

Studio Legale  
**Valli & Associati**

00186 Roma – Via del Governo Vecchio, 20  
Tel. +39 06 6839 2124 – 06 833 96 816 - Fax +39 06 6880 7748  
P. IVA 09464101006

Avv. Andrea Valli, LL.M (Lon.)

Avv. Marcello Mancuso

Avv. Giulia Toraldo Serra

Avv. Marco Costantino Macchia

Dott. Marzia Azzella

Of Counsel : Avv. Fabio Macaluso

Commissione europea  
Direzione generale della Concorrenza,  
Unità A 5  
Azioni di risarcimento del danno per  
violazione delle norme antitrust co-  
muomnitarie  
B-1049 Bruxelles

**EUROPEAN COMMISSION WHITE PAPER ON  
DAMAGES ACTIONS FOR BREACH OF THE EC ANTITRUST RULES**

Chi scrive ha assistito ed assiste Piccole e Medie Imprese in azioni di risarcimento danni derivanti da violazioni della normativa *antitrust* in mercati, quali le comunicazioni elettroniche, l'energia ed il gas, caratterizzati da costi fissi elevanti e ricavi marginali crescenti oltre che soggetti ad uno sviluppo tecnologico che non sempre spinge verso un maggiore grado di competitività, ma può anche portare ad una progressiva concentrazione del mercato (come nel caso dei servizi di telecomunicazioni, dove operano notevoli "effetti rete", amplificati dalla convergenza - che richiede la gestione di protocolli ed algoritmi di compressione e decompressione, accesso a piattaforme fisse e mobili da integrare tra loro, accesso ai contenuti, sistemi di DRM, etc.-, che stanno progressivamente estinguendo la spinta competitiva delle liberalizzazioni a favore delle reti degli *incumbents*, operatori con il maggior numero di clienti).

Si intende, quindi, analizzare il Libro Bianco alla luce dell'esperienza maturata e dei limiti riscontrati "sul campo", talvolta anche dovuti alla novità della materia rispetto ai giudici nazionali (così in Italia, prima del 1990, non esisteva una normativa *antitrust* nazionale, salvo l'affidamento sull'effetto diretto degli artt. 85 ed 86 del Trattato) o al fatto che, fino a pochi anni or sono, si dava poco peso nella facoltà di Giurisprudenza all'insegnamento dei principi di economia e della organizzazione industriale, e che, ancora oggi, è poco diffusa l'analisi economica del diritto.

## **1. PREMESSA**

Il diritto delle vittime di violazioni della normativa *antitrust* al risarcimento (integrale) del danno da esse sofferto, come sottolineato dalla Corte di Giustizia nei casi *Courage* e *Manfredi*, è oggi gravemente limitato.

Ed infatti, nel diritto statunitense, per il risarcimento dei danni da violazione della disciplina "*antitrust*" la cd. "*Action for treble damages*"<sup>1</sup> prevede che parte attrice ha diritto a tre volte i danni da essa provati. Ciò al fine di "disincentivare" le imprese a violare la normativa *antitrust* e darle così maggiore efficacia, anche considerata l'esigenza di contemperare la difficoltà di provare tutti i danni effettivamente subiti dall'attore con la ne-

---

<sup>1</sup> Introdotta dallo *Sherman Act* –applicabile alle intese e agli abusi di posizione dominante- e prevista anche dal *Clayton Act* –applicabile alle concentrazioni-

cessità di assicurarne il pieno ristoro (cfr. K.G. ELZINGA – W. BREIT, *The Antitrust Penalties: A study in Law and Economics*, Yale, 1976, cap. 4, pagg. 63 segg.).

Il ristoro integrale e corretto dei danni subiti è *conditio sine qua non* per assicurare efficacia alla normativa *antitrust*, particolarmente nel caso di abuso di posizione dominante.

Un approccio conservativo nella liquidazione dei danni, non consentendo un ristoro integrale dei danni subiti (che, peraltro, si sono tradotti in ulteriori margini per chi ha violato la normativa *antitrust*), non gioverebbe affatto all'applicazione del diritto della concorrenza e consentirebbe in una logica di massimizzazione dei profitti, di prediligere un comportamento illecito, che dà un immediato utile, anziché rispettoso della normativa – a fronte di incerte sanzioni e danni ai concorrenti ristorati solo parzialmente<sup>2</sup>.

L'attuale inefficacia delle azioni di risarcimento del danno *antitrust* è giustamente constatata in via generale dalla Commissione.

