

ANNA GENOVESE, **Funzione e quantificazione del risarcimento.**

**Considerazioni relative al danno da illecito antitrust** (Università di Roma<sup>3</sup>, 17 maggio 2007)

SOMMARIO. 1. Premessa. 2. Sul significato del principio compensativo in rapporto alla quantificazione del risarcimento. 3. Sul significato della nozione di danno differenziale in rapporto alla quantificazione del risarcimento 4. Sulle regole in materia di quantificazione del risarcimento 5. Prime conclusioni. Specificazione dell'oggetto con riguardo al danno da illecito antitrust. 6. Conformazione dell'ammanto patrimoniale prodotto dall'illecito antitrust e sua rappresentazione come danno. 7. Contrapposte tesi sulla funzione della responsabilità antitrust. I termini della questione. 8. Regole per orientare la quantificazione del risarcimento alla promozione del *private enforcement* del diritto antitrust. 9. Regole di standardizzazione del risarcimento del danno antitrust. 10. Conclusioni.

### *1. Premessa.*

Gli organizzatori del Convegno, che tengo a ringraziare ancora una volta, mi hanno proposto di trattare il tema dei rapporti fra funzione e quantificazione del risarcimento. La trattazione, limitata al risarcimento del danno patrimoniale, potrebbe puntare a definire tecniche di quantificazione dell'obbligazione risarcitoria in grado di adattare il rimedio, in concreto, alla funzione compensativa che gli è propria in astratto. Sorge, però, un quesito preliminare<sup>1</sup>: se la funzione compensativa del risarcimento governi *in toto* e in chiave, per così dire, neutra la quantificazione del risarcimento o se, invece, la concretizzazione giudiziale del rimedio, pur se in chiave di compensazione in senso lato, realizzi un mix di funzioni che rispecchia il mix di ragioni che hanno portato prima all'individuazione e poi all'imputazione di una perdita economica come danno risarcibile<sup>2</sup>.

E' quest'ultima la tesi che più mi convince. A mio parere, la quantificazione del risarcimento del danno, sia pure patrimoniale, risente della ragione giuridica per la quale una perdita economica è considerata "danno" ed è riconosciuta imputabile. Sempre a mio parere, dunque, il tema dei rapporti fra funzione e quantificazione del risarcimento, e della concretizzazione del rimedio, è da affrontare essenzialmente in relazione a perdite e responsabilità determinate (in chiave settoriale).

---

<sup>1</sup> Sulla rilevanza di tale questione preliminare per i problemi di quantificazione del risarcimento cfr. specificamente A.GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005, p. 35 ss. e A.PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, p. 23 ss.

<sup>2</sup> Alla responsabilità civile sono riconosciute molte diverse funzioni, nessuna delle quali da sola spiega la struttura dell'illecito civile e le sue manifestazioni: cfr. P.G.MONATERI, v. *Responsabilità civile in diritto comparato*, in *Dig., Sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, p. 24.

## (TESTO PROVVISORIO)

Ho esposto in altra sede<sup>3</sup>, a cui rinvio, le motivazioni di questa presa di posizione. Non di meno, reputo utile aprire una breve parentesi per riproporre, in sintesi, tali motivazioni e, se del caso, rivisitarle alla luce del più recente dibattito in tema di funzioni della responsabilità civile.

2. *Sul significato del principio compensativo in rapporto alla quantificazione del risarcimento.*

Nelle trattazioni sulla responsabilità civile, il tema specifico della quantificazione del risarcimento riceve generalmente scarsa considerazione<sup>4</sup>. Il fulcro dell'indagine è costituito dalla nozione di danno risarcibile, la cui definizione sembra idonea a risolvere anche i problemi di quantificazione del risarcimento. A tal fine, l'impostazione più accreditata fa perno sulla *Differenztheorie* del Mommsen e identifica il danno risarcibile con il danno patrimoniale differenziale: vale a dire con la differenza fra la situazione patrimoniale complessiva del danneggiato a seguito dell'illecito (sottraendo) e la situazione patrimoniale che si sarebbe determinata in mancanza dell'illecito (minuendo)<sup>5</sup>.

La validità della *Differenzhypothese* come criterio di determinazione del danno risarcibile è indubbia perché l'appropriatezza del metodo logico-matematico della *sottrazione* per la quantificazione di un minusvalore è indubitabile<sup>6</sup>. L'utilizzo di questa nozione, però, non può far ritenere che la funzione della quantificazione del risarcimento sia sempre e solo la compensazione - integrale e senza esuberi - di una perdita registrata solo a livello economico. Questa conclusione è condivisibile, al più, se s'iscrive nel ragionamento che considera il patrimonio "oggetto in sé di tutela aquiliana", e definisce i nuovi conflitti di interesse (quelli generati dall'industrializzazione),

---

<sup>3</sup> Cfr. A.GENOVESE, *Il risarcimento*, cit., p. 35 ss.

