

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Alla Commissione Europea
Competition D.G.
Policy and Strategic Support
Antitrust Policy and Strategic Support

Alla c.a. di Mr. Emil PAULIS
Director, DG Competition/A

Roma, 11 luglio 2008

OGGETTO: Osservazioni a seguito dell'approvazione del *White Paper* in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie.

A seguito dell'incontro del 6 Novembre 2007 della Commissione con i giudici nazionali relativo al *Private Enforcement* in materia di concorrenza, il Primo Presidente della Corte di Cassazione costituiva un gruppo di lavoro di magistrati della Corte¹ e trasmetteva le osservazioni elaborate dal gruppo sui temi, già oggetto del *Discussion Paper "Damages actions for breach of the EC antitrust rules"*. Si prende atto con soddisfazione che alcuni dei rilievi in allora formulati sono stati accolti dalla Commissione in occasione della redazione del *White Paper*. Si ritiene peraltro opportuno aggiungere alcune ulteriori osservazioni al *White Paper*, approfittando della disponibilità della Commissione, indicata nello stesso *White Paper*, a prendere in considerazione ulteriori rilievi.

Il risarcimento del danno antitrust nell'ordinamento italiano.

1. Collective redress. Representative actions, opt-in collective actions.

L'art. 140 bis del codice del consumo (d.lgs. 6.9.2005, n. 206) la cui entrata in vigore è stata peraltro rinviata dal Governo italiano in vista di profonde modificazioni della disciplina, introducendo nel nostro ordinamento la class action, stabilisce che "Le associazioni di cui al comma 1 dell'articolo 139 e gli altri soggetti indicati nel comma 2 della norma, vale a dire le associazioni ed i comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere, sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e

¹ Ai lavori hanno partecipato, oltre al Presidente Carbone, i consiglieri Alfonso Amatucci, Gianfranco Gilardi, Luciano Panzani, Renato Rordorf, Luigi Salvato, Stefano Schirò, Massimo Scuffi, Antonio Segreto, Marina Tavassi. Ha collaborato inoltre Gabriella Muscolo, giudice della sezione specializzata proprietà industriale ed intellettuale del Tribunale di Roma.

degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in 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”.

E' compito del giudice (comma 3) verificare l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi della norma². Il difetto di tale interesse comporta l'immediata declaratoria, già alla prima udienza, di inammissibilità della domanda.

Il testo di legge prevede che la legittimazione ad esperire le azioni in esame sia attribuita alle associazioni dei consumatori ed utenti previste dal primo comma dell'art. 139 del Codice del consumo. Ai sensi dell'art. 137 del Codice sono pertanto legittimate le associazioni iscritte nell'albo tenuto dal Ministero delle Attività Produttive oltre alle associazioni ed ai comitati ritenuti dal giudice adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere.

Il sistema di rappresentanza per l'esperimento delle class action individuato dal legislatore italiano non coincide del tutto con la previsione del libro bianco in materia di danni. Il libro bianco prevede infatti che le azioni collettive possano essere proposte:

a) da soggetti qualificati, quali associazioni dei consumatori, organismi statali o associazioni commerciali, a nome di vittime identificate o, in casi piuttosto limitati, identificabili. Tali soggetti debbono essere o designati ufficialmente in anticipo dallo Stato ovvero sono abilitati ad hoc da uno Stato membro, in relazione ad una particolare violazione delle norme antitrust. Si tratta, come chiarisce il working paper, di azioni rappresentative perché le associazioni agiscono per conto dei soggetti che ad esse aderiscono. A questa previsione si rifà l'art. 140 bis, comma 2, quando prevede che sono legittimati ad agire “associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi

² Secondo la disciplina vigente e quindi con riferimento alle azioni individuali di danni per violazione delle norme in tema di concorrenza la Corte di Cassazione è passata da un primo orientamento con il quale era stata negata la legittimazione attiva del singolo consumatore (Corte di Cass. 9.12.2002 n. 17475, che aveva escluso il singolo assicurato) alla sentenza delle S.U. 20.1.2005 n. 2207, che ha riconosciuto la legittimazione attiva del consumatore finale, ravvisando il nesso causale fra il cartello sui prezzi stipulato fra le imprese assicuratrici nel settore r.c. auto e l'aumento del premio di polizza corrisposto dall'assicurato. Questo principio sembra ormai consolidato alla luce della più recente sentenza del 2.2.2007 n. 2305. La giurisprudenza ha invece escluso finora, in un quadro legislativo che non prevedeva le *class actions*, la legittimazione di associazioni collettive, emblematico il caso del Codacons, sempre escluso dalla possibilità di promuovere un'azione antitrust a tutela dei consumatori (Cons. di Stato, sent. 30.12.1996 n. 1792; C.App.Milano, sent. 3.5.2007, *Codacons c. R.A.S.* L'esclusione della legittimazione del Codacons è stata fondata sull'assunto che le domande proposte non riguardavano diritti dei consumatori che si presentassero in modo indifferenziato).

collettivi fatti valere” dove la rappresentatività è oggetto di una valutazione ad hoc da parte del giudice. Non compare la previsione della proposta comunitaria che la designazione da parte di uno Stato membro, legittimi l’associazione ad agire in tutti gli altri Stati della Comunità.

b) azioni collettive con modalità opt-in, nelle quali le vittime decidono espressamente di aggregare in una sola azione le proprie richieste individuali di risarcimento del danno subito. Queste azioni sono definite dal working paper come collettive, perché i soggetti che agiscono sono direttamente lesi dal fatto illecito, ma diverse dalla sommatoria di più azioni individuali proprio per la possibilità di aderire all’azione stessa, dopo che essa è stata proposta.