Tuttavia, per le ragioni di seguito chiarite, essa risulta particolarmente grave nei mercati caratterizzati da elevati costi sommersi, notevoli costi fissi ed economie di scala crescenti (e, quindi, elevati margini incrementali), che sono quelli ove più spesso sono poste in essere condotte in violazione della normativa *antitrust* –specie abusive di posizione dominante-. Infatti, tali condizioni del mercato:

- da una parte, limitano l'effetto deterrente del private *enforcement*, poiché aumentano la convenienza del dominante a deviare, in una logica di massimizzazione dei profitti, poiché l'ennesimo cliente (illecitamente) acquisto ha di fatto una marginalità più elevata;
- dall'altra, limitano la funzione compensativa del *private enforcement*, rendendo più difficoltoso il conseguimento di un completo risarcimento del danno, poiché una corretta quantificazione del lucro cessante presuppone conoscenze economiche e tecniche che normalmente sfuggono al Giudice: solo cognizioni idonee ad un'attenta analisi economica della fattispecie concreta, da svolgersi alla luce del contesto competitivo e di mercato in cui la stessa si inserisce e, quindi, di una conoscenza approfondita del settore, consentono una adeguata valutazione dell'attendibilità e l'efficace applicazione dei modelli economici necessari al calcolo del mancato profitto, che inevitabilmente comportano approssimazioni e/o valutazioni di tipo probabilistico circa i profitti, e quindi i ricavi incrementali, che il concorrente avrebbe ragionevolmente conseguito in un contesto competitivo non distorto.

---

<sup>2</sup> Avviene così che, a fronte delle numerose e ripetute condotte anticompetitive degli *incumbent* riconosciute dalla NCA e/o in sede civile (Telecom Italia è stata condannata dalla NCA circa 10 volte in poco più di dieci anni, dal 2000 ad oggi), e degli enormi vantaggi economici realizzati dagli *incumbent* con le proprie condotte illecite (Telecom Italia è tuttora dominante in quasi tutti i mercati e, ad oggi, ha avuto un Margine Operativo Lordo superiore al 40% del proprio fatturato, pari al 43% nel 2000; 43,7% nel 2001; 44% nel 2002; 46,4% nel 2003; 46,8% nel 2004; 39,9% nel 2005, ricavato anche con i margini incrementali sottratti illecitamente ai concorrenti nuovi entranti), le somme che vengono riconosciute ai concorrenti a titolo di risarcimento del danno siano invece estremamente inadeguate (così le somme liquidate dalla Corte d'Appello di Roma per gli abusi escludenti posti in essere da Telecom Italia nei nascenti mercati dei servizi di trasmissione dati e accesso ad Internet, negli anni dal 1999 al 2000, se rapportate ai margini persi dai concorrenti e conseguiti dall'*incumbent* Telecom -di gran lunga superiori al 10% dei ricavi indistintamente applicato dalla Corte-): cfr. App. Roma, 20 gennaio 2003, sentt. nn. 261, 262, 263, 264, 265 e 266 e in via esemplificativa: *Albacom c. Telecom* in Danno e Resp. n. 12/2003, p. 1215 e ss.

Si aderisce, pertanto, a buona parte delle proposte contenute nel Libro Bianco ma si auspica che le difficoltà a dare una risposta di carattere generale in ordine alla quantificazione del danno e alle metodologie applicabili non precludano l'adozione, in ambito comunitario, quantomeno di criteri orientativi idonei ad accrescere la trasparenza e la certezza del diritto circa il danno risarcibile, tanto rispetto alle vittime quanto rispetto agli autori delle violazioni *antitrust*, e, soprattutto, idonei a contribuire ad una prassi in tema di risarcimento danni da violazioni *antitrust* che si fondi su una più attenta analisi economica della fattispecie concreta, con un maggiore e più agevole ricorso agli strumenti e alle informazioni a ciò necessarie (v. consulenze tecniche, richieste di informazioni alle Autorità competenti, ordini di esibizione, accesso, etc.).

## 2. LEGITTIMAZIONE ATTIVA

Fermo e impregiudicato il diritto dell'acquirente diretto ad ottenere un completo risarcimento del danno patito, è altresì pienamente condivisibile la proposta di sancire chiaramente il diritto di qualunque individuo che abbia patito un danno ingiusto in conseguenza dell'illecito *antitrust* di ottenere il pieno risarcimento come già chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (v. Corte di Giustizia nei casi *Courage* e *M Manfredi*)

In tema di danni da abuso di posizione dominante, i presupposti dello stesso illecito causa del danno ingiustamente patito dai concorrenti implicano un forte squilibrio di risorse tra convenuto e attore, che giustifica e può rendere opportuni tali strumenti anche per le piccole imprese, acquirenti diretti (v. Commission Staff Working Paper, § 31). Non v'è fondata ragione di ritenere che tali azioni comportino un maggior rischio di cause non meritorie rispetto alle eventuali azioni rappresentative o collettive dei consumatori (*contra*, Commission Staff Working Paper, §32).

Tali strumenti appaiono tuttavia più funzionali ad azioni cautelari tese ad ottenere la cessazione dell'abuso, risultando la quantificazione del danno da risarcire strettamente legata alle specifiche caratteristiche dell'attore (es. ai margini operativi/di contribuzione netti a questi specifici, così da riflettere maggiore o minore efficienza, etc.).