<sup>4</sup> In termini generali - e con riguardo al danno biologico - il rilievo marginale che, nella dottrina sulla responsabilità civile, ha finito per assumere la questione della misura del danno risarcibile, è segnalato anche da ALPA, *Ingegneria sociale e amministrazione del danno. Quindici anni di dottrina della responsabilità civile*, in Alpa e Bessone (a cura di), *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Giur.sist.dir.civ.comm.*, già diretto da Bigiavi, vol. I, Torino, 1987, pp. 16-17.

<sup>5</sup> Nell'originaria formulazione della *Differenztheorie*, il *danno patrimoniale* si contrappone al *danno reale*, che a sua volta è frutto dell'evoluzione del concetto di *danno materiale* (o naturale). Il danno patrimoniale consente il risarcimento delle spese e del lucro cessante. Nell'opera del MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse (Beiträge zum Obligationenrecht*, vol. II), Braunschweig, 1855, p. 3 ss., e di WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it., II, Torino, 1925, § 257, p. 36, la concezione reale del danno (*aestimatio rei*) è soppiantata da una concezione patrimoniale (*quantum interest*), che ha riguardo all'intero patrimonio del danneggiato. Questa evoluzione, per certi versi può essere considerata un recupero del significato originario dei termini: "il *quod interest*, ravvisato nel suo significato originario, allude ad una aspettativa protetta dal diritto ed esprime - mediante un raffronto fra due situazioni, l'una di carenza l'altra di appagamento - l'interesse di una persona al verificarsi dell'evento o dello stato di fatto cui si rivolge la sua aspettativa": così BETTI, v. "*Id quod interest*" in *Nov. Dig. It.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 133.

<sup>6</sup> Cfr. MESSINETTI, v. *Danno giuridico*, in *Enc. Dir.*, Appendice aggiornamento, vol. XXX, Milano, 1997, p. 469: "Il concetto di danno si riferisce ad un valore di ricchezza che non è presente all'interno del patrimonio di un soggetto, assunto quale dato oggettivo in una data sequenza temporale. Questa prospettiva, orientata alla individuazione di un fenomeno negativo, scaturisce dal raffronto in termini aritmetici tra la rappresentazione degli elementi costitutivi del patrimonio in una data situazione e quella degli stessi elementi considerati in una situazione successiva".

## (TESTO PROVVISORIO)

fuori dal sistema della responsabilità per colpa<sup>7</sup> e dal principio di tassatività degli illeciti (teoria dell'atipicità dell'illecito)<sup>8</sup>. In tale ragionamento, è un *caveat* necessario che serve ad arginare le conseguenze potenzialmente “eversive” di un modello di responsabilità civile deputato a svolgere funzioni indennitarie e anche “redistributive”<sup>9</sup>. Per una tale responsabilità, è essenziale che il risarcimento sia quantificato in modo da compensare, interamente e senza esuberi, la perdita economica risentita dal danneggiato a causa dell'illecito. L'esigenza, però, non può essere assolutizzata, né nel senso che il problema della quantificazione del risarcimento sarebbe essenzialmente quello di corrispondere alla misura del pregiudizio economico sofferto dal danneggiato, né nel senso che la funzione della quantificazione del risarcimento sarebbe solo quella di realizzare una compensazione.

Infatti, va in primo luogo osservato, su un piano pre-giuridico, che l'entità di una perdita economica dipende dalle caratteristiche della ricchezza di cui attesta l'ammacco, dalla tecnica utilizzata per rappresentare il minusvalore, e ancor prima dalle finalità per le quali la grandezza è misurata. In questo senso, la nozione di perdita economica che, in concreto, precede e condiziona la rappresentazione del danno risarcibile è relativa come del resto è relativa la nozione di ricchezza. Già questo dovrebbe mettere in guardia nei confronti della possibilità di una quantificazione “neutra” del risarcimento che, in funzione strettamente compensativa, rispecchi solo la misura di una perdita.

Nemmeno si può risolvere il problema della identificazione del danno risarcibile facendo appello alla nozione di danno patrimoniale differenziale. Infatti, per la ricostruzione del minuendo e del sottraendo, da cui risulta il danno differenziale, assumono rilievo anche elementi di giudizio - non economici - riguardanti lo scopo della norma violata (nesso causale giuridico) e l'interesse protetto.

