

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le difese dell'impresa convenuta ed il *passing-on*

Sommario: I. LE DIFESE DELL'IMPRESA CONVENUTA NELLA GIURISPRUDENZA ANTITRUST ITALIANA. – 1. Competenza. – 2. Legittimazione. – 3. Assolvimento dell'onere probatorio. – II. IL *PASSING-ON*: IMPLICAZIONI GIURIDICHE DI UN FENOMENO ECONOMICO COMPLESSO. – III. IL RILIEVO DEL *PASSING-ON* NEL CONTENZIOSO GIUDIZIALE ANTITRUST. – IV. LA DIFESA *PASSING-ON* NELLA GIURISPRUDENZA. – 1. La giurisprudenza nord-americana. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 3. La giurisprudenza degli Stati membri UE (cenni). – 4. La giurisprudenza italiana.

I. LE DIFESE DELL'IMPRESA CONVENUTA NELLA GIURISPRUDENZA ANTITRUST ITALIANA

Non è possibile ipotizzare in astratto tutte le difese che una impresa convenuta può proporre in un contenzioso giudiziale *antitrust*. È fin troppo evidente che ogni contenzioso si caratterizza per specificità tali da rendere ogni processo profondamente diverso dagli altri.

Tale diversità è ancora più accentuata nel contenzioso *antitrust* caratterizzato, come noto, da varietà fattuali complesse e qualificazioni giuridiche spesso commiste ad analisi economiche.

Uno sguardo retrospettivo alla giurisprudenza *antitrust* nazionale degli ultimi vent'anni, tuttavia, consente di rilevare alcuni elementi difensivi ricorrenti. Di seguito tali elementi saranno solo sinteticamente illustrati per lasciare spazio alla questione della difesa *passing-on*, principale oggetto della presente analisi.

1. *Competenza*. – L'argomento difensivo indubbiamente più ricorrente nei

contenziosi *antitrust* nazionali è stato quello del difetto di competenza del giudice adito.

Come noto, nell'originaria formulazione delle norme sulla competenza giudiziale in materia *antitrust* il legislatore nazionale aveva riservato alla competenza esclusiva della corte di appello competente per territorio la cognizione in primo ed unico grado delle azioni civili *antitrust* di dimensione nazionale¹. La mancanza di un'espressa previsione da parte del legislatore per le violazioni comunitarie aveva creato un'anomalia (sanata solo di recente) per cui mentre le controversie *antitrust* nazionali dovevano essere conosciute in primo (ed unico) grado dalla corte di appello competente per territorio, quelle comunitarie, a seconda del loro valore, ricadevano in primo grado nella cognizione del giudice di pace o del tribunale.

Questo *unicum*, anche a causa della non sempre evidente linea di demarcazione nelle fattispecie *antitrust* tra applicazione delle regole nazionali e comunitarie, ha creato una notevole incertezza nell'individuazione *in concreto* del giudice competente e ha consentito alle parti di utilizzare con particolare successo l'eccezione di incompetenza del giudice, di volta in volta adito dall'attore².

Tale *unicum*, risulta ormai espunto dall'ordinamento, posto che con l'istituzione delle "Sezioni Specializzate in materia di Impresa", la l. 27/2012³ nel tentativo di razionalizzare il complesso del contenzioso legato alle "attività economi-

¹ La formulazione dell'art. 33, comma 2, l. 287/1990 nella versione precedente a quella modificata dal d.lgs. 1/2012 convertito in l. 27/2012, stabiliva infatti che «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio».

² Cfr. *ex multis*, App. Milano, 7 febbraio 2011, *Brennercom Spa c. Telecom Italia Spa* in cui la

corte adita ha dichiarato la propria incompetenza (a favore del Tribunale di Milano) a conoscere la controversia ritenendo le condotte oggetto di causa rientranti nel novero del diritto comunitario della concorrenza e ciò nonostante la medesima fattispecie sostanziale fosse stata valutata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi della l. 287/1990 ed in particolare dell'art. 3 (cfr. Delib. AGCM, 16 novembre 2004, n. 13752, in *Boll.* 47/2004).

³ Legge di conversione del d.l. 1/2012.

che, produttive e commerciali” ha disposto che le corti di appello cedano il passo alle neonate sezioni, investendo queste ultime anche delle “controversie di cui all’art. 33, comma 2, della l. 287/1990” (oltre a devolvere loro pure la cognizione sulle parallele “controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* dell’Unione europea”). Appaiono così superati, almeno *pro futuro* i ricordati problemi legati al precedente sistema di tutela “frazionata” nelle controversie *antitrust*⁴.