Inoltre, per ciò che riguarda le azioni "collettive", utili a ridurre il costo individuale della *litigation* in materia *antitrust*, che spesso si avvale della "*expert evidence*" di economisti di primo piano), si ritiene che, nel caso, non dovrebbero essere limitate ai soli consumatori finali ma dovrebbero essere estese anche alle Piccole e Medie Imprese (per le medesime ragioni di economia ed efficienza).

In tal caso, si rileva che, fermo restando il diritto individuale all'azione per danni, sarebbe più opportuno scegliere la modalità *opt-in* che è in grado di assicurare una corrispondenza univoca tra i danneggiati che intendono agire per il risarcimento dei danni subiti ed il soggetto collettivo che li rappresenta.

## 3. ACCESSO ALLE PROVE

C'è una chiara asimmetria informativa, a scapito dei soggetti danneggiati da comportamenti anticompetitivi in violazione della normativa *antitrust*, alla quale occorre rimediare con urgenza.

Si concorda con i presupposti dell'ordine di esibizione (alle parti in causa o a terzi) indicati dalla Commissione, pienamente in linea con le vigenti disposizioni procedurali italiane.

Tuttavia, si ritiene che ogni intervento in tema di prove in sede civile dovrebbe essere accompagnato, parallelamente, da una chiara posizione in favore del diritto di accesso agli atti dei procedimenti *antitrust* nazionali, al fine di agevolare l'acquisizione dei mezzi istruttori necessari ad instaurare la causa di risarcimento dei danni, già in una fase preliminare alla stessa.

Ad esempio, l'esperienza italiana vede fortemente limitato il diritto di accesso agli atti dei procedimenti *antitrust*: l'AGCM non riconosce il diritto di accesso agli atti di un dato procedimento di soggetti che non abbiano partecipato al procedimento (e che possono essere ammessi solo se presentano specifica domanda a tal fine entro un certo termine e dimostrano di avervi interesse, ciò che, può anche emergere in un secondo momento, a seguito di ampliamenti dell'oggetto dell'istruttoria), e dopo la conclusione del procedimento stesso, affidando la soddisfazione del diritto di difesa del danneggiato al solo ordine di esibizione.

Si ritiene che tali limitazioni all'accesso comportino, di per sé, un grave pregiudizio del diritto di difesa e che, pertanto, andrebbero eliminate. Infatti:

- il diritto di partecipare al procedimento non può essere trasformato in un onere per i danneggiati prima ancora che gli stessi acquisiscano contezza di aver patito un danno ingiusto (ove tale consapevolezza si può ragionevolmente acquisire, secondo la stessa Commissione, anche dopo la chiusura del procedimento – v. *infra* sul termine di prescrizione);
- il primo presupposto per ottenere un ordine di esibizione (secondo quanto proposto dalla Commissione) è che l'attore abbia già illustrato tutti i fatti e mezzi di prova che ragionevolmente ha potuto raccogliere e questi ultimi già dimostrino “*motivi plausibili per ritenere che egli abbia subito un danno a seguito di una violazione di norme sulla concorrenza*”. Tuttavia, non avere neanche un accesso parziale al fascicolo del procedimento *antitrust* può significare non essere in grado di fornire nemmeno tali elementi, poiché spesso buona parte delle prove dell'illecito sono proprio quelle acquisite dall'Autorità di concorrenza nell'esercizio dei suoi poteri ispettivi;
- senza l'accesso al fascicolo non si potrebbe soddisfare nemmeno il terzo dei presupposti dell'ordine di esibizione indicati dalla Commissione, poiché rimarrebbe di fatto preclusa la possibilità di individuare le prove da acquisire (tra quelle agli atti del procedimento) con sufficiente precisione.

Si dovrebbe, inoltre, chiarire che:

- le ragioni di riservatezza eventualmente ravvisate nel corso del procedimento *antitrust* dalla NCA su taluni documenti o parti di documenti acquisiti agli atti, possono, in un secondo tempo, per via del decorso del tempo, venire meno, rendendo gli stessi accessibili all'attore, in applicazione di un corretto bilanciamento delle esigenze di riservatezza con le esigenze di difesa: si pensi, ad esempio, ai dati contabili di un'impresa (ricavi e costi) che se più vecchi di tre anni non consentono (an-

che nel caso di una “serie storica”) di trarne indicazioni in merito alla sua politica commerciale che sarebbero meritevoli di riservatezza.

