti in materia antitrust.

Nei sistemi di *common law*, l'attore ha una maggiore possibilità di accedere ad un minor costo e in tempi più brevi alle prove in possesso di controparte e di terzi attraverso le c.d. *discovery* o *disclosure obligations*. In effetti, il potenziale attore, pur non avendo ancora la convinzione di poter succedere nel processo, viene fortemente incentivato ad iniziare un'azione legale, confidando di aumentare da subito l'entità delle sue prove anche man mano che la *discovery* va avanti, senza dover necessariamente sopportare i costi legati all'intervento del giudice. In ragione del fatto che la convergenza delle informazioni tra le parti processuali avviene in una fase anteriore rispetto a quanto accade nei paesi di *civil law*, si ritiene generalmente che tale sistema permetta non solo di facilitare l'accesso alla giustizia ma anche di ridurre la durata media dei processi.

Tuttavia l'adozione di un sistema di accesso alle prove simile a quello statunitense o al modello inglese nei paesi i cui sistemi processuali aderiscono fedelmente al principio dispositivo potrebbe, per le fattispecie che stiamo prendendo in considerazione, recare vantaggi non proporzionati ai costi.

La possibilità che il convenuto possa essere soggetto alle richieste di *discovery* di controparte senza il filtro del giudice *ex ante* può esporlo al rischio che informazioni non necessarie per l'esito della controversia e magari confidenziali vengano svelate (c.d. *fishing expeditions*). In sostanza il problema anche in questo caso è analogo a quello che si è rilevato precedentemente per le azioni di gruppo, ovvero che gli avvocati potrebbero assecondare le richieste istruttorie di controparte al fine di dover revisionare più documenti di quanto sia necessario, al solo fine di ottenere un compenso più elevato (c.d. *principal agent problem*). Ne deriva che, in assenza di meccanismi in grado di allineare gli incentivi tra gli avvocati e i loro clienti, il sistema potrebbe esporsi ad un inutile e deprecabile aumento dei costi processuali.

Ad ogni modo, le informazioni determinanti, anche solo a confutare le difese del convenuto, potranno essere ottenute solo accedendo ad una serie di documenti in possesso di controparte. In Italia, così come nella maggioranza degli altri Stati membri, l'ordine del giudice può essere però ottenuto solo con riferimento ad un preciso documento in possesso della controparte. E' evidente come la possibilità che l'ordine del giudice riguardi una sfera più ampia di informazioni non può che contribuire a facilitare ulteriormente il successo di queste azioni di risarcimento danni. Grazie all'introduzione di tali disposizioni normative si riuscirebbe così, in omaggio al principio della vicinanza della prova, a facilitare ed incentivare azioni che, in assenza di altri correttivi (e.g. azioni di gruppo), potrebbero anche non essere mai iniziate.

Rispetto alle soluzioni adottate nei paesi di *common law*, il mantenimento del principio della centralità del ruolo del giudice nella fase dell'acquisizione delle prove nel processo eviterebbe peraltro in radice il rischio che il convenuto resti senza difesa, indebitamente esposto a richieste abnormi delle parti attoree, in grado di estrapolare dati confidenziali circa le strategie commerciali dell'impresa stessa.

Nell'ottica di garantire la riservatezza di tali informazioni e quindi per prevenire il rischio che alcune cause vengano instaurate al solo scopo di conoscere le strategie commerciali del rivale, è però opportuno un serio, e dunque costoso, sindacato da parte del giudice sulla quantità e qualità di informazioni che il

convenuto sarà tenuto a fornire, nonché sui dati che potranno senz'altro essere rivelati all'attore. Al fine di evitare poi che il costo inerente la produzione di un maggior numero di documentazione venga sopportato dal convenuto più volte, potrebbe essere opportuno prevedere un sistema di accesso al fascicolo di causa che consenta ad altri potenziali attori di utilizzare quelle stesse informazioni.

Da ultimo è stato esaminato il fenomeno delle esternalità negative dovute alla crescente dimensione internazionale delle intese anticompetitive ed alla differenza tra le normative statali in materia antitrust. Al fine di raggiungere un livello ottimale di deterrenza di tali intese, ma anche di risarcimento delle vittime, evitando disomogeneità di trattamento, si è proposto di armonizzare il più possibile i vari sistemi di tutela antitrust secondo il modello delineato, piuttosto che confidare nell'innalzamento del livello di cooperazione formale e informale. Alcune evidenze empiriche fanno ritenere chimerici fenomeni di virtuoso apprendimento da parte dei singoli ordinamenti giuridici nazionali.

Tra gli aspetti che andrebbero armonizzati almeno a livello europeo si sono indicati la possibilità di comminare danni punitivi, il modello di azione di classe, nonché la durata della prescrizione. Questo promuoverebbe lo sviluppo del mercato interno, diminuendo l'attuale livello di incertezza, di ineguaglianza di trattamento e in ultima analisi di conflittualità.

Come indicato in premessa, un indirizzo per un'eventuale futura ricerca potrebbe essere quello di verificare la validità del modello proposto anche alle altre fattispecie anticoncorrenziali, convinti tuttavia del fatto che la maggior parte delle osservazioni svolte possano essere riproposte.

Bibliografia

ALARIE, B., *Kingstreet Investments: Taking a Pass on the Defence of Passing On*, disponibile alla pagina web http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1023789, 2007.

ALESSI, C., G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, in quaderni di diritto commerciale europeo, 170, Torino, 1991.

ALPA, G. *Diritto dei Consumatori*, Roma-Bari, 1999.

ALVISI, C., *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, 1, 81, Milano, 1991.

AMATO, G., *Il Potere e l'Antitrust*, Bologna, 1998.

AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE, *Working Group on Civil Remedies, established by the American Antitrust Institute for purposes of responding to the AMC's June 10, 2006*, disponibile alla pagina web <http://www.antitrustinstitute.org/archives/files/519.pdf>.

AMERICAN BAR ASSOCIATION TASK FORCE, *Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law Task Force to Review Proposed Legislation to Repeal or Modify Illinois Brick*, 52 Antitrust L.J., 841, 1984.

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Civil Remedies-Indirect Purchaser Discussion Memorandum*, disponibile alla pagina web http://www.amc.gov/pdf/meetings/CivRem-IndP_DiscMemo060504-fin.pdf, 2006.