Più in generale, mi sembra criticabile il significato che la generalizzazione finirebbe per attribuire al principio compensativo nel sistema della responsabilità civile. Infatti, se si ha riguardo al fondamento libertario di questo istituto<sup>10</sup>, ai conflitti per i quali è nato<sup>11</sup>, e per i quali è ancora

---

<sup>7</sup> Per prima informazione sul complesso processo evolutivo conosciuto dai criteri di imputazione della responsabilità, per colpa o dolo prima, e anche per rischio e oggettiva dopo, cfr. per tutti DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4° ed., 2003, p. 189 ss.

<sup>8</sup> Cfr. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985, p. 99 ss.

<sup>9</sup> Cfr. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Trad.it., Milano, 1975, p. 135 ss.; e POSNER, *Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry*, in AA.VV. *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, 1995. Col superamento del principio “*ohne Schuld keine Haftung*”, in favore del principio *casum sentit dominus* (cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2° ed., Milano, 1997, p. 22) il risarcimento prende a realizzare anche funzioni indennitarie o redistributive.

<sup>10</sup> Cfr. WRIGHT, *Right, Justice, and Tort Law*, in AA.VV., *Philosophical Foundations of Tort Law*, cit., p. 161.

<sup>11</sup> Sulla compensazione come evoluzione della antica punizione cfr. PARISI, *The Genesis of Liability in Ancient Law*, in *American Law and Economic Review*, 2001, p. 82.

## (TESTO PROVVISORIO)

utilizzato fuori da ogni logica redistributiva<sup>12</sup>, la finalità compensativa della responsabilità civile risulta importante ma non totalizzante.

Quando l'imputabilità del danno deriva da colpa grave o dolo, quindi da "cattivo uso" della libertà, o dal verificarsi di un rischio socialmente intollerabile<sup>13</sup>, affermare la responsabilità del danneggiante - e nel lungo periodo disincentivare un certo tipo di condotte - può essere più importante di quanto non sia compensare - in *toto* e senza esuberi - il singolo danneggiato. In questa prospettiva (di utilitaristica rinuncia a garantire la funzione compensativa del risarcimento), si giustificano sia la previsione che non consente l'assicurazione (volontaria) del rischio di responsabilità derivante da condotte dolose (cfr. gli artt. 1900 e 1917 c.c.), sia, con opposta valenza e per quanto qui più interessa, tecniche di quantificazione del risarcimento che portano a risarcire anche perdite economiche che il danneggiato non possa provare di aver subito. Torneremo più avanti su questo specifico argomento.

### *3. Sul significato della nozione di danno differenziale in rapporto alla quantificazione del risarcimento*

Come già anticipato, l'utilizzo della nozione di danno patrimoniale differenziale non risolve i problemi di appropriata quantificazione del risarcimento. Il ricorso a tale nozione, peraltro, rimane irrinunciabile. La quantificazione del risarcimento richiede sempre l'accertamento, in contraddittorio fra le parti, di una differenza negativa (o perdita) fra la situazione patrimoniale (sfavorevole per il danneggiato) che si è determinata a seguito dell'illecito e quella che si sarebbe determinata in mancanza dell'illecito.

La ricostruzione della situazione che si sarebbe determinata in mancanza dell'illecito, però, è frutto di valutazioni giuridiche: valutazioni che attengono anche alla natura dell'interesse protetto attraverso la responsabilità e all'intensità di tale protezione, sia in assoluto sia in relazione alla condotta del danneggiante. Queste valutazioni consentono di stabilire quali argomenti e quali prove, indiziarie o logiche, oltre che fattuali, il danneggiato possa proporre per accreditare una determinata quantificazione del risarcimento, e quali contro argomenti e contro prove il danneggiante possa eccepire.

E' evidente poi che tanto più la perdita economica - che è il presupposto essenziale, se anche non unico, perché si possa parlare di danno ingiusto e risarcibile - ha carattere intangibile

---

<sup>12</sup> Sui rapporti fra funzione deterrente della responsabilità civile e impossibilità o possibilità di accedere al sistema assicurativo cfr. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 435.

<sup>13</sup> Cfr. al riguardo M.BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e "ingiustizia" del danno*, in *Eur.dir.priv.*, 2000, p. 426 ss.