Così, ad esempio, si è presentato il caso di dichiarazioni confessorie relative al 2003 provenienti dal legale rappresentante di un’impresa che ha commesso alcuni abusi per i quali è stata chiamata a risarcire i danni arrecati ai concorrenti, acquisite dall’Autorità (NCA) nel corso di ispezioni, che sono però state sottratte all’accesso nella parte in cui si affermava l’importo degli extraprofitti realizzati (e, dunque, del danno patito dall’attrice) nel 2007, a quattro anni di distanza dal periodo di riferimento senza che esse potesse nuocere in alcun modo all’impresa interessata<sup>3</sup>. La sottrazione di tale documento all’accesso è certamente lesiva dei soli interessi di coloro che hanno subito un danno, la quantificazione del quale è contenuta nella parte omissa del documento;

- il diritto di riservatezza, la cui prevalenza può essere ravvisata in sede di esercizio del diritto di accesso agli atti del procedimento, non può automaticamente estendersi a limitare in sede giudiziale la possibilità di ottenere un ordine di esibizione, poiché, in sede civile, il sacrificio alle suddette ragioni di riservatezza può risultare “*necessario e proporzionato*” ad assicurare alla vittima dell’illecito *antitrust* un completo risarcimento (v. 4° presupposto dell’ordine di esibizione indicato dalla Commissione).

Infine, in linea con la volontà della Commissione di attribuire effetti vincolanti alla decisione finale della NCA (che si condivide pienamente – v. subito *infra*), accanto all’ordine di esibizione si dovrebbe attribuire e riconoscere maggior spazio, come strumento di prova, alla richiesta di informazioni che il Giudice nazionale dovrebbe poter rivolgere alla NCA (su richiesta di parte o anche d’ufficio), per avere i chiarimenti che ritiene necessari in ordine alle valutazioni compiute dalla NCA, nella propria decisione (finale ma, visto che non vi è pregiudizialità – v. *infra* - , anche solo di avvio o non avvio del procedimento).

#### 4. EFFETTO VINCOLANTE DELLE DECISIONI DELLE NCA

E’ opportuno attribuire efficacia vincolante alle decisioni delle NCA che siano diventate definitive (non impugnate nei termini o come confermate in sede di eventuale impugnazione ove non più impugnabili), in relazione ai fatti che vi sono accertati e alla loro qualificazione giuridica<sup>4</sup>.

Ciò aumenterebbe la certezza del diritto e accrescerebbe l’efficacia e l’efficienza procedurale delle azioni civili per il risarcimento dei danni, agevolando le azioni cd. “*follow on*”.

Chiedere al Giudice che deve decidere l’azione per danni di riesaminare i fatti e gli aspetti giuridici connessi già esaminati dalla NCA, oltre ad apparire inopportuno considerata la maggiore competenza tecnica della NCA in materia di interpretazione e applica-

<sup>3</sup> Così, nel procedimento A-357, l’AGCM ha rinvenuto un documento nel quale una persona con adeguate deleghe di Telecom Italia Mobile dichiara, commentando la Delibera 47/03/CONS, che “*con il mantenimento di un valore minutorio medio della terminazione [allora fissato in 14,95 €cent/min]abbondantemente superiore ai costi reali di TIM, si è preservata una delle maggiori fonti di ricavo per un operatore di telefonia mobile; tale maggior ricavo è quantificabile in circa [...] MLN di Euro per il solo esercizio 2003*” (cfr. doc. 4.7 del fascicolo).

<sup>4</sup> Così già in alcuni ordinamenti interni: v. UK Competition Act, German Competition Act anche Hungarian Competition Act.

zione delle norme a tutela della concorrenza e il rischio di decisioni discordanti sui medesimi fatti, comporta un inutile appesantimento del giudizio civile per danni e dei relativi costi, con conseguente maggiore incertezza e ritardo nella soddisfazione del diritto delle vittime, in contrasto con l'effetto utile del diritto comunitario *antitrust*.

L'attuale duplicazione dell'analisi fattuale e di quella giuridica non ha alcuna ragione d'essere e consente al convenuto di riproporre questioni sulle quali lo stesso ha già ampiamente esercitato -o avuto modo od occasione di esercitare- il proprio diritto di difesa, così approfittando dei limiti pratici dell'istruttoria civile, necessariamente più contenuta di quella articolata, spesso lunga e complessa, svolta dalle NCA, così rallentando vistosamente l'azione civile, a scapito della parte che agisce per il risarcimento dei danni subiti che, nei casi *antitrust*, è la parte debole.

Ad es. in alcuni giudizi attualmente pendenti dinanzi alla Corte d'Appello di Milano per il risarcimento dei danni cagionati dalle condotte abusive generalizzate di Telecom Italia nei mercati dei servizi di telefonia, accesso ad Internet e trasmissione dati alla clientela *business* oggetto del proc. *antitrust* A351, la convenuta sta riproponendo le questioni sulla definizione del mercato rilevante e sulla replicabilità delle offerte alla GCA già sollevate dinanzi alla AGCM e superate tanto dalla NCA quanto dal Consiglio di Stato (la cui pronuncia è stata confermata dalla Corte Suprema di Cassazione) grazie ad ampie e approfondite analisi e valutazioni di una molteplicità di dati e informazioni che difficilmente possono essere integralmente e efficacemente riproposte dall'attore in sede civile.