AMICO, P., *Intese e pratiche lesive della concorrenza: alla ricerca di un modello europeo per le azioni di risarcimento danni*, I contratti, n. 4/2005.

ANGLAND, J., S. V. BOMSE, A. T. HORVATH, *Procedural aspects of private antitrust litigation*, Corporate Law and Practice Course Handbook Series PLI Order No. 8497, January-February, 2006.

ARENA, G., *Il segreto amministrativo*, Padova, 1993.

ASHURST, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – comparative report*, disponibile alla pagina web http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/national_reports/spain_en.pdf, 2004.

BAKER, J. D. *The case for antitrust enforcement*, in 17(4) Journal of Economic Perspectives, 42, 2003.

BARRA CARACCILO, L., *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale negli U.S.A.*, Torino, 1997.

BASSO, L.J., T.W. ROSS, *Measuring the True Harm from Price-Fixing to Both Direct and Indirect Purchasers*, disponibile online alla pagina web http://csgb.ubc.ca/working_papers.html, 2007.

BASTIANON, S., *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole*, in *Danno e responsabilità*, 1153-1160, 12/2001.

BASTIANON, S., *Nullità «a cascata»? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 1070, 2004.

BASTIANON, S., *Il risarcimento del danno anitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, n. 2, 329, 2006.

BECKER, G., *Crime and Punishment: an economic approach*, 76 Journal of Political Economy, 169, 1968.

BECKER, G., G. STIGLER, *Law, enforcement, malfeasance and compensation of enforcers*, 3 *Journal of Legal Studies*, 1974.

BENSTON, G. J., *Indirect purchaser's standing to claim damages in price fixing antitrust actions: a benefit-cost analysis of proposals to change the Illinois Brick rule*, 55 *Antitrust Law journal*, 213, 1986.

BERRUTI, G. M. *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio civile*, Milano, 1991.

BERTOLOTTI A., *Ancora su norme antitrust e contratti "a valle"* nota a Corte App. Brescia, 29 gennaio 2000, in *Giur.it.*, 1876, 2000.

BETTENDORF, L., F. VERBOVEN, *Incomplete transmission of coffee bean prices: Evidence from the Netherlands*, 27 *European Journal of Agricultural Economics*, 1, 2000.

BIANCA, C.M., *Diritto Civile, il Contratto*, Milano, 2004.

BIGLIAZZI GERI, L., *Interesse legittimo, diritto privato*, in *Dig. disc. priv. civ.*, IX, 543 ss, Torino, 1993.

BLAIR, R.D., J. B. HERNDON, J. B. LOPATKA, *Resale price maintenance and the private antitrust plaintiff*, in *Washington University Law Quarterly*, 2005.

BOCCACCIO, M., G. BRUZZONE, *Modernization after the start-up: taking care of details for the effective operation of the system*, disponibile alla pagina web [www1.assonime.it/.../118/C1256A7800386916C125732500567792/\\$File/NS11227072007.pdf?OpenElement](http://www1.assonime.it/.../118/C1256A7800386916C125732500567792/$File/NS11227072007.pdf?OpenElement), 2007.

BOGE, U., K. OST, *Up and running, or is it? The situation in Germany and policy perspective*, in 27 (4) *European Competition Law Review*, 2006.

BOLOTOVA, Y, *Cartel overcharges: an empirical analysis*, disponibile alla pagina web <http://ssrn.com/abstract=931211>. (2006).

BORENSTEIN, S., A.C. CAMERON, R. GILBERT, *Do Gasoline Prices Respond Asymmetrically to Crude Oil Price Changes?*, 112 *Quarterly Journal of Economics*, 1997.

BOS, I, M.P. SCHINKEL, *On the scope for the European Commission's 2006 fining guidelines under the legal fine maximum*, working paper disponibile alla pagina web <http://www1.fee.uva.nl/pp/personalpage.asp?personid=40&page=wp>.

BOUCKAERT, B., G. DE GEEST, (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume IV, The Economics of Public and Tax Law*, disponibile alla pagina web <http://encyclo.findlaw.Com/5000book.Pdf>, 2000.

BRANDER, J., T.W. ROSS, *Estimating Damages from Price-Fixing*, 3 *Canadian Class Action Review*, 335-369, 2006.

BREHM, W., *Beweisrecht in Deutschland*, in *The Law of Evidence in the European Union* (Lebre De Freitas Ed.), 179, 2004.

BRYANT, G., E. W. ECKARD, *Price fixing: the probability of getting caught*, 73 *The Review Of Economics And Statistics*, 531, 1991.

BRODLEY, J. F., *Antitrust standing in private merger cases: reconciling private incentives and public enforcement goals*, in 94 *Michigan Law review*, 1, 1995.

BRONSTEEN, J., *Class-Action settlements-an opt-in proposal*, *Univ. Illinois Law Rev.*, 903, September 2005.

BUCCIROSSI, P., G. SPAGNOLO, *Optimal fines in the Era of Whistleblowers. Should price fixers still go to prison?*, disponibile alla pagina web <http://www.iue.it/Personal/Motta/forum/Roma14-15Oct05/ShouldStillSept19.pdf>, 2005.

BUCKHOLD, W., R. COTTERILL., L. EGAN, *Beyond Illinois Brick: The Law and Economics of Cost Pass-Through in the ADM Price Fixing Case*, 18(1) *Review of Industrial Organization*, 45, 2001.

BULST, F., *Private Antitrust Enforcement at a Roundabout*, 7 European Business Organization Law Review, 725-746, 2006.

BUNDESKARTELLAMT, *Private Kartellrechtsdurchsetzung Stand, Probleme, Perspektiven*, 2005.

BURROWS, E., *Review of merger decision by the Cat : a question of evidence*, 5(3) Comp. L.J., 169-183, 2006.

BUXBAUM, H. L., *German legal culture and the globalization of Competition Law: a historical perspective on the expansion of private antitrust enforcement*, in Indiana University School of Law-Bloomington legal studies research paper series, disponibile alla pagina web <http://ssrn.com/abstract=716362>, 2005.

CAIANIELLO, V. *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in Foro Amm., 341, 1997.

CAMERA DEI DEPUTATI, *La tutela degli interessi collettivi*, disponibile alla pagina web <http://legxv.camera.it/banchedatiKM/Documenti/Leg15/Dossier/Testi/MLC007.htm>, 2006.