Non pare che il nostro sistema preveda una possibilità del genere, perché l’opt-in contemplato dal codice del consumo riguarda le azioni rappresentative, al fine di rientrare nell’ambito dei soggetti nel cui interesse viene proposta l’azione e della legittimazione a richiedere il risarcimento.

L’adozione da parte della Comunità di uno strumento legislativo potrebbe pertanto portare ad un adeguamento della nostra legislazione, almeno per quanto concerne le azioni collettive.

E’ anche il caso di ricordare che la Corte di Cassazione, nel documento approvato in occasione dell’audizione di un gruppo di giudici da parte della Commissione, prima che venisse adottato il libro bianco aveva sottolineato che é opportuno che – rispetto a tutte le azioni che siano esercitate nell’interesse più generale di un gruppo, senza preventiva individuazione di tutti coloro che, ritenendosi danneggiati, hanno promosso il giudizio - al giudice sia attribuito il potere di valutare la rappresentatività dei soggetti che agiscono, se non ricompresi tra quelli per cui è intervenuto riconoscimento con atto governativo.

Si è poi sottolineato che è fondamentale un sistema di pubblicità dell’azione nel momento stesso in cui viene proposta, onde consentire ad altre associazioni o gruppi di soggetti lesi di intervenire nel procedimento. L’esistenza di diversi fori concorrenti comporta che tale sistema di pubblicità debba funzionare a livello comunitario, in ragione della possibilità che per lo stesso evento lesivo vengano proposte azioni davanti a giudici di Stati membri diversi. Siffatto sistema di pubblicità consentirebbe anche di porre rimedio ai limiti della pubblicità prevista dall’art. 15, comma 2, del Regolamento 16.12.2002 n. 1/2003, che prevede soltanto che “gli Stati membri trasmettono alla Commissione copia delle sentenze scritte delle giurisdizioni nazionali competenti a pronunciarsi sull’applicazione dell’articolo 81 o dell’articolo 82 del Trattato”. Tale norma, infatti, riguarda soltanto le sentenze e non gli atti di instaurazione dei giudizi.

Vi è poi da valutare l’opportunità di regolare con specifiche norme l’ipotesi di domande concorrenti proposte davanti a giudici diversi.

2. *Access to evidence: inter partes disclosure.*

Il gruppo di lavoro presso la Corte di Cassazione nell'approvare le linee di fondo del *Discussion paper*, ora riprese senza sostanziali modificazioni dal libro bianco, sottolineava che sembrava senz'altro opportuno seguire l'impostazione dell'art. 6 della Direttiva *Enforcement* in tema di proprietà intellettuale (direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale)³, ora espressamente richiamata nel libro bianco. Tale direttiva è stata attuata dall'Italia con il D.lgs. 16.3.2006, n. 140. Sono particolarmente rilevanti gli artt. 156 *bis* e 156 *ter* introdotti nella legge 633/1941⁴ e l'art. 121 *bis* del Codice della proprietà industriale (D.lgs. 10.2.2005,

³ L'istituto della *disclosure* in Italia esisteva da tempo in materia di diritto industriale, già prima dell'adeguamento alla *Direttiva Enforcement*, con la modifica introdotta (D.Lgs. 19.3.1996 n. 198) a seguito degli Accordi TRIPs nella legislazione speciale previgente al Codice della Proprietà Industriale, in materia di marchi e brevetti. Così era già stata introdotta la possibilità di un ordine di esibizione più ampio rispetto a quello previsto dal codice di procedura civile con l'art. 58 bis, I comma, legge marchi; art. 77, 2 comma, legge invenzioni, nonché la possibilità di acquisire informazioni, anche informazioni utili per identificare i soggetti implicati nella contraffazione (seconda previsione dei commi citati degli articoli sopra indicati, la c.d. *discovery*).

⁴ «Art. 156-bis. - 1. Qualora una parte abbia fornito seri elementi dai quali si possa ragionevolmente desumere la fondatezza delle proprie domande ed abbia individuato documenti, elementi o informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi, essa può ottenere che il giudice ne disponga l'esibizione oppure che richieda le informazioni alla controparte. Può ottenere altresì, che il giudice ordini alla controparte di fornire gli elementi per l'identificazione dei soggetti implicati nella produzione e distribuzione dei prodotti o dei servizi che costituiscono violazione dei diritti di cui alla presente legge.