Peraltro, rendere vincolanti gli accertamenti in fatto e le relative valutazioni compiute dalla NCA (o dai Giudici dell'eventuale impugnazione), nei confronti dell'impresa oggetto di tali accertamenti e valutazioni permette anche di aggirare (sia pure solo in parte, e non cioè con riferimento all'esigenza di quantificare i danni patiti) il problema determinato dalla riservatezza totale o parziale degli atti e documenti acquisiti dalla NCA, in quanto già conosciuti integralmente e valutati dalla NCA medesima.

Occorre tuttavia chiarire in che senso debba considerarsi "vincolante", esattamente "cosa" diverrebbe vincolante, "dove" e nei confronti di "chi".

Secondo la Commissione, una mera un'inversione dell'onere della prova non sarebbe sufficiente, poiché comunque consentirebbe al convenuto nell'azione di danni di rimettere interamente in discussione gli accertamenti già compiuti, laddove lo strumento più appropriato allo scopo è costituito, invece, dai mezzi di impugnazione del provvedimento della NCA (v. Commission Staff Working Paper, §§ 144-147).

Si condivide tale opinione.

L'effetto vincolante dovrebbe riguardare tutti e solo gli specifici fatti oggetto di accertamento nell'ambito di un provvedimento di condanna della NCA e le relative valutazioni giuridiche in ordine alle ritenute violazioni degli articoli 81 e 82 del Trattato e ai conseguenti effetti distorsivi della concorrenza (compiute dalla NCA e/o dai Giudici dell'eventuale impugnazione). Inoltre, l'effetto vincolante dovrebbe operare nei confronti dell'impresa alla quale i fatti e le valutazioni di infrazione si riferiscono (cioè,

l'impresa o le imprese -nei casi di intese vietate e abuso di posizione dominante collettiva- destinatarie del provvedimento di condanna divenuto definitivo nei loro confronti<sup>5</sup>).

L'effetto vincolante non dovrebbe, quindi, spingersi sino a precludere una diversa decisione dei Giudici nazionali aditi per il risarcimento dei danni, che se ne discosti alla luce della specificità e parziale diversità dei fatti dedotti in giudizio dalle parti, ove non integralmente ricalcanti quelli oggetto del procedimento *antitrust*.

Del pari, tale efficacia vincolante non dovrebbe ostacolare o rendere più gravoso l'accertamento di fatti ulteriori (e relative ulteriori valutazioni) nell'ambito di un'azione di danni, ad esempio nel senso di consentire all'attore di lamentare fatti e profili di illecito, a fondamento della propria richiesta di danni, che non siano specificatamente ed espressamente ravvisati nel provvedimento di condanna della NCA (sul cui contenuto finale possono ad es. incidere anche i confini del procedimento delineati nel provvedimento di avvio).

Come chiarito ai §§ 152 e 153 del *Commission Staff Working Paper*, il carattere vincolante deve operare solo “*to the extent they find an infringement. Negative statements in infringement decisions on the absence of an infringement for certain aspects of the case are not covered*” e, quindi, più in generale, in danno e non in favore delle imprese destinatarie del provvedimento che non devono poter invocare lo stesso per far valere una qualche limitazione della propria responsabilità. La diversa efficacia vincolante della decisione rispetto alle parti del giudizio civile per danni risultando giustificata dalla loro diversa posizione nel procedimento dinanzi alla NCA: mentre non c'è alcun onere dei soggetti danneggiati di partecipare al procedimento e far valere in quella sede tutte le proprie ragioni, un tale onere sussiste certamente per i soggetti che saranno destinatari del provvedimento finale.

Si dovrebbe, pertanto, escludere espressamente che il convenuto in un'azione di danni possa invocare a proprio favore il mancato avvio di un procedimento *antitrust* (una tale circostanza, infatti, può dipendere dal carico di lavoro della NCA e/o dalla prospettazione dei fatti effettuata allo scopo dal denunciante e non è soggetta al contraddittorio di tutti i soggetti interessati) o una decisione definitiva della NCA che abbia escluso la pretesa violazione o altrimenti chiuso il procedimento nei confronti di una o più delle imprese interessate dal procedimento (ad esempio accettando la proposizione di impegni) senza accertare una violazione.

Di converso, di tale efficacia vincolante dovrebbero potersi giovare anche le imprese che non hanno partecipato al procedimento dinanzi alla NCA.

Da una parte, si deve infatti considerare che i termini per partecipare a tale procedimento possono essere anche molto brevi. Dall'altra, si avrebbe l'effetto di discriminare ingiustamente i soggetti più deboli (che non hanno le risorse per partecipare) e coloro il cui diritto ad esempio sia sopravvenuto (ad es. perché i fatti sono continuati in pendenza del procedimento della NCA).