CAMILLI, E.L. *Optimal fines in cartel cases and the actual EC policy*, in 29(4) *World Competition*, 2006.

CAMMEO, F. *Corso di diritto amministrativo*, ristampa con note di aggiornamento a cura di G.Miele, Padova 1968.

CAMPBELL, T. J., *Commentary on the data base of the Georgetown study*, in *Private Antitrust Litigation*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1988, 82.

CANNADA BARTOLI, E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1956.

CAPPONI, B., *Diritto comunitario e azioni di interesse collettivo dei consumatori*, in *Il foro italiano*, 439-455, 1994.

CARONGIU, S., *Pregiudizio subito e quantum risarcitorio nelle sentenze di punitive damages: l'impossibile riconoscimento in Italia*, 89(2) *Int'l Lis*, 2004.

CARPAGNANO, M., *Poena ad Paucos, Metus ad omnes perveniat*, in *Contratto impresa europa*, n. 1/07.

CARUSO, A., *Colpa nell'illecito antitrust*, in 2 *Danno e Responsabilità*, 1998.

CASSINIS, P., P. FATTORI, *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*, in *I contratti*, 4/2001, 418.

CASSINIS, P., *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e impresa/europa*, 741, 2006.

CASTRONOVO, C., *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 469, 2004.

CASTRONOVO, C., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 1165, 2004.

CAVANAGH, E.D., *Illinois Brick revisited: An analysis of a developing antitrust jurisprudence*, *Val. U.L. Review*, 743, 63, 1983.

CAVANAGH, E.D., *Pleading rules in antitrust cases: a return to fact pleading?*, 21 *Rev. Litig.* 1/2002.

CHARBONNEAU, C., F.J. PANSIER, *Le droit de la preuve est un totem moderne*, *Gaz. Pal.*, 2., 2000.

CHIARLONI, S., *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori alla luce della legislazione vigente e dei progetti all'esame del Parlamento*, disponibile sul sito www.judicium.it, 2007.

CLARICH, M., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. Amm.*, I, 77 e ss, 1993.

CLARICH, M., *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust a cura di F. Cintioli, G. Olivieri*, Milano, 2007.

CLARK, E., M. HUGHES, D. WIRTH, "Analysis of economic models for calculation of damages", disponibile alla pagina web http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/economic_clean_en.pdf.

CLARKE, J.L., S.J. EVENETT, *The Deterrent Effects of National Anticartel Laws: Evidence from the International Vitamins Cartel*, *The Antitrust Bulletin*, Fall 2003.

CLAY, D.R., *Federal Attraction for the Interstate Class Action: The Effect of Devlin v. Scardelletti and the Amendments to Federal Rule of Civil Procedure 23(e) on Class Action "Minimal Diversity" Concerns*, 52 *EMORY L.J.* 1877, 1880, 2003.

COFFEE, J. C., *Rescuing the private attorney general: why the model of the lawyer as Bounty hunter is not working*, 42 *Maryland Review* 215, 1983.

COFFEE, J. C., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions*, 86 COLUM. L. REV. 669, 714, 1986.

COLANGELO, G., *Intese «obtorto collo» e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario* in Corr. giur., 454, 2002.

COMBE, E., C. MONNIER, *Cartel Profiles in the European Union*, Concurrences N° 3, 181-189, 2007.

COMMISSIONE EUROPEA, *Green Paper on damages actions for breach of the EC Antitrust rules*, disponibile alla pagina web [http:// ec.europa.eu /comm. / competition / antitrust /others / actions _for _damages/ index _en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/index_en.html).

COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff working paper*, allegato al *Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Brussels, 2005.

CONNOR, J. M., *Private international cartels: effectiveness, welfare and anticartel enforcement*, Purdue Agricultural Economics Working Papers, No.04-05.

CONNOR, J. M., *Optimal deterrence and private antitrust enforcement*, Manuscript, Purdue University.

CONNOR, J. M., C. G. HELMERS, *Statistics on modern private international cartels*, Working Paper #06-11, Dept. of Agricultural Economics Purdue University disponibile alla pagina web http://www.agecon.purdue.edu/working_papers/workingpaper.connor.11.10.06.pdf, 2006

CONNOR, J.M. *Global Price Fixing: Our Customers are the Enemies*, Kluwer Academic Publishing, 2007.

CONNOR, J.M., *Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence*, Chapter 4, pp. 59-153 in John B. Kirkwood (editor), Volume 22 of *Research in Law and Economics*. Oxford, Amsterdam and San Diego: Elsevier, 2007.

CONSOLO, C., *Class actions fuori dagli USA? (un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Rivista di diritto civile*, I, 609-660, 1993.

CRANDALL, R.W., C. WINSTON, *Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence*, in 17 *J. Econ. Persp.*, 3, 2003.

CRAYCRAFT, C., J. CRAYCRAFT AND J. GALLO, *Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay*, 12 *Review of Industrial Organization*, p. 171, 1997.

CRASWELL, R. C., *Deterrence and damages: the multiplier principle and its alternatives*, 97 Michigan Law Review 2183, 1999.

DE TOMBE-GROOTENHUIS, M., *The Law of evidence in Civil Proceedings in the Netherlands*, in “The Law of Evidence in the European Union” (Lebre De Freitas Ed.), 327, 2004.

DELLI PRISCOLI, L., *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, Nota a Cass. sez. I civ. 1 febbraio 1999, n. 827, in *Giurisprudenza commerciale*, , fasc. 3, 231-232, 1999.

DEN HERTOOG, J., *General theories of regulation*, Utrecht, 1999.

DI FEDERICO, G., P. MANZINI, *A law and economics approach to the new european antitrust enforcing rules*, Erasmus Law and Economics Review 1, no. 2, 2004.

DI MAJO, A., *I diritti soggettivi (collettivi) delle associazioni di consumatori*, in *Il Corriere Giuridico*, 6/2006.

DARI MATTIACCI, G., *Carrots, Sticks and the Multiplication Effect*, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, disponibile alla pagina web <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=bple>, 2006.

DAUGHETY, A.F. AND J.F. REINGANUM, *Information externalities in settlement bargaining: confidentiality and correlated culpability*, in 22 RAND Journal of Economics, 587, 2002.

DAYAGI-EPSTEIN, O., *Representation of Consumer Interest by Consumer Associations – Salvation for the Masses?*, 3(2)The Competition Law Review, 209-249, 2007.

