

# **IL DANNO DA ILLECITO ANTITRUST**

## **INTRODUZIONE**

Soltanto nel 1990 in Italia (con la legge 10 ottobre 1990, n. 287), in notevole ritardo rispetto ad altri paesi europei e agli Usa – dove la prima legge sul mercato è risalente addirittura al 1890 – è stata introdotta una legislazione *antitrust*, ossia una disciplina che regola il funzionamento del mercato relativamente ai profili della concorrenza tra imprese, stabilendo una serie di comportamenti vietati, per i quali sono previste significative sanzioni a carico dell'autore – o degli autori - della condotta vietata.

## **LE CONDOTTE VIETATE**

Le fattispecie anticoncorrenziali vietate, individuate dalla legge italiana sulla falsariga di quanto previsto dalla normativa comunitaria – in particolare, gli artt. 81 e 82 del Trattato della Comunità Europea (ora 101 e 102) – sono: le intese, l'abuso di posizione dominante, le concentrazioni. Prima di ogni ulteriore discorso è necessaria una

sommatoria individuazione e descrizione delle fattispecie vietate dalla normativa antitrust, ossia:

INTESE: Per intesa si intende l'accordo tra imprese che, invece di competere tra di loro, decidono di coordinare i loro comportamenti sul mercato. Ciò si verifica, ad esempio, quando più imprese fissano congiuntamente i prezzi dei loro prodotti o si dividono i mercati, con l'accordo, reciproco, di non vendere i propri prodotti – ad esempio – in una determinata area geografica, così da non farsi a concorrenza l'una con l'altra.

ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE: In linea di principio, il diritto antitrust non sanziona il fatto che un'impresa abbia raggiunto grandi dimensioni, essendo tale possibilità connaturata con l'evoluzione del mercato. Diversa la questione se l'impresa sfrutta tale situazione: in particolare, si dice che un'impresa detiene una posizione dominante quando può comportarsi in modo significativamente indipendente dai concorrenti e dai consumatori. Ciò avviene, in genere, quando essa possiede quote elevate sulle vendite in un determinato mercato o quando le possibilità di reazione degli altri concorrenti sono assai limitate. La legge, come visto, non vieta la posizione dominante in

quanto tale, ma pone dei vincoli ai possibili comportamenti di una o più imprese che si trovino in questa situazione: si vieta, per esempio, la pratica di adottare prezzi o condizioni ingiustificatamente gravosi, o l'adozione di comportamenti volti ad ostacolare l'accesso al mercato di altri concorrenti o a indurre quelli già presenti ad abbandonare l'attività.

CONCENTRAZIONI: La preoccupazione alla base dei limiti per le concentrazioni concerne la possibilità che la concentrazione tra operatori in precedenza indipendenti riduca in modo sostanziale e durevole la concorrenza, accrescendo così la capacità dell'impresa che ne risulta di aumentare i prezzi o praticare condizioni e riproponendo, in sostanza, i medesimi problemi derivanti dalla fattispecie abuso di posizione dominante. E' quindi previsto un meccanismo di preventiva comunicazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per tutte le operazioni di concentrazione in cui il fatturato delle imprese interessate superi determinate soglie.

**IL RISARCIMENTO DEL DANNO: A FAVORE DI CHI?**

Un problema di non poco conto, al quale sono state fornite diverse risposte, attiene alle conseguenze risarcitorie che possono derivare dalle condotte illecite secondo il diritto antitrust. Da un lato, infatti, l'art. 2 della legge 287/1990 afferma che le condotte vietate sono “*nulle*”, ossia non produttive di effetti, con contestuale attribuzione all'Autorità Garante di un ampio potere sanzionatorio nei confronti delle imprese che adottano comportamenti vietati, anche con l'irrogazione di sanzioni che possono raggiungere l'uno per cento del fatturato.