## 5. COLPA

---

<sup>5</sup> Anche se, ad esempio, per scelta, non sono state parti del giudizio di impugnazione.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia impone agli Stati Membri di non prevedere per la responsabilità civile derivante da violazioni degli articoli 81 e 82 del Trattato criteri più rigorosi di quelle previsti per il risarcimento del danno derivante da analoghe violazioni del diritto nazionale *antitrust* (cd principio di equivalenza).

Ma la giurisprudenza della Corte di Giustizia impone agli Stati Membri anche di assicurare l'effetto utile degli articoli 81 e 82 del Trattato, eliminando eventuali ostacoli ad un efficace esercizio del diritto al risarcimento del danno conseguente alla loro violazione, ivi inclusi quelli derivanti dalla previsione di particolari requisiti soggettivi ai fini di azione di risarcimento dei danni (dolo o colpa).

Pertanto, secondo la proposta della Commissione, una volta che l'attore abbia provato la violazione del diritto *antitrust* comunitario (ad es. anche grazie ad una decisione vincolante della NCA) ogni requisito di colpa derivante dall'ordinamento interno dovrebbe considerarsi soddisfatto (quantomeno) da una presunzione semplice di colpa e l'autore della violazione dovrebbe poter essere chiamato a rispondere dei danni cagionati con tale violazione salvo provi che la stessa sia stata causata da un errore scusabile (cioè un errore nel quale sarebbe incorsa anche una persona ragionevole che avesse agito con un elevato livello di diligenza).

Si condivide tale impostazione e si aggiunge che una decisione definitiva della NCA che oltre ad accertare l'infrazione applichi una sanzione escluderebbe anche tale ultima possibilità.

Come suggerito dalla Commissione un tale errore scusabile non potrebbe essere fondato su di un erroneo parere legale/professionale o sulla mera esistenza di "*an official statement by competent public entities*" (v. *Commission Staff Working Paper* § 179).

Tale ultima precisazione non deve valere solo per le decisioni della NCA e dei Giudici Nazionali ma anche per le decisioni delle Autorità di regolamentazione settoriale e/o per la assenza di un loro intervento teso a precludere la condotta che si assume lesiva. In via meramente esemplificativa, nel settore delle telecomunicazioni, rispetto alla pratica di condizioni discriminatorie o eccessivamente onerose dell'*incumbent* quest'ultimo non deve poter invocare come "errore scusabile" la circostanza di aver rispettato il tetto massimo fissato dall'Autorità di settore (in tal senso cfr. TPG delle Comunità Europee, sent. 10 aprile 2008, *Deutsche Telekom c. Commissione* §§ 262-269 e analogamente anche già il Cons. di Stato nel sent. confermativa del provvedimento finale del cit. procedimento *antitrust* A351, nei confronti di Telecom Italia). Ciò in ragione della prevalenza del diritto della concorrenza sulla regolamentazione che ai principi del diritto della concorrenza si ispira essendone applicazione specifica, nonché in virtù della speciale responsabilità del dominante (specie quando la consapevolezza di tale speciale responsabilità è aumentata dall'assoggettamento a speciali obblighi di regolamentazione *ex ante*).

## 6. PROVA E QUANTIFICAZIONE DEI DANNI

Assicurare il diritto alla integrale compensazione del danno patito dalle vittime di violazioni *antitrust* è il principio guida del Libro Bianco.

L'integrale risarcimento include, in via generale, le perdite effettive (danno emergente) (e il mancato guadagno (lucro cessante) , nonché gli interessi e la rivalutazione (v. Corte di Giustizia 1993 nel caso *Marshall*).

Con riguardo al danno emergente, si ritiene che introdurre una presunzione di “trasferimento del sovrapprezzo” sia pericoloso e non opportuno, poiché nel riconoscere il diritto al danno indiretto non si deve pregiudicare il diritto al pieno risarcimento del danno dell’acquirente diretto.

La presunzione proposta, invece, implicherebbe, argomentando *a contrario*, che il concorrente direttamente leso debba superare una tale presunzione e provare di non aver trasferito il sovrapprezzo sugli acquirenti indiretti ciò che rischierebbe di costituire prova diabolica. Sotto questo profilo, la modifica proposta rischia di ridurre e non aumentare l’efficacia deterrente del *private enforcement*.

Al concorrente direttamente leso deve essere sufficiente provare di aver pagato un maggior prezzo potendo al più controparte eccepire e provare che non ne ha patito un danno per aver integralmente girato tale maggior prezzo sui consumatori e/o acquirenti indiretti.

Con riguardo al lucro cessante, una stima equitativa del danno non è idonea di regola nei fatti ad assicurare un pieno risarcimento del danno patito (risultando lo stesso ampiamente sottostimato in un’ottica di prudente apprezzamento).