## (TESTO PROVVISORIO)

(ovverosia: interessa ricchezza intangibile) tanto più ardui per l'attore danneggiato e contestabili a cura del convenuto danneggiante risulteranno i ragionamenti necessari per ricostruire la situazione patrimoniale che si sarebbe determinata in mancanza dell'illecito. Del resto, è noto che tutte le vicende economiche relative alla ricchezza intangibile sono complesse, difficili da decifrare, solo in parte conosciute e, nell'andamento, suscettibili di previsione solo approssimativa. Ciò ovviamente non esclude, nei fatti, che l'economia ruoti prevalentemente intorno alla creazione e allo sfruttamento di risorse di questo tipo (*intangible assets*); e che gli ordinamenti dei paesi industrializzati in vari modi proteggano queste attività. Appare perciò del tutto coerente anche con le finalità della responsabilità civile che perdite di questo tipo di ricchezza, se ingiuste<sup>14</sup>, siano risarcite (e, in tal modo, una volta di più monetizzate). Sorge però il problema di tradurre la perdita economica di ricchezza intangibile in un "*quantum*" di danno patrimoniale risarcibile e di quantificare il risarcimento che lo compensa.

Per risolvere questo problema, a mio parere, è utile tenere presente che la compensazione è ottimale, secondo gli assunti della scienza economica, se rende il danneggiato indifferente all'illecito<sup>15</sup>. Ciò significa che la tutela aquiliana compensativa, nei confronti del danno patrimoniale, deve attribuire al danneggiato utilità (monetarie) che, tenuto conto di tutte le circostanze rilevanti<sup>16</sup>, possono, con ragionevole approssimazione, sostituire le utilità (patrimoniali in senso lato) che egli ha ingiustamente e definitivamente perduto.

Va dunque riconosciuto che nessun risarcimento elimina la perdita economica (intesa come distruzione di ricchezza o come mancata creazione o appropriazione di ricchezza) prodotta dall'illecito, e che la responsabilità non può, come una moviola, riportare il danneggiato nella situazione in cui si trovava prima dell'illecito. Il rimedio muta soltanto, per una parte che va opportunamente determinata, l'allocazione soggettiva (provvisoria)<sup>17</sup> di una parte di ricchezza monetaria liquida ed esistente. E' importante perciò che, avendo specifici costi di implementazione, sia applicato solo quando c'è una valida ragione sociale (ingiustizia e imputabilità del danno) per la

---

<sup>14</sup> Sulla regola di responsabilità civile come clausola generale cfr. da ultimo Cass. 2 febbraio 2007, in *Corriere giur.* 2007, p. 641, in motivazione.

<sup>15</sup> Cfr. COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999, p. 431 ss.; e COOTER, ULEN, *Law and Economics*, New York, 1997, p. 306 ss.

<sup>16</sup> In tale prospettiva, anche la regola sul triplo danno da illecito antitrust può apparire funzionale ad avvicinare la misura del risarcimento liquidato a quella dei danni effettivamente subiti dal danneggiato: cfr. LANDE, *Are Antitrust "treble" Damages Really Single Damages*, in *54 Ohio St. Law J.*, 1993, p. 115. JONES, *Private Enforcement*, cit., p. 228 ss., per esempio, riconnette la regola statunitense sulla triplicazione del risarcimento antitrust al lungo lasso di tempo che intercorre fra l'illecito e il giudizio sul danno in relazione al fatto che non è ammessa la liquidazione degli interessi sulle somme spettanti a titolo di risarcimento: sicché, a seconda della durata del lasso temporale che intercorre, "*the lack of pre-judgment interest alone can reduce nominally treble damages to single damages*".

<sup>17</sup> La compensazione del danno non può essere il fine ultimo e il fondamento filosofico che giustifica la responsabilità civile: WRIGHT, *Right, Justice and Tort Law*, cit., p. 159. "*Indeed, universal compensation of all losses, so that no one suffers any loss, is analytically impossible, since losses (like energy-matter) do not disappear, but rather are shifted (usually in transmuted form) to others, who then themselves bear uncompensated losses*". Difatti il problema è proprio se e quando un danno non debba restare dove si è manifestato, ma debba essere trasferito su un'altra sfera giuridica.

## (TESTO PROVVISORIO)

traslazione e sia applicato in misura congrua, non solo dal punto di vista dei soggetti coinvolti (finalità compensativa), ma anche dal punto di vista generale (massime esternalità positive in termini di appropriata deterrenza). Ciò vale sempre e, a più forte ragione, quando l'entità della perdita economica effettiva sia irrimediabilmente incerta perché riguarda ricchezza intangibile<sup>18</sup>.