2. *Legittimazione*. – Un altro argomento difensivo ampiamente utilizzato, specie nelle azioni promosse dai consumatori finali, è stato quello volto a rilevare il difetto di legittimazione attiva ad invocare la tutela della legge *antitrust* nazionale. Nell’ordinamento giuridico interno, infatti, la legittimazione attiva del consumatore finale danneggiato da una pratica anticompetitiva nazionale è una conquista relativamente recente, essendo stata espressamente riconosciuta, sulla base dell’art. 33, comma 2, l. 287/1990, soltanto nel 2005 con la sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite, 4 febbraio 2005, n. 2207 (caso Unipol)⁵. Prima d’allora, l’orientamento della Corte di Cassazione è significativamente rappresentato dalla sentenza nel caso *Montanari*: «le norme degli art. [101 TFUE] e [102 TFUE] sono rivolte alla tutela della libera concorrenza tra imprese [...] ne consegue che destinatari diretti di tali norme sono gli imprenditori commerciali, i quali sono gli unici legittimati ad avvalersene, non l’utente singolo, il quale può trarne solo un vantaggio in via riflessa ed indiretta»⁶. Un simile orientamento fortemente restrittivo, come si intuisce, era suscettibile di essere utilizzato dai convenuti al fine di schermare le azioni di danno *antitrust* promosse dai consumatori finali nei loro confronti.

3. *Assolvimento dell’onere probatorio*. – Altrettanto utilizzate sono le argomentazioni difensive volte a rilevare il mancato assolvimento dell’onere probatorio gravante sull’attore. L’azione di danno *antitrust*, a differenza delle ordinarie azioni di danno extracontrattuale, può contare su rilevanti presunzioni semplici poste a favore del danneggiato in merito alla sussistenza del nesso causale e del danno derivato da un illecito anticompetitivo già accertato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (o dalla Commissione europea)⁷.

Nonostante l’operare di tali presunzioni semplici, l’onere probatorio resta molto difficile da assolvere per l’attore e non sono affatto infrequenti pronunce in cui il giudice ha rilevato sia nel contenzioso tra imprese che tra consumatori e imprese l’insufficienza dell’apparato probatorio proposto dall’attore.

II. IL *PASSING-ON*: IMPLICAZIONI GIURIDICHE DI UN FENOMENO ECONOMICO COMPLESSO

Strettamente connessa alla complessità probatoria è la difesa *passing-on*, probabilmente la più controversa argomentazione difensiva proponibile in un contenzioso giudiziale *antitrust*, oggetto di analisi nei paragrafi successivi.

Il fenomeno del *passing-on*, che in italiano può essere tradotto come fenomeno della *traslazione*, è direttamente imputabile alla struttura del mercato concorrenziale.

Si tratta di un fenomeno di tipo economico, riconducibile alle relazioni verticali che legano il processo produttivo a quello distributivo, per cui ciò che avviene in un determinato stadio della catena del valore tende a ripercuotersi sul livello successivo. E ciò con un’intensità variabile in funzione della struttura dei mercati interessati e della pressione con-

⁴ Cfr. sul punto App. Bologna, sez. III, 17 aprile 2012.

⁵ Il nuovo orientamento, ormai consolidato, è stato ribadito costantemente dalla Corte di cassazione, cfr. da ultimo Cass., sez. III, 26 maggio 2011, n. 1160.

⁶ Cass., sez. I, 4 marzo 1999, n. 1811.

⁷ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305 ed anche sez. III, 26 maggio 2011, n. 11610 in cui è stato precisato che «la prova dell’interruzione del nesso causale [...] non può consistere nel rimettere in discussione le medesime circostanze di fatto il cui accertamento è già contenuto nel provvedimento sanzionatorio».

correnziale attuale (o potenziale) riscontrabile in ciascuno di essi.

È proprio per il verificarsi di questo fenomeno, rilevante anche in altre branche del diritto come il diritto tributario e quello ambientale, che un mercato concorrenziale trasmette gli effetti benefici alla società ed ai consumatori finali: i prezzi minori, le migliori qualità dei beni/servizi ed il maggiore tasso di innovazione di un mercato specifico, beneficiano i consumatori (e la società in termini di efficienza) perché tali effetti sono determinati dalla concorrenza ai livelli superiori, riversandosi, successivamente, nel mercato finale.

Allo stesso modo, anche gli effetti dannosi, le illecite distorsioni della concorrenza e, dunque, i sovrapprezzi, le minori produzioni, le inefficienze e così via, transitano lungo la “catena del valore”, dall’alto verso il basso: dal livello produttivo, fino al consumatore finale⁸.

Il *passing-on* deve intendersi, pertanto, come un fenomeno neutro che, *nel bene e nel male*, si verifica in tutte le economie di mercato.