2. In caso di violazione commessa su scala commerciale il giudice può anche disporre, su richiesta di parte, l'esibizione della documentazione bancaria, finanziaria e commerciale che si trovi in possesso della controparte.

3. Il giudice, nell'assumere i provvedimenti di cui ai commi 1 e 2, adotta le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate, sentita la controparte.

4. Il giudice desume argomenti di prova dalle risposte che le parti danno e dal rifiuto ingiustificato di ottemperare agli ordini.

«Art. 156-ter. - 1. L'autorità giudiziaria sia nei giudizi cautelari che di merito può ordinare, su istanza giustificata e proporzionata del richiedente, che vengano fornite informazioni sull'origine e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazione di servizi che violano un diritto di cui alla presente legge da parte dell'autore della violazione e da ogni altra persona che:

a) sia stata trovata in possesso di merci oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale; sia stata sorpresa a utilizzare servizi oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale; b) sia stata sorpresa a fornire su scala commerciale servizi utilizzati in attività di violazione di un diritto;

c) sia stata indicata dai soggetti di cui alle lettere a) o b) come persona implicata nella produzione, fabbricazione o distribuzione di tali prodotti o nella fornitura di tali servizi.

2. Le informazioni di cui al comma 1 possono tra l'altro comprendere il nome e indirizzo dei produttori, dei fabbricanti, dei distributori, dei fornitori e degli altri precedenti detentori dei prodotti o dei servizi, nonché dei grossisti e dei dettaglianti, nonché informazioni sulle quantità prodotte, fabbricate, consegnate, ricevute o ordinate, nonché sul prezzo dei prodotti o servizi in questione.

3. Le informazioni vengono acquisite tramite interrogatorio dei soggetti di cui al comma 1.

4. Il richiedente deve fornire l'indicazione specifica delle persone da interrogare e dei fatti sui quali ognuna di esse deve essere interrogata.

5. Il giudice, ammesso l'interrogatorio, richiede ai soggetti di cui al comma 1 le informazioni indicate dalla parte; può altresì rivolgere loro, d'ufficio o su istanza di parte, tutte le domande che ritiene utili per chiarire le circostanze sulle quali si svolge l'interrogatorio.

n. 30)⁵. Tali norme dimostrano che è possibile introdurre la *disclosure* in un sistema di *civil law*, anche se il *Discussion paper* faceva ad essa riferimento in termini più ampi (e più vicini all'esperienza anglosassone) di quanto previsto dalle norme ora richiamate.

E' peraltro fondamentale calibrare la *disclosure* con il principio di proporzionalità, con il diritto alla riservatezza, con la possibilità di avvalersi della *confidentiality*, nell'ambito di un forte richiamo al *fair trial* . Il *White Paper* non è in linea generale contrario a quest'impostazione, che richiederebbe peraltro maggiori approfondimenti.

Si è aggiunto che sarebbe opportuno che venissero previste norme, sempre sul modello della Direttiva *Enforcement*, che tutelino la riservatezza delle informazioni sensibili nei confronti dei soggetti che non sono parti del giudizio, mentre appare difficile per diritto italiano limitare l'accesso alle informazioni riservate ai soli avvocati delle parti o all'esperto nominato dal giudice. Questo tema è stato trattato dal *Working Paper*, che indica quale criterio il principio di proporzionalità tra l'importanza della prova e il principio di riservatezza. Gli ulteriori temperamenti previsti alla divulgazione della prova, vale a dire la già ricordata limitazione della prova ai soli avvocati delle parti o all'esperto nominato

6. Si applicano gli articoli 249, 250, 252, 255 e 257, primo comma, del codice di procedura civile.».

⁵ Art 121-bis (Diritto d'informazione). - 1. L'Autorita' giudiziaria sia nei giudizi cautelari che di merito puo' ordinare, su istanza giustificata e proporzionata del richiedente, che vengano fornite informazioni sull'origine e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazione di servizi che violano un diritto di cui alla presente legge da parte dell'autore della violazione e da ogni altra persona che:

a) sia stata trovata in possesso di merci oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale; sia stata sorpresa a utilizzare servizi oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale;
b) sia stata sorpresa a fornire su scala commerciale servizi utilizzati in attivita' di violazione di un diritto;

c) sia stata indicata dai soggetti di cui alle lettere a) o b) come persona implicata nella produzione, fabbricazione o distribuzione di tali prodotti o nella fornitura di tali servizi.

2. Le informazioni di cui al comma 1 possono tra l'altro comprendere il nome e indirizzo dei produttori, dei fabbricanti, dei distributori, dei fornitori e degli altri precedenti detentori dei prodotti o dei servizi, nonche' dei grossisti e dei dettaglianti, nonche' informazioni sulle quantita' prodotte, fabbricate, consegnate, ricevute o ordinate, nonche' sul prezzo dei prodotti o servizi in questione.

3. Le informazioni vengono acquisite tramite interrogatorio dei soggetti di cui al comma 1.

4. Il richiedente deve fornire l'indicazione specifica delle persone da interrogare e dei fatti sui quali ognuna di esse deve essere interrogata.