Ulteriore profilo di interesse è la questione del risarcimento del danno in favore degli utenti o dei consumatori che hanno acquistato un bene o un servizio realizzato in attuazione di una condotta vietata. La norma di riferimento, in questo caso, è l'art. 33, comma 2, della legge 287/1990, per il quale “*le azioni di nullità e di risarcimento del danno del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli da I al IV sono promossi davanti alla corte di appello competente per territorio*”. Tale disposizione presenta numerose lacune in quanto nulla viene detto con riferimento ai soggetti legittimati a proporre l'azione risarcitoria, alla tipologia dei danni risarcibili ed alla eventuale

quantificazione del danno. L'incertezza, ad esempio, su quali soggetti potessero legittimamente rivolgersi al giudice per ottenere un risarcimento del danno derivante dalla condotta illecita di una o più imprese ha indotto la giurisprudenza a soluzioni contrastanti.

La giurisprudenza si è occupata in particolare di tale profilo a partire dalla note vicende relative all'accordo – ritenuto illecito dall'Autorità Garante - posto in essere da numerose compagnie assicurative per allineare i premi assicurativi; in particolare, i clienti delle compagnie assicurative si erano rivolti, in numero sempre crescente, al giudice di pace, per ottenere il risarcimento del danno cagionato dalla pratica concorrenziale illecita, stimato, all'incirca, nel 20% dell'ammontare dei premi corrisposti dal 1995 (anno di avvio dell'accordo anticoncorrenziale) in poi.

Giunta all'attenzione della Corte di Cassazione, con la pronuncia n. 17475/2002 la Cassazione ha escluso che il consumatore – assicurato potesse promuovere l'azione risarcitoria prevista dall'art. 33 l. 287/1990, potendo soltanto agire con l'ordinaria azione risarcitoria prevista dall'art. 2043 c.c. Tale orientamento è stato oggetto di numerose critiche e successivamente ribaltato da un'altra pronuncia della Cassazione – Cass., sezioni unite, 4 febbraio 2005, n. 2207 – la

quale, affermando incidentalmente che la legge antitrust non è, soltanto, la legge del mercato e degli imprenditori, ha precisato che i destinatari non sono soltanto le imprese, ma anche i consumatori e che anche il singolo consumatore – utente è legittimato ad agire, ex art. 33 comma secondo l. 287/1990 innanzi alla Corte di appello, ritenuta giudice specializzato, in un unico grado, con l'indubbio vantaggio di concentrare le azioni proposte e di evitare il formarsi di decisioni talvolta contrastanti.

## **DIRITTO NAZIONALE E DIRITTO COMUNITARIO**

Particolare è anche il rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario, sia perché le fattispecie previste dalla legge italiana ricalcano largamente quelle previste dalla normativa comunitaria, sia perché per le condotte anticoncorrenziali di rilevanza comunitaria trovano diretta ed immediata applicazione gli artt. 81 e 82 del Trattato UE (ora, 101 e 102 TFUE); ed infatti, in presenza, di una disciplina antitrust nazionale e di una disciplina antitrust comunitaria, è opportuno limitare i rispetti ambiti di competenze. La questione si pone non tanto per quanto concerne le fattispecie anticoncorrenziali

vietate – dato che, come già accennato, la disciplina italiana ricalca quasi alla lettera quella comunitaria – quanto l’aspetto, che interessa in questa sede, relativo al risarcimento del danno, alla legittimazione ad agire ed alla individuazione del giudice competente.

Sulla base dell’evoluzione giurisprudenziale (in particolare, secondo l’interpretazione fornita da Corte di Giustizia CE, 13 luglio 2006, C-295-298/04), in linea di prima approssimazione e senza contare la presenza di particolari ipotesi, si può ipotizzare la seguente ripartizione:

- nel caso di azioni di risarcimento fondate esclusivamente sulla violazione del diritto comunitario della concorrenza – in ragione dell’influenza e della rilevanza comunitaria della condotta anticoncorrenziale – il giudice competente a conoscerle dovrà essere individuato secondo le ordinarie regole di competenza per valore e per territorio (ad esempio: giudice di pace per le controversie fino ad € 5.000,00);

- nel caso in cui, invece, l’azione venga proposta sulla base della violazione della normativa antitrust nazionale, troverà applicazione l’art. 33, comma 2, della legge 287/1990, con conseguente competenza

esclusiva, in unico grado, della Corte di Appello competente per territorio.