DENOZZA, F., *Antitrust*, Bologna 1988.

DIEMER, C., *The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, in 27(6) European Competition Law Review, 309, 2006.

DOCEKAL, M. U., P. KOLBA, H-W. MICKLITZ, P. ROTT, *The Implementation of Directive 98/27/EC in the Member States* (Bamberg/Vienna, 2005).

DONATIVI, V., *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Milano, 1990.

DONDI, A., *Funzione “remedial” delle “Injunctive class actions”*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988.

DOUGLAS MELAMED, A., *Damages, deterrence and antitrust – A comment on Cooter*, Law And Contemporary Problems, 1997.

ELHAUGE, E., *Does interest group theory justify more intrusive judicial review?*, in Yale Law Journal, 31, 1991.

EHLERMANN, D., LAUDATI (A CURA DI), *European Competition Law Annual 1997: objectives of competition policy*, Oxford, 1998.

EISENBERG, T., G. P. MILLER, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues 22*, N.Y.U. Law & Econ. Research Paper No. 04-004, 2004, *disponibile alla pagina web* <http://papers.ssrn.com/abstract=528146>.

ELZINGA, K. G., W. BREIT, *The Antitrust penalties: a study of Law and Economics*, Yale University Press, 1976.

ELZINGA, K., W. BREIT, *Private antitrust enforcement: the new learning*, in 28 Law and Economics Journal, 405, 1985.

ELZINGA, K., W. C. WOOD, *The costs of the legal system in Private Antitrust Enforcement*, in “*Private Antitrust Litigation*”, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 107, 1988.

EUROBAROMETER, *European Union Citizens and Access to Justice*, October 2004. Disponibile online alla pagina web: http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/execsum_11-04_en.pdf

EUROBAROMETER, *Consumer protection in the Internal Market*, September 2006. Disponibile online alla pagina web: http://ec.europa.eu/consumers/topics/eurobarometer_09-2006_en.pdf

FAELLA, G., *Boicottaggio collettivo, tutela giurisdizionale e risarcimento del danno*, disponibile alla pagina web <http://www.law-economics.net/public/Bluvacanze.pdf>.

FATTORI, P., *La tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, a cura di E.A. Raffaelli, 297, Milano, 1999.

FAURE, M. G., *Regulation of attorneys in Belgium*, in *Regulation of Profession*, Maklu, 89, 1993.

FAVA, P., *Class action all'italiana: "Paesi che vai, usanza che trovi" (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e n. 3839)*, in: *Corriere giuridico*, n. 3, 2004.

FAVA, P., *Class Actions tra efficientismo processuale, aumento di competitività e risparmio di spesa: l'esame di un contenzioso seriale concreto*, in *Il Corriere Giuridico*, 535, 4/2006.

FAVA, P., *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*, *Corr. giur.*, 497, 2007.

FEINBERG, R.M., *The enforcement and effects of European competition policy: Results of a survey of legal opinion*, *Journal of Common Market Studies*, vol. XXIII, 373, 1985.

FERRIS, F., *Toward the application of art. 81.3 by national Court: an English perspective*. *Scripta iuris europaei ERA-Forum* 2001.

FISHER, F. M., *Multiple Regression in Legal Proceedings*, in *Col. L. Rev.*, 702, 1980.

FRANCHINI, C., *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in C.Franchini e S.Cassese (a cura di), *I Garanti delle regole: le Autorità Indipendenti*, Bologna, 1996.

FRIGNANI, A., *L'azione inibitoria per violazione di norme antitrust nella CEE e nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Ind.*, I, 128 e ss., 1968.

FRIGNANI, A., R. PARDOLESI (a cura di), *La Concorrenza*, vol. VII, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani, G. A. Benacchio, Torino, Giappichelli, 2006.

FRIGNANI, A., R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI E L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993.

GENIN-MERIC, R., *Droit de la preuve: l'exemple francais*, in *The Law of Evidence in the European Union* (Lebre De Freitas Ed.), 137, 2004

GENOVESE, A., *Il risarcimento del danno per violazione di norma antitrust: l'esperienza americana*, in *Riv. Soc.*, 1, 706, 1992.

GHIDINI G., V. FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, n.2, 1999.

GIUDICI, P., *Private Antitrust Law Enforcement In Italy*, 1(1) *Comp L Rev*, 2004, disponibile alla pagina web www.clasf.org/CompLRev

GOBBO, F., *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 2001.

GRIFFIN, J., *Previous Cartel Experience: Any Lessons for OPEC?* In Klein, L.R. and J. Marquez (a cura di) *Economics in Theory and Practice: An Eclectic Approach*, Kluwer Academic Publishers, 1989.

GINSBURG, D. H., *Comparing antitrust enforcement in the United States and Europe*, in 1 *Journal of Competition Law and Economics*, 427, 2005.

GIUSSANI, A., *La prova statistica nelle class-actions*, in Riv. Dir. Proc. Civ. 1029, 1989.

GIUSSANI, A., *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996.

GUIZZI, G., *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in Rivista Di Dir. Commerciale, I, 67, 1999.

GUIZZI, G., *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, Nota a Cass., ord. 17 ottobre 2003, n. 15538, sent. 11 giugno 2003, n. 9384 e Giud. Pace Albano Laziale 10 settembre 2003, in Foro.It., I, 479, 2004.

HARBOUR, L.J., V. W. ADDAM, O. DEBOUZY, *Representative Actions: Access to Justice?*, disponibile alla pagina web <http://library.findlaw.com/2003/Feb/20/132560.html>, 2003.

HARDING, C., *European Community Investigations and Sanctions, the Supranational Control of Business Delinquency*, Leicester University Press, 1993.

HARRIS, R., L. SULLIVAN, *Passing on the monopoly overcharge: a comprehensive policy analysis*, 128 *University of Pennsylvania Law Review*, 269, 1979-80.

HAY, B. L., D. ROSENBERG, *"Sweetheart" and "Blackmail" Settlements in Class Actions: Reality and Remedy*, 75 *Notre Dame L. Rev.*, 1377, 2000

HELLWIG, M., *Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist's Perspective*, disponibile online alla pagina web http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2006_22online.pdf, 2006.

HENSLER, D. R., *Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation*, in 11 *Duke Journal of Comparative and International Law*, 179, 2001.