5. Il giudice, ammesso l'interrogatorio, richiede ai soggetti di cui al comma 1 le informazioni indicate dalla parte; puo' altresì rivolgere loro, d'ufficio o su istanza di parte, tutte le domande che ritiene utili per chiarire le circostanze sulle quali si svolge l'interrogatorio.

6. Si applicano gli articoli 249, 250, 252, 255 e 257, primo comma, del codice di procedura civile.».

dal giudice⁶ o la non pubblicità dell'udienza paiono, nella realtà giudiziaria italiana, strumenti di modesta portata e scarsamente efficaci. A tale proposito sarebbe utile la previsione in sede comunitaria di una norma che introducesse un principio analogo a quello previsto, nel diritto americano, dal “*Manual for Complex Litigation*” del *Federal Judicial Center*, che proprio per limitare gli abusi del diritto alla *disclosure*, frequenti avanti alle Corti, prevede i “*Confidentiality orders*” con cui “*Particularly sensitive information, such as customer names, and pricing instructions, may be masked by excisions, codes, or summaries without impairing the utility of the information in the litigation*”.

In ultima analisi il limite è rimesso al prudente apprezzamento del giudice. Ciò che conta e va sottolineato è che il diritto alla *disclosure* non è assoluto ed incontra oltre ai limiti della rilevanza e della necessità della prova, anche il vincolo della proporzionalità rispetto al diritto alla riservatezza sia della controparte che dei terzi.

Per quanto concerne l'ampiezza della prova che deve essere offerta dall'attore per ottenere l'ordine di *disclosure* da parte del giudice, si riteneva e si ritiene che l'individuazione di tale limite non possa che essere rimesso al giudice, come del resto afferma il *Working Paper* che valuterà, nel contraddittorio delle parti, salvi i casi d'urgenza⁷, la ricorrenza di indizi sufficienti, l'impossibilità per l'attore di fornire una prova più ampia, la rilevanza e congruità della prova richiesta.

Un tema di particolare importanza in materia riguarda le conseguenze della mancata ottemperanza all'ordine, che ove non previste rischiano di svuotare di qualsiasi efficacia concreta l'istituto della *disclosure*. Il *White Paper* è molto

⁶ Si segnala peraltro, circa la protezione della *confidentiality* e il ruolo dell'esperto, che in Italia nella giurisprudenza delle sezioni specializzate per la proprietà intellettuale si è formato un orientamento favorevole alla attribuzione al consulente del potere-dovere di secretare la parte di informazioni riservate acquisite che non siano strettamente rilevanti per l'accertamento dei fatti in contestazione, (vedi tra tante Trib. Venezia 28 ottobre 2003; Trib. Torino, 22 dicembre 2003, Trib. Venezia, 8 ottobre 2004, Trib. Torino 27 maggio 2005, Trib. Torino, 6 ottobre 2005, Trib. Torino, 7 ottobre 2005). Tale orientamento si fonda sull'art. 121 c.3 C.P.I., che prevede che il giudice nell'assumere i provvedimenti di *disclosure* o *discovery* adotta le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate, sentita la controparte. La giurisprudenza, per dare un contenuto a simile indicazione (che in verità non indica le modalità con le quali attuare il rispetto della segretezza-riservatezza), ha escogitato meccanismi quali la previsione della custodia dei dati sensibili in busta chiusa, affidata allo stesso giudice o al consulente tecnico, salvo svelare alla controparte solo i dati che si ritengono assolutamente indispensabili ad un rispetto effettivo del contraddittorio e alla decisione. Tale giurisprudenza trova un modello nella legislazione tedesca che prevede una autonoma procedura di acquisizione della prova da parte dell'esperto, che - in caso di informazioni riservate - riferisce alla Corte, che decide in proposito e può ordinare la non *disclosure*.

⁷ Va segnalato che in un recente caso il Tribunale di Roma (Trib. Roma, 17 marzo 2008, caso Peppermint sul *file-sharing*) ha ritenuto che la *disclosure* sia applicabile anche in via di istruttoria preventiva, e quindi in casi di “urgenza” di assicurarsi la prova, statisticamente molto frequenti nel contenzioso di merito, affermando che anche in questi casi debba sussistere il presupposto dei “seri indizi”.

cauto e il *Discussion Paper* si limita a rimetterne la soluzione alle giurisdizioni nazionali⁸.

Ancora va sottolineato che al tema in esame si collega il problema dell'accesso ai documenti della procedura davanti all'Autorità nazionale ed alla Commissione.

3. *Binding effect of decisions adopted by competition authorities.*

Il documento approvato dal gruppo di lavoro presso la Corte di Cassazione osservava, con riferimento al *Discussion Paper* predisposto dalla Commissione in vista dell'adozione del libro bianco che la scelta di estendere il carattere vincolante delle decisioni della Commissione, già stabilito dall'art. 16 del Regolamento 1/2003, alle decisioni delle Autorità nazionali assunte ai sensi dell'art. 5 del predetto Regolamento, ancorché limitato alle decisioni delle Autorità nazionali con carattere definitivo, avrebbe comportato per il giudice italiano effetti analoghi a quelli attualmente previsti dall'art. 651 c.p.p. in ordine all'efficacia della sentenza penale di condanna nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni ed il risarcimento del danno.