## **LA PROVA DEL DANNO**

In considerazione della peculiarità dell'illecito anticoncorrenziale, numerose sono state le incertezze rilevate nell'ambito della problematica, di grande centralità, relativa alla prova ed alla quantificazione del danno. Sul punto, la giurisprudenza sembra aver intrapreso un percorso tale da semplificare al consumatore – utente la prova del danno subito a fronte di un illecito concorrenziale; secondo tale orientamento, infatti, il consumatore che agisce in giudizio per il risarcimento del danno deve solo produrre il contratto riconducibile all'intesa anticoncorrenziale (ad esempio, con riferimento al cartello tra assicurazioni, il contratto di assicurazione), nonché il provvedimento di condanna dell'AGCM dell'intesa “a monte” del contratto; tali elementi consentono alla parte che agisce in giudizio di ritenere altresì provato il nesso di causalità, essendo questo presunto dall'esistenza del cartello sanzionato, mentre non è necessaria l'esatta quantificazione del danno asseritamente subito in conseguenza dell'illecito, essendo tale elemento di assai difficile prova: sul punto,

peraltro, provato il danno ed il nesso di causalità, è rimessa al giudice la quantificazione, anche in forma equitativa.

Deve però, richiamata tale “linea guida” posta dalla Cassazione, segnalarsi come, in realtà, tutta la problematica attinente, in via generale ed esemplificativa, al danno derivante da illecito *antitrust*, presenta numerosi risvolti problematici che non consentono di prendere posizione in maniera puntuale ed esaustiva. La complessità, a livello economico, sui fattori di determinazione del prezzo impone, su tale aspetto, una prova in ordine al nesso di causalità talvolta assai rigorosa. Le fattispecie anticoncorrenziali previste dalla legge producono un determinato danno che deve essere diversamente quantificato in base alla natura della condotta vietata posta in essere dalle imprese; al riguardo, il danno derivante da un cartello – come quello sopra menzionato attuato dalle compagnie assicurative – deve essere valutato in termini assai differenti da quello causato da un pratica diretta ad escludere una concorrente dal mercato. Parimenti, il danno arrecato ad un impresa deve essere necessariamente valutato in termini assai diversi rispetto a quello subito da un consumatore.

## **LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO**

Con riferimento, ad esempio, all'ipotesi di intesa anticoncorrenziale, è possibile, con la dovuta approssimazione, individuare tre criteri per la quantificazione del danno. Per il primo criterio, il risarcimento consiste, per ciascun bene o servizio, nella differenza tra il prezzo effettivamente pagato e quello che sarebbe stato pagato se non ci fosse stata l'intesa anticoncorrenziale. Il secondo criterio prevede che, in aggiunta al restituzione della differenza tra prezzo reale e prezzo competitivo, si debba aggiungere anche una somma corrispondente al profitto ricavato dalle imprese in occasione del cartello. Il terzo criterio, infine, consiste nel risarcire la differenza tra i profitti che sarebbero stati realizzati se non ci fosse stata la violazione e i profitti che sono stati realizzati in presenza dell'intesa o della pratica restrittiva; in particolare, tale criterio, pur nella sua complessità, sembra comunque il criterio da tenere in considerazione, fermo restando la facoltà per il giudice di decidere in via equitativa. Oltre a ciò, deve riconoscere in capo al consumatore – utente la possibilità di promuovere un'azione risarcitoria in forma specifica, ottenendo la condanna dell'imprenditore a rimuovere quella clausola o profilo

dell'assetto negoziale che costituisca lo specifico riflesso della violazione della disciplina antitrust.

© *Copyright Dott. A. Giuffrè Editore Spa – 2012*