Pertanto, è importante chiarire che un ammontare ragionevole del danno può e deve essere calcolato dai Giudici Nazionali anche seguendo un certo numero di modelli economici di calcolo, più o meno complessi, anche se ciò significa necessariamente accettare alcune approssimazioni. Deve cioè escludersi chiaramente, perché in contrasto con l’effetto utile del diritto comunitario, ogni approccio che escluda un risarcimento del danno all’attore che non abbia provato il suo esatto ammontare.

## 7. PRESCRIZIONE

Si condivide l’idea della Commissione che il termine di prescrizione non debba iniziare a decorrere prima che

- l’infrazione cessi (in caso di infrazione continuata e ripetuta) e
- la vittima sia a conoscenza dell’infrazione e del pregiudizio che le ha causato. Non deve trattarsi di mera conoscibilità ma di effettiva conoscenza.

La durata dei procedimenti *antitrust*, spesso allungata dalla complessità delle questioni, insieme all’opportunità (pur senza obbligo in tal senso) di attendere un provvedimento finale dell’Autorità di tutela della concorrenza (che aumenterebbe una volta riconosciuto il carattere vincolante a tali decisioni), rendono altresì auspicabile evitare, in ogni caso (e quindi a prescindere dalla effettiva conoscenza di cui sopra), la prescrizione in pendenza del procedimento, e prima che la decisione finale dello stesso divenga definitiva.

Nessuna rilevanza potrebbero tuttavia avere, ai fini della prescrizione, le decisioni *antitrust* e le decisioni relative all’impugnazione del provvedimento *antitrust* che non siano oggetto di adeguata pubblicità. Dovrebbe pertanto essere imposta (ove già non lo sia) la pubblicazione da parte delle NCA di tutte le informazioni necessarie a conoscere tanto dei propri provvedimenti, quanto del carattere definitivo o meno degli stessi (i.e. inutile decorso del termine per impugnare e/o presenza di impugnazioni e relative decisioni, a loro volta non più impugnabili).

La soluzione proposta di un nuovo termine di prescrizione anziché di una sospensione del termine di prescrizione appare ragionevole e favorevole ad azioni civili di tipo *follow-on*.

Il nuovo termine di prescrizione dovrebbe però essere pari a 5 anni, il termine di due anni proposto apparendo troppo breve, tale potendo essere ad es. anche la durata di un eventuale procedimento di inottemperanza al provvedimento definitivo, che pure può rendere ragionevole posticipare l'eventuale azione di danni degli interessati (es. A351: il procedimento si è chiuso nel novembre 2004 e solo nel maggio 2007 l'Autorità ha dichiarato l'ottemperanza al provvedimento).

Il termine finale che ne risulterebbe, risulterebbe forse superiore al termine usuale delle azioni di risarcimento danni ma verosimilmente entro il termine ordinario di prescrizione decennale.

Rimarrebbe, inoltre, possibile lasciare al Giudice il potere di sospendere discrezionalmente il giudizio in pendenza di quello *antitrust*<sup>6</sup>.

## 8. INTERAZIONI TRA I PROGRAMMI DI CLEMENZA E LE AZIONI DI RISARCIMENTO DEL DANNO

I programmi di clemenza si inseriscono nell'ambito del *public enforcement*.

Il risarcimento dei danni concerne il *private enforcement*.

La circostanza che attraverso un efficace *private enforcement* si realizzi anche la funzione di deterrenza tipica del *public enforcement* comporta un'inevitabile interazione tra i due sistemi.

Tuttavia, la funzione compensativa del *private enforcement* non può essere pregiudicata in nome del perseguimento degli obiettivi del primo.

I profili compensativi del *private enforcement* sono, infatti, espressione di diritti fondamentali tutelati dalle Carte Costituzionali degli Stati Membri (v. il fondamentale diritto individuale di difesa e in specie il diritto di difesa della vittima della violazione *antitrust* rispetto alla violazione del proprio diritto al libero esercizio dell'attività di impresa in un ambiente competitivo non distorto).

Si ritiene, pertanto, che comprimere la funzione compensativa del *private enforcement* per agevolare l'accertamento pubblico delle infrazioni (con funzione punitiva e di deterrenza) non sarebbe ragionevole e ammissibile.

Non si condivide, pertanto, la proposta della Commissione di valutare possibili limitazioni della responsabilità civile dei beneficiari dell'immunità rispetto alle richieste di risarcimento danni.

Ragionevole è invece escludere, ma solo temporaneamente, la divulgazione delle dichiarazioni rilasciate dalle imprese che aderiscono ad un programma di clemenza.

---

<sup>6</sup> V. ad es. in Italia Cass. SU sent. 408/00; inoltre, simile previsione è contenuta nel *Spanish Competition Act* 15/2007

Se è vero che i programmi di clemenza possono avere un ruolo fondamentale nella lotta ai cartelli, fermo restando che il provvedimento finale concernerà tutte le imprese coinvolte, la minaccia di una divulgazione delle dichiarazioni dell'impresa aderente al programma di clemenza non appare idonea a dissuadere le imprese dal ricorso a tale strumento se l'accesso è comunque posticipato rispetto alle CRI (ad es. per i soggetti che prendono parte al procedimento (al fine di consentirne il contraddittorio) e/o successivo al provvedimento finale (per i terzi estranei al procedimento)).