Si osservava che tale principio si inseriva in una disciplina della competenza per l'azione di danni in materia transfrontaliera particolarmente complessa ai sensi degli artt. 5 – 6 del Regolamento 44/2001 e dell'art. 6 del Regolamento 864/2007 (relativo quest'ultimo alla legge nazionale applicabile).

Si aggiungeva che per diritto italiano la decisione dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (AGCM) non è un provvedimento giurisdizionale, ma un atto amministrativo, emesso da un soggetto che non è un giudice, impugnabile davanti al giudice amministrativo e che non fa stato nel giudizio di danni davanti al giudice ordinario. Nei fatti tali decisioni hanno oggi per il giudice valore di precedente particolarmente autorevole, ma non lo esonerano dall'onere di esaminare le questioni già decise dall'Autorità garante e di motivare espressamente in proposito.

Si rilevava quindi che una soluzione che poteva parzialmente ovviare alla difficoltà di inserire nell'ordinamento italiano il diverso principio suggerito dal *Discussion Paper*, era quella di attribuire alla decisione delle Autorità nazionali aventi carattere definitivo valore di prova privilegiata sui fatti oggetto di

⁸ Nell'ambito del diritto italiano si possono segnalare le indicazioni contenute negli artt. 121.4 C.P.I. (il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti danno o dal rifiuto ingiustificato di ottemperare agli ordini; corrispondente a punti 101 e 104 del *Discussion Paper*) e 127 comma 1 *bis* in relazione all'art. 121 *bis* C.P.I. (sanzioni di carattere penale: quelle di cui all'art. 372 cod. pen. – falsa testimonianza - ridotte alla metà, con una clemenza per il terzo che non si giustifica e con un'eccessiva durezza per la parte che nel nostro sistema non è vincolata da un generale obbligo di dire la verità), nonché per il diritto d'autore l'art. 171 *octies* 1, 171 *novies*.

accertamento, così come ritenuto preferibile da una parte dei soggetti consultati a seguito della pubblicazione del *Green Paper*.

Si aggiungeva che la circostanza che la Corte di Giustizia Europea possa essere adita ai sensi degli artt. 230 e 234 del Trattato quando sorgano questioni sulla correttezza dell'interpretazione degli artt. 81 e 82 del Trattato da parte dell'Autorità nazionale, non eliminava le perplessità, perché il carattere vincolante della decisione dell'Autorità nazionale non riguardava soltanto l'interpretazione ed applicazione delle norme comunitarie, ma anche e in primo luogo l'accertamento dei fatti che si assumono lesivi. Va ora sottolineato che la posizione del Governo italiano e della stessa AGCM è contraria a un effetto automaticamente vincolante delle decisioni delle Autorità nazionali, e favorevole piuttosto - nel caso di accertamento dell'illecito con decisione della Autorità nazionale - alla introduzione nelle *follow-on actions* di una presunzione in tal senso, salva prova contraria, con una mera inversione quindi dell'onere della prova.

Si è anche sottolineato che questa posizione appare ragionevole alla luce della scelta, chiara nel *White Paper*, di vincolare le Corti nazionali alla decisione di qualunque Autorità nazionale, anche di quelle di Paesi da poco entrati a far parte della UE, che, se anche garantiscono in teoria l'*acquis communautaire* in materia di concorrenza, sono totalmente carenti di esperienza.

Ora il *White Paper* fa propria la scelta di considerare la decisione definitiva adottata ai sensi degli artt. 81 o 82 del Trattato da un'Autorità nazionale o la decisione definitiva emessa da una Corte d'appello in sede d'impugnazione⁹, come prova irrefutabile dell'infrazione nelle successive cause civili per il risarcimento del danno.

La regola proposta, tuttavia, non fa riferimento alla decisione dell'Autorità nazionale come prova irrefutabile della violazione delle norme comunitarie, ma afferma più genericamente che il giudice nazionale non può prendere decisioni in contrasto con la decisione dell'Autorità nazionale o del giudice in sede d'impugnazione di tale decisione. In questi termini assoluti la soluzione proposta non pare accettabile per le ragioni già dette, mentre più ragionevole sarebbe la scelta di considerare la decisione delle Autorità nazionali fonte di una mera inversione dell'onere della prova.

Va aggiunto che il carattere vincolante della decisione delle Autorità nazionali contiene in sé un limite rilevante, costituito dal fatto che non solo occorre che la decisione dell'Autorità nazionale o la sentenza che è seguita in sede d'impugnazione siano definitive, ma è necessario che si tratti della stessa "pratica", vale a dire della stessa infrazione e che l'autore dell'infrazione sia la medesima impresa.