HODGES, C., *Global Class Actions Project Summary of European Union Developments*, disponibile alla pagina web http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events_media/EU_Legislation.pdf, 2007.

HOLMES, K., *Public enforcement or private enforcement of competition law in the EC and UK*, in 25(1) *European Competition Law review*, 25, 2004.

HOVENKAMP, H., *Antitrust Policy after Chicago*, 84 *Mich. L. Rev.* 213 1985.

HOVENKAMP, H., *The antitrust enterprise: Principle and Execution* 59 Cambridge: Harvard University Press 2005.

IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

ISSACHAROFF, S., *Class Action Conflicts*, 30 *U.C. DAVIS L. REV.* 805, 829, 1997.

ISSACHAROFF, S., *Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Actions*, disponibile alla pagina web http://ssrn.com/abstract_id=306001, 2000.

JACOBS, F. G., *Civil Enforcement of EEC Antitrust rules*, 82 *Michigan Law Review*, 1376, 1983.

JOLLS, C., *On law enforcement with Boundedly rational actors*, Olin center for Law and Economics, Discussion Paper 494, Harvard University.

JONES, C. A., *Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check*, in 27(1) *World Competition*, 13, 2004.

JONES, C. A., *The growth of private rights of action outside the U.S.: Exporting Antitrust Courtrooms to the World: Private Enforcement in a Global Market*, in 16 *Loyola Consumer Law Review*, 409, 2004.

KAPLOW, L., *Private versus social costs in bringing suits*, 15 *Journal of Legal studies*, 371, 1986.

KAUPER, T. E., E. A. SNYDER, *Private antitrust cases that follow on government cases*, in "Private Antitrust Litigation", MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 329, 1988.

KERAMEUS, K.D., D.G. KONDYLLIS, N. TH. NIKAS, *Civil Procedure*, Atene, 2000.

KERBER, W. AND O. BUDZINSKI, *Towards a Differentiated Analysis of Competition of Competition Laws*, in 1 *ZWeR Journal of Competition Law*, 411, 2003.

KLICKA, T., *Die Beweislastverteilung in Zivilverfahrensrecht*, Wien, 1995.

KOCH, H., *Non-Class Group Litigation Under EU And German Law*, 11(2) *Duke Journal of Comparative and International Law*, pp. 355-366, 2001.

KWOKA, J.E.JR., *The Attack On Antitrust Policy and Consumer Welfare: A Response To Crandall and Winston*, Northeastern University, Department of Economics Working Paper, March 2003.

LA CHINA, S., *Concorrenza e mercato, commento alla legge 10 ottobre 1990 n.287*, a cura di Afferni, 647, 1994.

LAGARDE, X., *Reflexion critique sur le droit de la preuve*, 28 L.G.D.J., 1994.

LANGENFELD, J., D. SCHULMAN, *The Future of US Antitrust Enforcement*, in 8 Sedona L. J., 1, 2007.

LANGUS, G., M. MOTTA, *The effect of EU antitrust investigations and fines on a firm's valuation*, disponibile online alla pagina web www.cepr.org/pubs/dps/DP6176.asp, 2007.

LANDE, R. H., J. P. DAVIS, *An Evaluation of Private Antitrust Enforcement: 29 Case Studies*, interim report, disponibile alla pagina web <http://www.antitrustinstitute.org/recent2/550b.pdf>, 2006.

LANDES, W. M., *Optimal sanctions for antitrust violations*, in 50 University of Chicago Law Review, 652, 1983.

LANDES, W. M., R. A. POSNER, *The private enforcement of Laws*, in Journal of Legal Studies, 1, 1975.

LANDES, W. M., R. A. POSNER, *Should indirect purchasers have standing to sue under the antitrust law? An economic analysis of the rule of Illinois Brick*, 46 University of Chicago Law Review, 602-635, 1979.

LANDES, W.M., R. A. POSNER, *Joint and multiple tortfeasors: an economic analysis*, 8 Journal of legal studies, 517, 1980

LAUKKANEN, S., *The Law of evidence in the Finnish Judicial System*, in The Law of Evidence in the European Union (Lebre De Freitas Ed.), 117, 2004.

LEBRE DE FREITAS, J., *La preuve en droit portugais*, in The Law of Evidence in the European Union (Lebre De Freitas Ed.), 349, 2004.

LEVENSTEIN, M. C., V. SUSLOW. *What Determines Cartel Success?* University of Massachusetts and University of Michigan, Working Paper, 2002.

LIBERTINI, M., *Il ruolo del giudice nell'applicazione del diritto antitrust*, in Giur. Comm., I, 650, 1998.

- LIBERTINI, M., *Autonomia Privata e concorrenza nel diritto italiano*, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, fasc. 7-10, 440, 2002.
- LIBERTINI, M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in Danno e resp., 933, 2004.
- LIBERTINI, M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in Danno e resp., 237, 2005.
- LIBERTINI, M., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in Corriere Giuridico, 8, 1093, 2005.
- LIBERTINI, M., *Le Decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in Giornale di Diritto Amministrativo 12, 1283, 2006.
- LOPATKA, J. E., *The case for legal enforcement of price fixing agreements*, in 38 Emory Law Journal, 1, 1989.
- LOPATKA, J. E., W. H. PAGE, *Indirect Purchaser Suits and the Consumer Interest*, 48 Antitrust Bull. 531, 565, 2003.
- LUTFALLA, E., V. MAGNIER, *French Legal Reform : What Is At Stake If Class Actions Are Introduced In France ?*, 73(3) Defense Counsel Journal, 301-311, 2006.
- MAIL- FOUILLEUL, S., *Les Sanctions de la Violation du Droit Communautaire de la Concurrence*, Bibliothèque de Droit International et Communautaire, Tome 118, 2002.
- MANGINI, V., G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 2000.
- MANZINI, P., *La rule of reason nel diritto comunitario della concorrenza: un'analisi giuridico-economica*, in Riv. Dir. Eur., 859, 1991.
- MARCUS, R.L., *E-Discovery & (and) Beyond: Toward Brave New World or 1984*, 25 Rev. Litig., 651, 2006.
- MAYONE, G., A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.
- MAYR, P., *Das Beweisrecht in Osterreich*, in The Law of Evidence in the European Union (Lebre De Freitas Ed.), 34, 2004.
- MCAFEE, R. P., N. V. VAKKUR, *The strategic abuse of the antitrust laws*, in 1(3) Journal of strategic management education, 1, 2004.