Nell’ambito del contenzioso giudiziale *antitrust*, il *passing-on* rileva in quanto determina la traslazione di un danno (o di una sua parte) da uno stadio all’altro della “catena del valore”.

Se, in linea teorica, il funzionamento di tale meccanismo traslativo appare intuitivo (e di comune esperienza), la precisa definizione e dimostrazione nell’ambito di un contenzioso civile dell’effettivo impatto del *passing-on* nelle singole posizioni giuridiche è spesso sfuggente. Nella realtà, infatti, non tutti i soggetti che si avvicinano lungo la “catena del valore” trasferiscono integralmente il danno al livello successivo; alcuni riescono a trasferirlo solo in parte assorbendone il re-

stante, altri ancora, invece, riescono a neutralizzarne gli effetti o a differirne la propagazione nel tempo.

La possibilità di trasferire un danno patrimoniale al livello successivo della catena del valore dipende, infatti, da una serie di fattori riconducibili alla struttura ed alle caratteristiche dei mercati interessati. Tale possibilità dipenderà, ad esempio, dall’elasticità della domanda e dell’offerta, dal lasso di tempo durante il quale il sovrapprezzo illecito viene praticato, dalla effettiva sostituibilità del bene intermedio a cui il sovrapprezzo (o la infraproduzione) si riferisce. L’eventuale traslazione del danno dipenderà anche dalla tipologia di contratti in essere nei vari stadi della filiera: in numerosi settori, ad esempio, è frequente l’utilizzo di contratti di approvvigionamento medio - lungo - lunghissimo periodo in cui il prezzo delle materie prime è convenuto tra le parti in modo da risultare insensibile ad eventuali successive variazioni transitorie di prezzo⁹.

Si consideri, inoltre, che in un mercato concorrenziale la reazione tipica degli operatori economici a fronte di un incremento del prezzo di un bene intermedio (ad. esempio di una materia prima) consiste nel cercare immediatamente un prodotto sostitutivo (il cui prezzo non è nel frattempo aumentato) del bene impiegato nella produzione. Il produttore, infatti, temendo che i propri clienti orientino la propria domanda verso concorrenti più efficienti, cerca in primo luogo di evitare il maggior costo semplicemente non sostenendolo e ricorrendo ad un sostitutivo *low cost*. Se la sostituzione di quel bene intermedio è possibile in tempi rapidi, il sovrapprezzo trasmesso ai consumatori sarà inesistente o, tutt’al più, impercettibile¹⁰. Se invece il bene si rivela difficilmente sostituibile, il sovrapprezzo

⁸ In altre parole: «Il consumatore, che è l’acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di un’intesa si realizza per l’appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra i prodotti in concorrenza effettiva con una scelta apparente»; cfr. Cass., sez. un., 20 gennaio 2005, n. 2207.

⁹ Ad esempio recenti studi nella filiera agrolimentare hanno rilevato che in virtù dell’attuale assetto dei contratti cd *forward buying*, l’eventuale

traslazione sul consumatore finale dell’aumento del costo connesso ad un incremento del costo delle materie prime avviene, normalmente, a distanza di circa sei mesi dall’incremento di prezzo registrato nel mercato della singola materia prima. Cfr. sul punto i dati raccolti e pubblicati da *The Economist*, 20 gennaio 2011.

¹⁰ Il che ovviamente, non intacca il valore giuridico e la fondatezza (qualora sussista un nesso di causalità) delle pretese risarcitorie del danneggiato.

illecito si materializzerà in buona parte nei costi di produzione del prodotto finale e, pertanto, sarà (in tutto o in gran parte) trasmesso, in linea di principio, ai consumatori finali.

In un mercato monopolistico, invece, l'incremento del prezzo non sarà mai uguale all'incremento del costo, per la semplice ragione che il monopolista non è, per definizione, un *price taker* ma tende a fissare il prezzo e la quantità di produzione esattamente dove la sua curva di costo marginale intercetta i suoi ricavi marginali. Con la conseguenza che in un mercato monopolistico i consumatori finali, in linea di principio, non sopporteranno integralmente il sovrapprezzo illecito ma solo una parte.

III. IL RILIEVO DEL *PASSING-ON* NEL CONTENZIOSO GIUDIZIALE ANTITRUST

Nell'ambito di un'azione giudiziale *antitrust*, la corretta comprensione dell'impatto del fenomeno del *passing-on* nell'ambito dei mercati interessati (e la sua puntuale dimostrazione) può risultare determinante per il successo della parte attrice o di quella convenuta.