⁹ Per diritto italiano la pronuncia sull'impugnazione non spetta alla Corte d'appello, ma al giudice amministrativo.

Ancora va aggiunto, per quanto riguarda le decisioni assunte dalle Autorità nazionali che:

- a) il loro accertamento è diverso rispetto a quello che è chiamato a compiere il giudice del giudizio fra soggetti privati in relazione allo scopo: le Autorità nazionali, infatti, agiscono nell'ottica della tutela della concorrenza sul mercato, mentre il giudice del *private enforcement* deve verificare se quel certo comportamento abbia violato la normativa (nazionale e/o comunitaria) in materia di concorrenza nell'ottica del pregiudizio subito dal singolo o dal gruppo che agisce per ottenere il risarcimento del danno¹⁰;
- b) in materia di intese o pratiche concordate, le Autorità nazionali si limitano spesso ad accertare l'oggetto del comportamento, per verificare se sia o meno idoneo a falsare il gioco della concorrenza sul mercato o su una parte rilevante, mentre il giudice è chiamato a verificare gli effetti di quel comportamento;
- c) in tema di abuso di posizione dominante, potrebbe riaprirsi l'istruttoria sulla posizione di dominio o sull'abuso, affermando che il mercato geografico e/o il mercato del prodotto sono diversi rispetto a quello considerato nel provvedimento dell'Autorità nazionale. Si pone inoltre il quesito se, nel caso di provvedimento di un'Autorità garante di uno Stato membro, possa sostenersi da parte del giudice nazionale di altro Stato che la violazione, sia pure di rilevanza comunitaria, non coinvolge quest'ultimo Stato, oppure si atteggia in modo diverso nell'ambito di detto Stato;
- d) con riferimento ai rapporti fra decisione della AGCM e *private enforcement*, nell'ambito dello scenario italiano, si deve rilevare, da un lato, che la quasi totalità dei procedimenti davanti ai giudici italiani, ha inizio con una richiesta di misura cautelare (che quindi mal tollera possibili sospensioni in attesa della decisione dell'Autorità nazionale), dall'altro, che il sistema della possibile definitività del provvedimento cautelare di carattere anticipatorio potrebbe finire con il radicare una decisione da parte del giudice del procedimento cautelare che potrebbe porsi in contrasto con un accertamento dell'AGCM di segno opposto che dovesse intervenire in un secondo tempo;
- e) inoltre, per quanto concerne le decisioni delle Autorità antitrust di altri Stati membri e le sentenze pronunciate in sede d'impugnazione, occorre ricordare che la Commissione nel *Working Paper* lascia allo Stato membro la possibilità di invocare la clausola dell'ordine pubblico

¹⁰ Sul punto per diritto italiano v. TAR Lazio, Sez. 1, sentenza n. 3861 del 5/5/2003, Soc. Fondiaria Industriale Romagna c. A.G.C.M. “*i poteri di cui alla legge n. 287 del 1990 cit. sono preordinati esclusivamente alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato e non alla garanzia di posizioni, individuali o associate di soggetti fruitori del mercato, ... tutti i soggetti diversi da quelli direttamente incisi, quindi, sono da ritenere titolari di un mero interesse indifferenziato rispetto alla posizione di pretesa della generalità dei cittadini a che le autorità preposte alla repressione dei comportamenti illeciti esercitino correttamente e tempestivamente i poteri loro conferiti a tale specifico fine*”.

processuale, escludendo il carattere vincolante della decisione o della sentenza straniera quando non sia stato rispettato il principio del contraddittorio e il diritto di difesa.

Va ancora ricordato che il gruppo di lavoro presso la Cassazione osservava che un ulteriore profilo negativo del carattere vincolante della decisione assunta dall'Autorità nazionale (ma la questione riguarda anche la decisione della Commissione, già vincolante ai sensi dell'art. 16 del Regolamento 1/2003) concerne i programmi di *leniency*. Non si mette in dubbio che le domande di ammissione a tali programmi sono di fondamentale importanza per l'accertamento di infrazioni di cui altrimenti le vittime non potrebbero avere conoscenza. Il segreto opposto dalla Commissione sul contenuto delle dichiarazioni rese dai *leniency's applicants* può tuttavia, ove incida sul contenuto della decisione assunta dalla Commissione o dall'Autorità nazionale¹¹, entrare in contrasto con il principio di ordine pubblico processuale espresso dal brocardo *audiatur et altera pars*. Sulla prova posta a fondamento della decisione della Commissione o dell'Autorità nazionale non vi sarebbe contraddittorio pieno né tale contraddittorio potrebbe esservi davanti al giudice dell'azione di danni in ragione del carattere vincolante della decisione.

4. *Danno. Prova della colpa.*

Il libro bianco mantiene il principio che, anche negli Stati membri in cui la prova della responsabilità per violazione delle norme antitrust presuppone la colpa, la responsabilità non può essere esclusa se non nel caso dell'errore scusabile, che ricorrerà soltanto quando l'autore dell'illecito abbia agito con un elevato livello di diligenza e ciononostante non potesse essere consapevole che il comportamento tenuto violava le regole della concorrenza.