MCCONNELL, T. C., *The treble damage Issue: a strong dissent*, 50 *Northwestern Un. L. Rev.* , 342, 1955.

MERKT, H., *Managing Investor Mass Claims in Germany: Group Litigation under the new Investor-Sample-Proceeding-Law (KapMuG)*, in *Giur. Comm., I*, p. 627ss, 2006.

MERUSI, F., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Dir. Amm.* 2/2002.

MEHRA, S. K., *More is less: a law and economics approach to the international scope of private antitrust enforcement*, in 77 *Temple Law Review*, 47, 2004.

MELI, M., *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001.

MENELL, P. S., *A note on private versus social incentives to sue in a costly legal system*, 12 *Journal of Legal studies*, 41, 1983.

MESSINETTI, D., *Danno Giuridico*, in *Enc. Diritto*, I, 483, Milano 1997.

MILUTINOVIĆ, V. *Private Enforcement: Upcoming Issues*, in *EC Competition Law A Critical Assessment*, eds. Giuliano Amato and Claus-Dieter Ehlermann, Hart Publishing, 2007.

MONATERI, P. G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998.

MOTTA, M., M. POLO, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, IGIER Working Paper n. 150, disponibile alla pagina web: <http://ssrn.com/abstract=165688> or DOI: 10.2139/ssrn.165688 (visitata in data 10 settembre 2006) 1999.

MOUGENOT, D., *La preuve*, 3ed. Bruxelles, 2002.

MOUGENOT, D., *La preuve en Droit Belge*, in *The Law of Evidence in the European Union* (Lebre De Freitas Ed.), 69, 2004.

MULHERON, R., *Some difficulties with Group Litigation Orders – and Why a Class Action is Superior*, 24 *Civil Justice Quarterly*, 40, 2005.

MUSCOLO, G., *Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, documento disponibile alla seguente pagina web [http://www1.assonime.it/assonime/pubblicazione/pub_notestudi_A.nsf/118/C1256A7800386916C125732500567899/\\$File/NS11627072007.pdf?OpenElement](http://www1.assonime.it/assonime/pubblicazione/pub_notestudi_A.nsf/118/C1256A7800386916C125732500567899/$File/NS11627072007.pdf?OpenElement), 2007.

NIVARRA, L., *Il provvedimento di esenzione ex art. 4 legge antitrust e la tutela delle imprese terze*, in *Danno e Responsabilità*, 649, 1998.

NORDH, R., *Group Actions in Sweden: Reflections on the purpose of civil litigation, the need for reforms, and a forthcoming proposal*, 11(2) *Duke Journal of Comparative and International Law*, 381- 404, 2001.

O'CONNOR, K. J., *Is the Illinois Brick Wall Crumbling?*, 15 *SUM Antitrust* 34, 34-35, 2001.

OCSE, *A framework for design and implementation of competition law and policy*, 1992.

OECD, *Hard core cartels – recent progress and challenges ahead*, disponibile alla pagina web <http://www.oecd.org>, 2003.

OECD, *Hard core cartels: third report on the implementation of 1998 recommendation*, disponibile alla pagina web <http://www.oecd.org>, 2005.

OLIVIERI, G., *I Poteri cautelari dell'AGCM tra diritto comunitario e diritto interno*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F.Cintioli e G.Olivieri, Milano 2007.

OPPO, G., *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, *Riv. Dir. Civ.*, 548, 1993.

ORFANIDES, G., *Das Beweisrecht in Griechenland*, in *The Law of Evidence in the European Union* (Lebre De Freitas Ed.), 211, 2004.

OSTI, C., *Un Giudice a Berlino, controllo giudiziale e dipendenza burocratica da percorso*, disponibile sul sito www.assonime.it, 2007.

PAGE, W. H., *Antitrust damages and economic efficiency: an approach to antitrust injury*, in 47 *Chicago Law Review*, 467, 1980.

PAGE, W.H., *The Scope of Liability for Antitrust Violations*, 37 *Stan. L. Rev.*, 1145, 1985.

PAGE, W.H., *Class certification in the Microsoft indirect purchaser litigation*, 1 *J. Competition L. & Econ*, 303, 2005.

PALMIERI, A., *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni «extravagantes» per un illecito inconsistente* in *Foro it.*, I, 1121, 2003.

PARDOLESI, P., *Danni punitivi all'indice*, in *Danno e Responsabilità* n. 11, 1125, 2007.

PARDOLESI, R., A. PALMIERI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: chi è causa del suo mal...si lagni e chieda i danni*, nota a Corte di Giustizia CE, sentenza del 20 settembre 2001, causa C- 453/99, *Courage vs Crehan*, in Foro. It., IV, 75, 2002.

PARDOLESI, R., A. RENDA, *How safe is the King throne, Network externalities on trial*, in Cucinotta, Pardolesi and Van Den Bergh (a cura di), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*", Edward Elgar Publishing, 2003.

PARDOLESI, R., A. RENDA, *The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?*, in *World Competition*, 513, 2004.

PARDOLESI, R., *Modernization: the "new mantra" of Trans-Atlantic competition law* disponibile online sul sito www.law-economics.net , 2005.

PARDOLESI, R., A. PALMIERI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*", nota a Cass. S.U. 2207/2005, in *Foro Italiano*, parte I, Col. 1015, 2005.

PARDOLESI, R., *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*, nota a Cass. sez. III civ. 2 febbraio 2007, n. 2305 in *Il Foro italiano*, 2007, fasc. 4, pagg. 1102-1106, pt. 1, 2007.

PARDOLESI, R., *Privatizzare l'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, disponibile alla pagina web [http://www1.assonime.it/assonime/pubblicazione/pub_notestudi_A.nsf/118/C1256A7800386916C125732500570406/\\$File/NS11527072007.pdf?OpenElement](http://www1.assonime.it/assonime/pubblicazione/pub_notestudi_A.nsf/118/C1256A7800386916C125732500570406/$File/NS11527072007.pdf?OpenElement), 2007.

PARISI, F., E. CARBONARA, *The economics of legal harmonization*, in George Mason Law and Economics Research Paper Series, disponibile alla pagina web <http://ssrn.com/paper=870519>, 2006.

PATE, R. H., *International Anti-Cartel enforcement*, documento presentato all'ICN Cartels Workshop, Sydney,; disponibile alla pagina web <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206428.Htm>, 2004.