Meccanismi analoghi dovrebbero essere previsti per agevolare l'accertamento di abusi di posizione dominante collettiva (e il risarcimento dei danni conseguente).

Si evidenziano, infine, interazioni anche tra il *private enforcement* e gli impegni previsti dal Regolamento n. 1 del 2003.

Infatti, specie in presenza di un effetto vincolante della decisione della NCA, vi è il rischio che un'applicazione troppo "blanda" dello strumento degli impegni comprometta il diritto al risarcimento dei danni delle vittime, i cui strumenti di prova sono limitati in assenza degli atti dell'istruttoria *antitrust*<sup>7</sup>.

In tema di interazioni tra *private enforcement* e *public enforcement*, preme, inoltre, evidenziare che l'applicazione della Comunicazione della Commissione in tema di "*Orientamenti per il calcolo delle ammende*", settembre 2006, ha determinato in Italia (e forse quindi anche in altri Stati Membri) un abbassamento delle sanzioni. Ciò è emerso da un'analisi delle proprie decisioni presentata dall'AGCM in un convegno dalla stessa organizzato lo scorso 13 giugno 2008, proprio in tema di "*Sanzioni e risarcimento del danno in materia antitrust*". Se diminuiscono le sanzioni si riduce l'effetto deterrente del *public enforcement*.

A maggior ragione sono, pertanto, giustificati interventi comunitari tesi ad assicurare che le modalità di esercizio del diritto al risarcimento dei danni stabilite dall'ordinamento giuridico interno di ciascun Stato Membro assicurino il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività del diritto comunitario con un rafforzamento dell'effetto deterrente del *private enforcement* (v. le Corte di Giustizia nelle sentt. *Courage e Manfredi*), ad esempio agevolando la prova del nesso causale e del danno patito con presunzioni e inversioni dell'onere della prova.

## 9. ULTERIORI COMMENTI

### 9.1 Competenza per le cause di risarcimento dei danni

Alla luce delle modifiche intervenute con il Reg. 1/2003, si auspica un invito agli Stati Membri a stabilire un'unica competenza per le cause di risarcimento dei danni *antitrust* che si fondino sul diritto nazionale o comunitario, indifferentemente.

---

<sup>7</sup> Inoltre deve essere chiarito che gli impegni assunti per evitare un accertamento dell'infrazione non possono essere integrati in un secondo momento, poiché solo di fronte al rischio di una definitiva preclusione dal beneficio auspicato si può essere indotti a proporre misure realmente idonee allo scopo, ed eventualmente anche "ulteriori" rispetto a quelle a ciò strettamente necessarie, con vantaggio del mercato. Sarebbe, inoltre, utile chiarire che nessun giovamento devono poter trarre soggetti diversi da quelli che hanno aderito al programma di *leniency* o che hanno proposto gli impegni.

Ciò al fine di evitare eccezioni strumentali che hanno il solo fine di ritardare ingiustamente e rendere più onerosa la soddisfazione del diritto delle vittime dell'illecito al risarcimento dei danni.

Esemplificativa delle potenziali criticità è il caso italiano, che vede (a) una competenza funzionale esclusiva della Corte d'Appello (in unico grado) per le domande fondate sul diritto nazionale (art. 33 L. n. 287/1990) a fronte di (b) una competenza delle sezioni specializzate del Tribunale civile per le domande fondate su fattispecie di rilevanza comunitaria e per violazioni della legge antitrust nazionale afferenti l'esercizio di diritti di proprietà industriale (cfr. art. 134 D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, "Codice della proprietà industriale"<sup>8</sup>) e una competenza del Tribunale per le azioni collettive (ancora in via di introduzione).

Una razionalizzazione delle competenze favorirebbe il diritto di difesa e l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento dei danni.

## **9.2 Estensione alle ipotesi di danni basate sul diritto *antitrust* nazionale**

Considerata la regola introdotta dal Reg. n. 1 del 2003, in base alla quale le NCA devono applicare anche gli articoli 81 e 82 del Trattato nell'applicare la legge *antitrust* nazionale, appare opportuna una estensione dei principi sopra esposti ai giudizi di risarcimento danni, alle decisioni delle NCA e all'accesso agli atti del procedimento dinanzi alla NCA, che siano fondati sul diritto nazionale *antitrust*.

Ad esempio, dovrebbero essere vincolanti anche le decisioni della NCA basate sul diritto *antitrust* nazionale (contra Commission Staff Working Paper § 152).

---

<sup>8</sup> in GURI n. 52 del 4 marzo 2005 - Supplemento Ordinario n. 28