Il gruppo di lavoro presso la Corte di Cassazione ha espresso l'avviso che sia ragionevole e conforme ai principi dell'ordinamento italiano che, in presenza di una violazione accertata, l'onere della prova della non colpevolezza sia posto dalla legge a carico del convenuto, come già accade per altre materie come ad esempio in materia di danni da concorrenza sleale e per violazione delle norme di comportamento degli intermediari finanziari verso i clienti. Il principio affermato dalla Commissione, per quanto rigoroso, non si distacca da tale criterio.

5. *Determinazione del danno.*

Il Libro bianco conferma l'orientamento della Commissione, già espresso in precedenza, di affermare che il risarcimento deve comprendere tutto il danno subito, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante. Problemi rilevanti sorgono in tema di quantificazione del danno, dove la difficoltà della prova del danno effettivamente subito può portare di fatto al mancato risarcimento del

¹¹ Ovviamente il ragionamento espresso nel testo non vale nel caso in cui le dichiarazioni del *leniency's applicant* abbiano costituito una mera base d'indagine e la decisione sia stata assunta sulla base di altre prove sulle quali si sia regolarmente fondato il contraddittorio.

pregiudizio. La Commissione ha pertanto suggerito di elaborare un quadro di indicazioni pratiche e non vincolanti per la quantificazione dei danni, attraverso ad esempio metodi approssimati di calcolo o regole semplificate di stima delle perdite subite.

Il gruppo di lavoro presso la Cassazione, nel condividere questi orientamenti di massima, aveva sottolineato che se è vero che un sistema di calcolo troppo complesso potrebbe comportare oneri eccessivi rispetto all'ammontare del danno sofferto e costituire esso stesso un ostacolo all'azione di danni, la possibilità di prevedere presunzioni semplici in tema di prova del danno, per quanto non estranea al diritto italiano (cfr. art. 1591 c.c. in tema di ritardata restituzione della cosa locata; art. 125 Codice proprietà industriale D.lgs. 30/2005¹²), deve tener conto che per l'ordinamento italiano il risarcimento ha soltanto una funzione ripristinatoria e non sanzionatoria, sì che il ristoro non può andare al di là del pregiudizio subito.

Si ritiene che, anche in questa materia, una disciplina possa essere dettata sulla base dei criteri stabiliti dall'art. 13 della Direttiva *Enforcement*. Si è aggiunto che nell'ambito delle consultazioni relative alla revisione dell'acquis consumatori è stato suggerita l'introduzione di una lista di *general damages*, per i quali varrebbe la presunzione di esistenza (in quanto conseguenze dannose normali di una condotta preventivamente individuata), fatta salva la prova contraria, riservata, in quell'ambito, al professionista danneggiante. L'onere della prova per il consumatore danneggiato avrebbe ad oggetto, dunque, soltanto il quantum (e non anche il nesso causale) ogniqualvolta si tratti di danni riconducibili alla tipologia appena delineata, e diventerebbe più gravoso soltanto in casi di *specific damages*, per la cui prova dovrebbero invece valere i principi vigenti in ciascun ordinamento. Le *guide-lines* debbono peraltro valere quali indicazioni di massima. Nel loro ambito la determinazione del danno deve essere calibrata dal giudice nel contraddittorio delle parti e con l'ausilio degli esperti, che a fronte del singolo caso possono fornire le indicazioni più adatte al caso di specie.

6. *Passing-on overcharges.*

Il Libro Bianco osserva che il convenuto deve essere in grado di provare che l'acquirente diretto ha trasferito il maggior costo derivante dalla violazione delle norme antitrust a valle sul successivo acquirente, in modo da evitare che il danneggiante risponda di danni non effettivi. Nello stesso modo i soggetti che si trovano a valle nella catena distributiva sino al consumatore finale debbono essere in grado di ottenere il risarcimento del danno, senza dover provare che il sovrapprezzo conseguente alla violazione è stato appunto trasferito a valle, data la

¹² Va ricordato che per le controversie che rientrano nella competenza delle Sezioni specializzate della proprietà industriale ed intellettuale quando entrino in gioco private "interferenti" con il diritto della concorrenza (nazionale e comunitario), in forza del combinato disposto con gli artt. 120 e 134 CPI, l' art. 125 sui criteri di liquidazione del danno è applicabile anche alla materia del diritto antitrust

difficoltà di tale prova. Di qui la previsione dell'introduzione di una presunzione semplice di trasferimento del maggior prezzo a valle nella catena distributiva sino al consumatore finale, presunzione che il danneggiante deve essere in grado di superare offrendo la prova contraria.

In questo modo si evita l'arricchimento senza causa del danneggiante che potrebbe altrimenti contare sulla difficoltà della prova per chi sta a valle per non risarcire il danno e mantenere l'illecito profitto realizzato.