PECNARD, C., C., E. RUIZ, *Les sanctions civiles du Droit Communautaire de la concurrence par le juge national : les exemples anglais et français*, 5 *Revue de droit des affaires internationales*, 1993.

PERITZ, R., *Competition in America: 1888-1992*, St. Paul, 1999.

PERLOFF, J. M., D. L. RUBINFELD, *Settlement in private antitrust litigation*, in *Private Antitrust Litigation*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 149, 1988.

PERROT, R., *Le role du juge et des parties dans l'administration de la preuve*, colloque des instituts d'études judiciaires, Grenoble, 1989.

PEYSNER, J., A. RILEY, *Damages in EC antitrust actions : who pays the piper?*, 31(5) *European Law Review*, 748, 2006.

POLICE, A., *I nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F.Cintioli e G.Olivieri, Milano 2007.

PONCIBÒ, C., *La controriforma delle Class-actions*, in 2 *Danno e Responsabilità*, 124, 2006.

POLINSKY, A.M., *Private Versus Public Enforcement of Fines*, 9 *Journal of Legal Studies*, 105, 1980.

POLINSKY, A. M., S. SHAVELL, *Enforcement costs and the optimal magnitude and probability of fines*, 35 *Journal of Law and Economics* 133, 1998.

POLINSKY, A.M., *Detrebling versus decoupling antitrust damages: lessons from theory of enforcement*, in White, Lawrence J. (Ed.), *Private Antitrust Litigation: new evidence, new learning*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1988.

POLINSKY, A. M., *Private versus public enforcement of Fines*", in 9 *Journal of legal studies*, 105, 1980.

POLO, M., F. GHEZZI, D. PREITE, *L'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza e l'esperienza italiana di attività antitrust*, in *Promozione della concorrenza e politiche antitrust*, a cura di A. Del Monte, Bologna, 1997.

POLO, M. M. MOTTA, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, , IGIER Working Paper n. 150; disponibile alla pagina web: <http://ssrn.com/abstract=165688> or DOI: 10.2139/ ssrn.165688, 1999.

PONZANELLI, G., *Danni punitivi: no grazie*, nota a Cass., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, I, 1460, 2007.

POSNER, E. A., *Law and Social Norms: The Case of Tax Compliance*, 86 *Virginia Law Review*, 1781,2000.

POSNER, R. A., *An Economic Approach to the Law of Evidence*, in 66 *University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper*, disponibile alla pagina web <http://ssrn.com/abstract=165176>, 33, 1999.

POSNER, R. A., *Theories of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Sciences*, 335, 1974.

POULLET, Y., *Probate Law, from liberty to responsibility*, EDI Law Review, 83, 1994.

PRESTON MCAFEE, R., H. MIALON , S. MIALON, *Private V. Public Antitrust Enforcement, A strategic analysis*, Emory Public Law Research Paper, 23, 2005.

PRIEST, G., *What we know and what we don't know about modern class actions: a review of the Eisenberg-Miller Study*, Civil Justice Report n. 9, Center for legal policy at the Manhattan Institute, 2005.

PROTO PISANI, A., *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, in AA. VV. *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976.

REICH, N., *'The "Courage" Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries'*, 42 Common Market Law Review, 35-46, 2005.

RENDA, A., R. PARDOLESI, R.J. VAN DEN BERGH, J. PEYSNER, A. J. RILEY, B J. RODGER, E. L. CAMILLI, P. CAPRILE, S. KESKE, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, in corso di pubblicazione, 2008.

RESCIGNO, P., *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action" ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in Giur. it., 2224, 2000.

ROACH, K., M.J. TREBILCOCK, *Private enforcement of Competition Laws*, in 34(3) Osgoode Hall Law Journal, 462, 1997.

RODGER, B. J., *Private enforcement and the enterprise act: an exemplary system of awarding damages*, in 24(3) European Competition Law Review, 103, 2003.

RODGER, B. J., *Competition Law Litigation in the UK Courts: A Study of All Cases to 2004- Part II*, ECLR, 279, 2006,

RODGER, B. J., *Competition Law Litigation in the UK Courts: A Study of All Cases to 2004 - Part I*, ECLR, 241, 2006,

RODGER, B. J., *Competition Law Litigation in the UK Courts: A Study of All Cases to 2004- Part III*, ECLR, 341, 2006.

ROSENBERG, D., J. P. SULLIVAN, *Coordinating Private class action and public agency enforcement of antitrust law*, 2 Journal of Competition Law&Economic, 159, 2006.

ROSSI, G., *Antitrust e Teoria della giustizia*, Riv. Soc. 1995.

RUBINFELD, D.L., S. SCOTCHMER, *Contingent fees for attorneys; an economic analysis*, 24 RAND Journal of Economics, 343, 1993.

SALOMONE, E., *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in Riv. Trim. Proc. Civ., 2007.

SALOP, S. C., L. J. WHITE, *Economic Analysis of Private Antitrust Litigation*, 74 Georgetown Law Journal 1002, 1985-1986.

SALVATORI, A., U. NIUTTA, *La disciplina della libertà di concorrenza e di mercato*, Milano, 1960.

SANTI, G., *Pubblico e privato nella disciplina antitrust*, CI, 1996.

SCALIA, A., *Le independent regulatory agencies nell' ordinamento statunitense*, in Rass. Giur. En. El. 316, 1996.

SHEPERD, S.R., *Comment, Damage Distribution in Class Actions: The Cy Pres Remedy*, 39 U. Chi. L. Rev. 448, 1972.

SCHÄFER, H.B., *The bundling of similar interests in Litigation. The Incentives for Class Action and legal Actions taken by Associations*, 9(3) European Journal of Law and Economics, 183, 2000.

SCHWARTZ, W.F., *An Overview of the Economics of Antitrust Litigation*, 68 Georgetown Law Journal, 1075-1102, 1980.

SCHWARTZ, M. L., G. J. WERDEN, *Illinois Brick and the deterrence of Antitrust violations – an economic analysis*, 35 Hastings Law Journal, 1984.

SCHINKEL, M.P., J. TUINSTRA, J. RUGGENBERG, *Illinois walls*, Jel codes: D4, L1, L4, disponibile alla pagina web http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=387743, 2003.