Il *passing-on*, infatti, ha un importante rilievo sia sotto un profilo processuale (i.e. per la corretta identificazione dei soggetti legittimati attivi e passivi) che da quello sostanziale (i.e. per l'esatta individuazione e quantificazione del danno risarcibile).

La *passing-on defence* può essere utilizzata dalle imprese convenute in un'azione di risarcimento del danno *antitrust* per contrastare la tesi dell'attore ogniqualvolta questi abbia realmente traslato il danno *antitrust* ai propri clienti. Se il convenuto, infatti, riesce a dimostrare che il danno patrimoniale lamentato dall'attore è stato in realtà interamente trasferito al livello sottostante, questi perderà la legittimazione attiva, non avendo di fatto subito alcun danno. Se, invece, si riesce a dimostrare che il danno è stato traslato solo in parte, la *passing-on defence* consentirà al convenuto di ridurre l'entità del danno risarcibile all'attore e ciò, essenzialmente, a

causa della funzione compensativa del risarcimento del danno.

Va da sé che in caso di traslazione integrale o parziale del danno al livello successivo, si aprirà la strada della legittimazione attiva ai danneggiati del livello sottostante.

I vantaggi per l'originario convenuto di una simile evoluzione dello scenario processuale devono essere attentamente valutati in funzione delle caratteristiche del caso di specie. Infatti, non è da escludere che tale evoluzione possa avere delle conseguenze negative per il convenuto, il quale a fronte del vantaggio consistente nella riduzione (se non eliminazione) dell'esposizione al rischio *antitrust* nei confronti del danneggiato diretto (ad es. il distributore che ha acquistato per rivendere i beni/servizi cartellizzati), potrà veder espandere la propria esposizione al rischio *antitrust* ad una platea potenzialmente più ampia di danneggiati (gli acquirenti indiretti), ovvero coloro i quali hanno acquistato i beni/servizi da intermediari (ad es. i clienti del distributore). Tale rischio appare ancora più rilevante qualora gli acquirenti indiretti siano consumatori finali, i quali come noto, dal 2010 dispongono, in Italia, di un efficace strumento di aggregazione processuale quale l'azione di classe disciplinata dall'art. 140-bis del Codice del Consumo¹¹.

L'utilizzo strategico della traslazione del danno può avere anche una connotazione non difensiva e servire all'attore danneggiato (ad es. il consumatore finale) per chiedere in giudizio al soggetto che ha posto in essere una violazione delle regole di concorrenza il risarcimento dei danni patrimoniali traslati dall'operatore intermedio (ad es. il distributore) (*offensive passing-on*).

IV. LA DIFESA *PASSING-ON* NELLA GIURISPRUDENZA

L'utilizzo della difesa *passing-on* nell'ambito del contenzioso *antitrust* è stata oggetto di grande attenzione da parte della giurisprudenza nordamericana già sul finire degli anni sessanta del secolo

¹¹ D.lgs. 206/2005.

scorso. Il tema dell'ammissibilità della difesa *passing on*, come illustrato nel paragrafo successivo, ha assunto un importante rilievo specie per le sue implicazioni di *competition policy*, intrecciandosi con il tema della legittimazione attiva e passiva, della tutela effettiva offerta dal *private antitrust enforcement* nei confronti delle vittime degli illeciti indipendentemente dalla loro posizione lungo la "catena del valore" ed alla stessa efficacia di deterrenza (generale e specifica) connessa ai rimedi civilistici nel contenzioso *antitrust*. E non poteva essere altrimenti posto che la corte suprema statunitense, al fine di ridurre le notevoli difficoltà pratiche connesse all'esatta ricostruzione in giudizio dell'entità del danno *traslato*, ha negato all'*indirect purchaser* la legittimazione attiva ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno, limitando al *direct purchaser* la legittimazione a richiedere il risarcimento – *in triplum*¹² – del danno sofferto. E ciò nonostante questi lo avesse interamente trasferito al livello sottostante. Tali regole, come descritto nel paragrafo successivo, sono state elaborate nei casi *Hanover Shoe Co.* del 1968 e *Illinois Brick Co.* del 1977¹³.

Anche in Europa, dove la questione si è posta molto più recentemente, il dibattito in merito alla possibilità di utilizzare la difesa *passing-on* nel contenzioso giudiziale ha assunto un'ampiezza molto simile a quella nordamericana, coinvolgendo considerazioni di *competition policy*. Giova precisare fin da subito che in Europa la regola vigente (anch'essa di derivazione giurisprudenziale) è di senso diametralmente opposto a quella nordamericana: essendo riconosciuta la legittimazione ad agire a "chiunque" abbia subito un danno come conseguenza di un illecito *antitrust* e ciò indipendentemente dalla propria posizione lungo la "catena del valore".