Il gruppo di lavoro presso la Cassazione ha osservato a tale proposito che la presunzione di trasferimento del maggior prezzo a valle della catena commerciale, fino al consumatore finale, pare del tutto ragionevole. Altrettanto ragionevole pare l'applicazione di tale presunzione, a seconda dei casi, a favore del convenuto o dell'attore. Mentre non vi sono dubbi sull'applicabilità della presunzione con riferimento al nesso di causalità, maggiori problemi sorgono in ordine alla prova del danno, che comunque nelle azioni collettive deve intervenire, con riguardo al singolo danneggiato, in una fase successiva all'accertamento della violazione.

7. Limitation periods.

La Commissione ha formulato proposte sui termini di prescrizione per evitare che essi possano costituire ostacolo all'azione di danni. Essi pertanto, si propone, non possono iniziare a decorrere prima del giorno in cui l'infrazione cessa, in caso di infrazione continuata o ripetuta e prima che si possa ragionevolmente presumere che la vittima dell'infrazione sia a conoscenza dell'infrazione e del pregiudizio che essa le ha causato.

Inoltre, per evitare che il private enforcement sia ostacolato dal fatto che il termine di prescrizione è decorso al momento in cui si conclude il procedimento intentato dalle Autorità antitrust, si propone che dalla conclusione di tali procedimenti e dal momento in cui la decisione dell'Autorità è divenuta definitiva, inizi a decorrere un nuovo termine di prescrizione di almeno due anni.

Ad avviso del gruppo di lavoro presso la Cassazione, tali soluzioni sono del tutto condivisibili.

8. Costi delle azioni di danni.

La soluzione proposta dalla Commissione, a livello peraltro di semplice suggerimento per gli Stati membri, senza introdurre norme vincolanti, per evitare che un insufficiente ristoro delle spese possa costituire un disincentivo all'azione da parte del danneggiato è di :

- alleviare il costo dei procedimenti con incentivi alla transazione;
- determinare l'ammontare delle spese che possono essere rimesse nei procedimenti in materia di concorrenza in modo adeguato;
- derogare, nei limiti del ragionevole, alla regola della soccombenza.

In proposito il gruppo di lavoro presso la Cassazione ha osservato che il giudice italiano ha a sua disposizione lo strumento della compensazione delle spese per

attenuare le conseguenze dell'esito della lite nei confronti della parte non integralmente soccombente. Certamente l'introduzione di forme di composizione amichevole o, più in generale, di risoluzione alternativa delle controversie, sarebbe opportuna, ma andrebbe pensata in un contesto più ampio di quello delle azioni in tema di concorrenza, con riferimento ad esempio all'intero settore delle azioni a tutela dei consumatori.

9. Programmi di leniency e azioni di danni.

La Commissione ha mantenuto rispetto al Documento di consultazione che ha preceduto il Libro bianco la proposta che debba essere garantita una tutela adeguata di riservatezza alle dichiarazioni rese da chi chiede l'applicazione di un trattamento di *leniency* sia quando le dichiarazioni sono rese alla Commissione sia invece quando sono rese alle Autorità nazionali. Prevede quindi che tale tutela, che si estende anche al procedimento davanti al giudice nelle azioni di danni, si riferisca a tutte le dichiarazioni rilasciate da tutti i richiedenti il trattamento di *leniency*, indipendentemente dall'esito della stessa.

Già si è detto che tale previsione può, almeno in astratto, apparire lesiva del diritto-dovere del giudice di valutare adeguatamente la prova del fatto.

Occorre aggiungere che la Commissione prevede ora che per garantire la piena efficacia dei programmi di clemenza, i beneficiari dell'immunità possano veder limitata la loro responsabilità rispetto alle azioni di danni esperibili nei loro confronti. In precedenza nel Documento di lavoro era stato proposto di limitare la responsabilità del beneficiario dell'immunità escludendo la solidarietà con gli altri autori della violazione. Tale soluzione è stata ora abbandonata, per suggerire tuttavia qualcosa di simile, perché dal *Working Paper* si comprende che il beneficiario dell'immunità dovrebbe rispondere soltanto dei danni direttamente provocati o nei confronti dell'acquirente diretto dei suoi prodotti o di coloro che appartengono alla stessa catena produttiva e si pongono a valle. In altri termini il beneficiario non risponderebbe dei danni derivanti dalla vendita di prodotti di altri partecipanti all'accordo lesivo della concorrenza (la disciplina proposta si riferisce in sostanza ai cartelli). In pratica il beneficiario dell'immunità non risponderebbe dei danni non direttamente provocati e pertanto andrebbe esente da responsabilità solidale, esattamente come era stato proposto in precedenza.

A tale proposito nel documento di lavoro si è osservato che tale principio, in astratto accettabile, andrebbe quantomeno limitato nei casi in cui gli altri obbligati solidali siano insolventi, perché esso di fatto si tradurrebbe in una privazione del risarcimento per i danneggiati che non abbiano acquistato direttamente dal beneficiario dell'immunità o da coloro che appartengono alla stessa filiera produttiva.

Luciano Panzani
Consigliere Prima Sezione Civile