SCHINKEL, M.P., J. RÜGGERBERG, *Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal fo Standing in line with Efficient Private Enforcement*, disponibile alla pagina web <http://ssrn.com/paper=903282>, 2006.

SCODITTI, E., *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in Il Foro italiano, fasc. 2, pagg. 84-90, 2002.

SCUFFI, M., *L'evoluzione del diritto antitrust nella giurisprudenza italiana*, in Dir. Ind., 41, 1998.

SCUFFI, M., M. TAVASSI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998.

SELVAGGI, C., *Disciplina della concorrenza e del mercato: problemi di giurisdizione e competenza*, in Riv. Dir. Comm. 243, 1993.

SERRA DOMINGUEZ, M., *La preuve dans le proces civil espagnol*, in The Law of Evidence in the European Union (Lebre De Freitas Ed.), 381, 2004.

SHAVELL, S., *Liability for harm versus regulation of safety*, in R. REVESZ (a cura di), *Foundations of Environmental Law and Policy*, 163, 1984.

SHAVELL, S., *Economic analysis of accident law*, Cambridge, 1987.

SHAVELL, S., *The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system*, 26 Journal of Legal Studies, 575, 1997.

SHAVELL, S., A. M. POLINSKY -, *Punitive damages: an economic analysis*, 111 Harv. L. Rev. 86 1998.

SHAVELL, S., *Economic Analysis of Accident Law*, NBER Working Paper n. 9694, JEL n. D00, D8, K13, 2003.

SHUGHART, W. F., *Private Antitrust Enforcement, Compensation Deterrente or extortion?*, 74 Georgetown Law Journal, 1986.

SIDAK, J. G., *Rethinking antitrust damages*, in 33 Stanford Law review, 329, 1981.

SILVER, C., *Class Actions –representative proceedings*, in B. BOUCKAERT, G. DE GEEST, (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 722, ISBN 1 85898 988 4; disponibile alla pagina web <http://encyclo.findlaw.com/7600book.Pdf>, 2000.

SIRAGUSA, M., E L. DE SANCTIS, *Una prima analisi del regime delle prove nel diritto della concorrenza: la giurisprudenza del Tar del Lazio e del Consiglio di Stato*”, in E. A. RAFFAELLI (a cura di) *Antitrust fra Diritto Nazionale e Comunitario*, Milano, 2002.

SOUAM, S., *Optimal Antitrust Policy with different regimes of fines*, 19 International Journal of Industrial Organization, 1-26, 2001.

STEIN, P. A., A.S. RUEB, *Nieuw Burgerlijk Procesrecht*, Kluwer, 2002.

STUYCK, J. ET AL /Leuven Study, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary proceedings*, Leuven 2007. Disponibile online alla pagina web: http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf.

SUBRIN, S., *Discovery in Global Perspective, Are we nuts?*, in 52 DePaul L. Rev., 299, 2002-2003.

TARUFFO, M., *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in il Foro Italiano 2001.

TARUFFO, M., *La prova del nesso causale*, in Riv. critica dir. priv., 113, 2006.

TAVASSI, M., *Which role for national courts in competition protection?*, atti del VI convegno UAE-LIDC – Antitrust between EC and National law, Treviso, maggio 2004, ed. 2005.

TYLER, T.R., *Why people obey the law*, Yale UP, 1990.

UBERTAZZI, L.C., *Commentario alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, Padova, 2004.

VAN BERLINGEN, B., M. BARENNE, *The European Commission's 2002 Leniency Notice in practice*, EU Competition Newsletter n. 3/2005.

VAN DEN BERGH, R., L. VISSCHER, *The principles of European Tort Law: the right path to harmonization*, disponibile alla pagina web <http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1141&context=gwp>, 2006.

VAN DEN BERGH, R., W. VAN BOOM, M. VAND DER WOUDE, *The EC Green Paper on damages actions in antitrust cases: an academic comment*, Rotterdam, 2006.

VAN DEN BERGH, R., P. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics*, Antwerpen, 2006.

VAN KAPPEL, A. P., *The reform of regulation 17 and the problem of legal certainty for undertakings*, in ERA FORUM, scripta iuris europaei, 1-2001.

VERBOVEN, F., T. VAN DIJK, *Cartel damages claims and the passing-on defense*, disponibile alla pagina web SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1024469>, 2007.

VESPERINI, G., *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 1993.

VIGNAL, M., *Droit de la concurrence Interne et communautaire*, 3rd Edition, 2006.

VILLATA, R., *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980.

VINCENT, J., S. GUINCHARD, *Procedure civile*, Precis Dalloz, 25eme ed., 1999.

WAELEBROECK, D., D. SLATER, G. EVEN-SHOSHAN, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules: comparative report*, disponibile alla pagina web http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html, 2004.

WAGENER, W.H., *Modelling the effect of one-way fee shifting in discovery abuse for private antitrust litigation*, 78 N.Y. Law Review, 1887, 2003.

WERDEN, G.J., *The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook*, EAG 03-2. Washington, DC: Economic Analysis Group, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, 2003.

WERDEN, G. J., M. J. SIMON, *Why price fixers should go to prison*, in The Antitrust Bulletin, 917, 1987.

WILLGING, T. E., et al., *An Empirical Study of Discovery and Disclosure Practice Under the 1993 Federal Rule Amendments*, 39 B.C. L. REV. 525, 1998.

WILLETT, L. A., *U.S. Style Class Actions in Europe: a Growing Threat?*, National Legal Center for the Public Interest, 2005.

WILS, W. P. J., *Should private enforcement be encouraged in Europe*, in 26(3) World Competition, 473, 2003.

WILS, W. P. J., *The combination of investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal economic analysis*, in World Competition, 205, 2004.

WILS, W. P. J., *Principles of european antitrust enforcement*, Hart Publishing, 2005.

WILS, W. P. J., *Optimal antitrust fines: theory and practice*, in 29(2) World Competition, anche disponibile alla pagina web <http://ssrn.com/abstract=883102>, 2006.

WILS, W. P. J., *Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?* European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2006.

WOOD, D. P., *International Harmonization of Antitrust Law: The tortoise or the Hare*, in Chicago Journal of International Law, 393, 2002.

YEAZELL, S., *From medieval group litigation to the modern class action*, New Haven, Connecticut, 1987.

YSEWYN, J., *Private enforcement of competition law in the EU: trials and tribulations?*, in 19 International Law practicum, 14, 2006.