1. *La giurisprudenza nordamericana.* – La difesa *passing-on* nel contenzioso *anti-*

trust è stata affrontata per la prima volta dalla corte suprema nordamericana nel caso *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corporation*.

La corte suprema, stabilendo una controversa *rule of law* valida ancora oggi, rigettò le argomentazioni dell'impresa convenuta fondate sulla *passing-on defence*. E ciò indipendentemente dalla circostanza che, nel caso di specie, l'attore acquirente intermedio non avesse in realtà sofferto alcun danno patrimoniale in quanto aveva traslato i maggiori costi ai propri clienti.

Secondo la corte, riconoscere la validità della difesa *passing-on* avrebbe consentito agli autori di un illecito *antitrust* di conservare più facilmente i profitti derivanti dalla condotta anticompetitiva. E ciò in quanto, tale difesa complicherebbe notevolmente la quantificazione del danno, finendo per disincentivare la proposizione delle azioni di risarcimento.

Qualche anno più tardi, nella pronuncia *Illinois Brick v. Illinois*¹⁴, la Corte Suprema confermò la regola dell'inammissibilità della difesa *passing-on* esplicitandone il corollario secondo cui agli acquirenti indiretti, sui quali, come illustrato nel paragrafo precedente, vengono tipicamente traslati gli effetti dannosi della pratica anticoncorrenziale, non poteva essere accordata legittimazione ad agire in giudizio per far valere una violazione del diritto *antitrust* (c.d. *offensive passing-on*). E ciò in quanto l'eventuale azione di risarcimento proposta da tali soggetti, avrebbe comportato una problematica duplicazione – o moltiplicazione a seconda della lunghezza della "catena del valore" su cui il danno viene di volta in volta traslato – delle azioni nei confronti del soggetto che ha commesso l'illecito, con il rischio di una duplicazione/moltiplicazione della esposizione alla responsabilità risarcitoria. Ciò avrebbe inoltre determinato insuperabili ostacoli per l'esatta individuazione delle responsabilità (disperse lungo la catena del valore) e per

¹² Cfr. Sect. 4, *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15, ai sensi del quale il danneggiato da un illecito *antitrust* può ottenere in giudizio un "risarcimento" pari a tre volte l'entità del danno patrimoniale subito.

¹³ *Hanover Shoe Co. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481 (1968); *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720 (1977).

¹⁴ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

la precisa individuazione e quantificazione dei danni subiti.

A seguito di tale importante sentenza si è sviluppato nella comunità *antitrust* nordamericana un vivace dibattito¹⁵ in cui sono stati anche proposti richiami di attenzione in merito alla necessità di riconsiderare la validità della *Illinois Brick rule*¹⁶. È stato perfino sostenuto in dottrina che tale regola incentivi comportamenti collusivi tra l'acquirente diretto (unico soggetto legittimato a citare in causa il cartellista o il monopolizzatore), e lo stesso cartellista/monopolizzatore. Questi, infatti, potrebbe avrebbe l'interesse a "comprare" il silenzio dell'unico legittimato all'azione attraverso una spartizione delle rendite illecite derivanti dalla violazione *antitrust*¹⁷.

Ad oggi, a livello federale, la Corte Suprema non ha ancora avuto l'occasione di tornare sul tema. L'azione civile di risarcimento del danno, che in base al *Clayton Act* deve peraltro essere triplicato in nome della funzione sanzionatoria e deterrente accordata al *private antitrust enforcement*¹⁸, viene quindi riconosciuta soltanto all'acquirente diretto, in quanto soggetto che più probabilmente ha interesse a proporre tale azione (vuoi perché, a causa della sua posizione lungo la "catena del valore", è destinato a subire un danno patrimoniale tutt'altro che trascurabile e perché non può essergli eccepita la difesa *passing on*) e che più fruttuosamente può farlo, avendo maggiori informazioni utilizzabili in giudizio rispetto ai meno "informati" acquirenti indiretti.

In sintesi, dunque, si può affermare che, a livello federale, l'ordinamento statunitense si caratterizza per: *i*) non ammettere la difesa *passing on* e *ii*) non am-

mettere la legittimazione ad agire in capo agli acquirenti indiretti.

Per completezza, si rileva che le perplessità emerse nel dibattito appena accennato hanno trovato un notevole accoglimento a livello statale: in ben trentasei Stati americani e nel distretto di Columbia sono, infatti, stati adottati provvedimenti legislativi, c.d. *Illinois Brick repealer statutes*, che hanno espressamente riconosciuto la legittimazione ad agire degli acquirenti indiretti nel contenzioso *antitrust*¹⁹.

A livello statale la questione dell'ammissibilità della *passing-on defence* è stata recentemente analizzata dalla corte suprema della California che, pur negando l'ammissibilità di tale difesa, ha comunque riconosciuto la legittimazione attiva degli acquirenti indiretti (caso *Clayworth v. Pfizer*²⁰). Sebbene in linea con la pronuncia di *Hanover Shoe*, quindi, l'ordinamento statale californiano rappresenta un modello differente da quello federale, in quanto: *i*) non ammette la difesa *passing-on*, ma *ii*) ammette la legittimazione ad agire in capo agli acquirenti indiretti.

2. *La giurisprudenza della corte di giustizia ed il dibattito comunitario.* – In ambito comunitario l'ammissibilità della *passing-on defence* è stata implicitamente affrontata dalla Corte di giustizia nella pronuncia pregiudiziale nel caso *Courage v. Crehan* del 2001²¹ in cui, come noto, è stato sancito il diritto di "chiunque" abbia subito un danno come conseguenza di un illecito *antitrust* ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento. Tale statuizione costituisce un chiaro riconoscimento all'ammissibilità della difesa *passing-on*, posto che, sotto il profilo della legittima-

¹⁵ Nell'ambito del quale le più note espressioni sono quelle favorevoli al *passing-on* di Landes e Posner, esponenti della Scuola di Chicago improntata ai criteri di efficienza economica, e quelle critiche di Harris e Sullivan, volte a difendere la necessità di tutelare ogni posizione giuridica soggettiva danneggiata da un illecito concorrenziale, e quindi anche gli acquirenti indiretti.

¹⁶ Cfr. Antitrust Modernization Common Report and Recommendations (2007).

¹⁷ Si parla a tal proposito dell'*Illinois Wall*, facendo riferimento agli incentivi alla collusione

che la regola del caso *Illinois Brick* crea tra il cartellista e l'*indirect purchaser*.

¹⁸ Cfr., *supra*, nota 12.

¹⁹ Tra questi, si può annoverare anche il *California Cartwright Act.*, CAL. BUS. & PROF. CODE § 16720.

²⁰ *Clayworth v. Pfizer, Inc.*, 49 Cal.4th 758, 233 P.3d 1066 (Cal. 2010).

²¹ C. giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd and Others*, in *Racc.* 2001, p. I-6297.

zione ad agire, non tollera alcun limite alle azioni di risarcimento del danno incardinate dagli acquirenti indiretti.

Il principio statuito dalla Corte di giustizia ha assunto particolare rilevanza nell'ambito del dibattito scaturito a livello comunitario in merito all'effettività della tutela giudiziale *antitrust* in Europa a seguito della pubblicazione, nel 2005, del libro verde della Commissione europea sulle "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie"²². Tale documento ha ufficialmente aperto la consultazione pubblica sull'opportunità di ammettere nell'ordinamento comunitario la "eccezione di trasferimento del danno"²³.

La Corte di giustizia è tornata sul tema della necessità di favorire ed incentivare le azioni civili come strumento di *enforcement* della normativa *antitrust* nel 2006 con la pronuncia pregiudiziale nel caso *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni*²⁴. A distanza di poco più di cinque anni dalla precedente pronuncia, la corte ha compiuto il definitivo passo in avanti verso il pieno riconoscimento della legittimazione ad agire anche a favore degli acquirenti indiretti, affermando che «chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. [101 TFUE]»²⁵.

Nell'ambito del dibattito sviluppatosi a livello comunitario, la Commissione europea ha elaborato una posizione più avanzata in merito alla ammissibilità della difesa *passing-on*. In particolare, nel libro bianco del 2008²⁶, la Commissione ha proposto di ammettere la difesa *passing on* solo quando il convenuto è in grado di dimostrare con certezza che l'attore ha ef-

fettivamente traslato il danno su terzi soggetti (e ciò al fine di evitare problemi di duplicazione del risarcimento e di arricchimento senza causa) e dall'altro di favorire la proposizione delle azioni da parte degli acquirenti indiretti attraverso l'introduzione di una "presunzione semplice che il sovrapprezzo illegale sia stato loro trasferito nella sua interezza"²⁷.

In attesa di una proposta di direttiva comunitaria in materia di *private antitrust enforcement* più volte annunciata negli ultimi anni, il tema della traslazione del danno è stato ulteriormente discusso nell'ambito alla "consultazione in materia di quantificazione del danno nei casi antitrust" del 2011²⁸ ed in relazione all'avanzamento dei lavori di proposta legislativa comunitaria in materia di *class action antitrust* del 2012²⁹.

Nel frattempo, sembra essere ormai acquisito a livello di politica legislativa UE il principio, condiviso dal parlamento europeo e dalla Commissione, secondo cui l'obiettivo primario delle azioni di risarcimento del danno per violazioni della disciplina *antitrust* è quello di assicurare un "risarcimento completo" ai danneggiati. Ciò significa da un lato escludere le ipotesi (tipiche del sistema di *common law*) di danno esemplare e punitivo e, dall'altro, ammettere nel contenzioso giudiziale l'ammissibilità dell'argomentazione *passing-on*.

Distanziandosi nettamente dall'approccio federale nordamericano³⁰, dunque, il modello comunitario *i)* ammette la difesa *passing-on* e *ii)* la legittimazione ad agire in capo agli acquirenti indiretti.

3. *La giurisprudenza negli stati membri dell'ue (cenni)*. – Con riferimento all'am-

²² Cfr. Libro verde: Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, COM (2005) 672 final, p. 3.

²³ *Ibidem*, p. 8.

²⁴ C. giust. UE, 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 - C-298/04, Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico c. Assitalia SpA, and Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA - "Manfredi", in *Racc.* 2006, p. I-6619.

²⁵ C. giust. UE, 13 luglio 2006, Manfredi, cit., § 61.

²⁶ Libro bianco in materia di Azioni di risarci-

mento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, COM (2008) 165 final, § 2.1.

²⁷ Commissione europea, libro bianco, § 8.

²⁸ Cfr. Bozza di documento di orientamento. Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'art. 101 e 102 TFUE.

²⁹ Cfr. European Parliament Resolution of 2 February 2012 on «Towards a Coherent European Approach to Collective Redress» (2001/2089(INI)).

³⁰ Nonché dal modello vigente nello Stato della California.

missibilità della difesa *passing-on*, le soluzioni giurisprudenziali affermatesi negli Stati membri dell'Unione europea si collocano lungo la linea, come visto molto sottile, tracciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nei richiamati casi *Courage* e *Manfredi*.

Pronunce volte a riconoscere l'ammissibilità della difesa *passing-on* si riscontrano in Inghilterra³¹, Germania, Francia³², Danimarca³³, oltre che in Italia³⁴ (su cui si ritornerà più diffusamente nel prossimo paragrafo). In tali Stati membri, nonostante i tribunali abbiano fin ora avuto poche occasioni di affrontare direttamente tale questione (nei pochi casi disponibili la difesa *passing-on* ha assunto rilievo incidentale o è stata sviluppata nell'ambito di *obiter dicta*) è comunque prevalsa l'interpretazione volta ad ammettere la difesa *passing-on* nel contenzioso *antitrust*. E ciò sulla base dei principi generali dell'ordinamento giuridico in tema di legittimazione attiva e di compensazione del danno.

Si segnala che il governo del Regno Unito, all'esito di una ampia consultazione pubblica avente ad oggetto il *private antitrust enforcement*, ha reso pubblica la propria posizione in materia di *passing-on defence* precisando la propria contrarietà alla introduzione nell'ordinamento giuridico inglese di presunzioni semplici relative alla avvenuta traslazione del danno al livello successivo della catena del valore³⁵.

4. *La giurisprudenza italiana.* – In Italia non esiste un'espressa presa di posizione del legislatore in merito all'ammissibilità della *passing on defence* nei casi di diritto *antitrust nazionale*, né vi è un chiaro *leading case* in materia.

Giova precisare che in perfetta aderenza alla giurisprudenza della Corte di giustizia richiamata nei paragrafi prece-

deni, la Corte di cassazione ha costantemente riconosciuto a partire dal 2007 la legittimazione attiva di ogni soggetto del mercato leso da una condotta anti-competitività illecita a proporre una azione giudiziale *antitrust*, indipendentemente dalla sua posizione lungo la catena del valore, purché il danno lamentato sia eziologicamente collegato all'illecito *antitrust*. Tale impostazione, da ultimo confermata dalla Corte di cassazione nella richiamata sentenza n. 1160/2011³⁶, neutralizza qualunque limitazione alla legittimazione attiva di stampo nordamericano.

La questione della ammissibilità della difesa *passing-on* è stata oggetto di specifica analisi per la prima volta in un contenzioso *antitrust* dalla corte di appello di Torino nel caso *Juventus FC SpA* del 2000⁷. In tale caso, la società *Indaba Incentive co.*, attiva nel mercato della fornitura di servizi di turismo e specializzata in eventi sportivi, convenne in giudizio ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. 287/90, la *Società Juventus F.C. SpA*. La società attrice lamentava di essere vittima di un abuso di posizione dominante della società convenuta nel mercato della vendita dei biglietti per la finale della *Champions League* del 28 maggio 1997.

La corte si era trovata a decidere una situazione *antitrust* complessa dal punto di vista della legittimazione attiva. Secondo la corte: «[...] il problema delicato è costituito dalla concorrenza in capo allo stesso soggetto sia della qualità di partecipante all'intesa vietata [...] sia di eventuale vittima della posizione dominante [...]». La corte, superata tale questione preliminare (ed anticipando la giurisprudenza *Courage*) rilevò che anche all'interno di una intesa anticompetitiva «i partners possono essere in posizione economica equiordinata o subordinata», ribadendo «la natura soltanto compensa-

³¹ *Emerald Supplies v. British Airways* [2010] EWCA Civ 1284; ed anche *Devenish Nutrition Limited v. Sanofi-Aventis SA (France) & Ors* [2008] EWCA Civ 1086.

³² Tribunal de Commerce de Nanterre, 11 maggio 2006, R.G. 2004FO2643, *Arkopharma v. Rochel/Hoffmann La Roche*; Tribunal de Commerce de Paris, 26 gennaio 2007, R.G. 2003/04804, *Laboratoires Juva v. Rochel/Hoffman La Roche*.

³³ Corte Suprema, 20 aprile 2005, *GT Linien A/S (in insolvency) v. DSB and Sandlines*.

³⁴ App. Torino, 6 luglio 2000, *Indaba Incentiva Company s.r.l. v. Juventus F.C. S.p.a.*, in *Danno e resp.* 2001, 46; App. Cagliari, 23 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 346.

³⁵ Cfr. UK Government, *Private Actions in competition law: a consultation on options for reform*, 29 gennaio 2013.

³⁶ Cass., sez. III, 26 maggio 2011, cit.

tiva» dell'azione risarcitoria riconobbe la legittimazione attiva esclusivamente al «soggetto che [ha] concretamente subito un danno». La corte ha ritenuto «privo di legittimazione attiva il soggetto che abbia concorso a traslare il danno a terzi, e così ai consumatori finali. Infatti, poiché la consapevolezza della partecipazione ad un'intesa illecita in capo a parte attrice era latente, ripetutamente dichiarata e subita nella prospettiva di una traslazione del danno [...]», tale elemento fu ritenuto sufficiente ad «escludere» l'incolpevolezza in capo a parte attrice che versava in una situazione di dolo» e ad escludere di conseguenza il diritto al risarcimento del danno.

Più recentemente, la Corte di cassazione, nel documento sottoposto alla Commissione europea nell'ambito della consultazione pubblica sul Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno *antitrust*³⁷, ha assunto una posizione particolarmente favorevole in merito alla ammissibilità del *passing-on* nell'ordinamento nazionale, ritenendo «del tutto ragionevole» la proposta di stabilire sia a favore dell'attore che del convenuto, a seconda dei casi, «una presunzione di trasferimento del maggior prezzo a valle della catena commerciale fino al consumatore finale»³⁹.

MICHELE CARPAGNANO

Bibliografia

AFFERNI, «La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario», in *Concorrenza e mercato*, n. 16/2008, a cura di GHIDINI - LIBONATI - MARCHETTI, Giuffrè, 2009, 494-521; BENACCHIO - CARPAGNANO, «L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza», in *Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento*, Trento, 2007; REALEY - GREEN - GEORGE (cur.), *Competition Litigation, UK Practice and Procedure*, Oxford, 2010, pp. 459-464; BUCCIROSSI - CARPAGNANO, «Is it time for the European Union to legislate in the field of collective redress in antitrust (and how)?», in *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, 2012; CARPAGNANO, «Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1999-2010», in G. GHIDINI (cur.), *Concorrenza e mercato*, Milano, 2011, pp. 284-304; CARPAGNANO, «Responsabilità civile per violazione delle regole sulla concorrenza nel diritto dell'Unione Europea», in R. SACCO (cur.), *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino, 2012, pp. 846-865; R. COOTER, «Passing On The Monopoly Overcharge: A Further Comment On Economic Theory», in *U. Pa. L. Rev.*, 1981, p. 1531; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; HARRIS - SULLIVAN, «Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis», in *U. PA. L. Rev.*, 1979, p. 269; LANDES - POSNER, «Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick», in *U. CHI. L. Rev.*, 1979, p. 602; L. PROSPERETTI - E. PANI - I. TOMASI, *Il danno Antitrust*, Mulino, 2009.

³⁷ App.Torino, 6 luglio 2000, *Indaba Incentiva Company s.r.l. c. Juventus F.C. S.p.A.*, in *Danno e resp.*, 2001, 46.

³⁸ Documento della Corte di cassazione di

data 11 luglio 2008, disponibile nella pagina web della Commissione Europea.

³⁹ Documento della Corte di cassazione, cit., p. 12.