### 4. Sulle regole in materia di quantificazione del risarcimento

Funzione della responsabilità, determinazione dell'area del danno patrimoniale risarcibile e natura della perdita economica da risarcire al danneggiato, quindi, sono fattori di giudizio che concorrono in vario modo alla quantificazione del risarcimento<sup>19</sup>. Ciò significa che l'interrogativo sul “*quantum*” del risarcimento è da formulare in un modo “aperto” malgrado esistano previsioni di legge a ciò dedicate (cfr. gli artt. 1223 ss. c.c.). Le previsioni in discorso, infatti, non consentono di predeterminare gli esiti della quantificazione, ma di gestire il contraddittorio fra le parti.

L'art. 1223 c.c. dispone segnatamente che il risarcimento del danno patrimoniale deve comprendere il *danno emergente* e il *lucro cessante, conseguenza immediata e diretta* dell'illecito. Utilizza quindi nozioni (danno emergente e lucro cessante), peraltro sconosciute agli ordinamenti di *common law*<sup>20</sup>, che non risolvono in una chiave essenzialistica i problemi di quantificazione del risarcimento<sup>21</sup>. Da un punto di vista economico/finanziario, infatti, ogni distinzione fra perdite

---

<sup>18</sup> Cfr. MARTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967, p. 205, il quale precisa che, allorché “*ist die Wahrscheinlichkeit einer effektiven Vermögenseinbuße bereits eine Wertminderung des Vermögens*”, l'accertamento del danno varia in ragione del criterio e della regola di responsabilità applicata.

<sup>19</sup> Sul rapporto fra criteri di quantificazione del risarcimento, area del danno risarcibile e funzione della responsabilità cfr. soprattutto la dottrina tedesca e in particolare STEINDORF, *Abstrakte und konkrete Schadensberechnung*, in *Arch. Civ. Praxis*, 1959/1960, p. 441 ss. e MAGNUS, in AA.VV., *Unification of tort law: damages*, Londra, 2001, p. 89 e ss. secondo cui: “*German law of damages serves the main aim of full compensation but in specific situations also preventive, sanctioning, satisfactioning, gain-avoiding purpose are taken into consideration*”. Questo giudizio è confermato da analisi condotte sul terreno comparatistico: cfr. ID., *ivi*, p. 185 ss.

<sup>20</sup> HORTON ROGERS, in AA.VV., *Unification of tort law: damages*, cit., pp. 58-59. La distinzione propria del *tort law* fra “*positive damage*” e “*loss of expectation*”, non corrisponde, da nessun punto di vista, a quella fra danno emergente e lucro cessante. Il profitto mancato è “*positive damage*”. La “*loss of expectation*” è risarcibile solo nell'ipotesi di danno extracontrattuale e comprende sia le spese aggiuntive, sia i mancati ricavi.

<sup>21</sup> Cfr. MESSINETTI, v. *Danno giuridico*, loc.cit. Dal punto di vista economico un'utilità può ritenersi acquisita quando si ha la possibilità di trarre da essa un godimento di fatto; dal punto di vista giuridico, invece, deve aversi riguardo al diritto che un soggetto abbia maturato a trarre un'utilità. E' per questo che il danno provocato da inadempimento di dare, corrispondente al valore della cosa, è danno emergente dal punto di vista giuridico, ma può essere catalogato come lucro cessante dal punto di vista economico. L'avviamento, d'altro canto, dal punto di vista economico è un valore intrinseco dell'azienda, mentre lo storno della clientela (che certamente incide sulla redditività dell'avviamento) è considerato lucro cessante: cfr. GRAZIANI, *Appunti sul lucro cessante*, in Graziani, *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, pp. 264 - 265. La dottrina più recente attribuisce alle categorie in questione valore descrittivo piuttosto che delimitativo: cfr. ALPA, BESSONE, *La responsabilità civile*, 3° ed., vol.I, Milano, 2001, p. 30. Più articolata la posizione di LIBERTINI, *Il risarcimento del danno da violazione di norme generali sulla concorrenza (antitrust e concorrenza sleale)*, in *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Atti del Convegno organizzato dalla Società Italiana per lo Studio della Proprietà intellettuale -SISPI-, Castel Gandolfo, 20-23 marzo 2003 - Milano, 2004, p. 164 secondo il quale: “La distinzione tradizionale fra le due grandi categorie del danno risarcibile può essere puntualmente applicata solo rispetto a fenomeni di mancato reddito esauriti nel tempo.

## (TESTO PROVVISORIO)

attuali e mancati guadagni è priva di significato<sup>22</sup>. Non sorprende perciò che, a fini di responsabilità civile, una medesima perdita possa essere considerata danno emergente oppure lucro cessante, a seconda del metodo e del tempo della rilevazione<sup>23</sup>, con il risultato di dilatare o restringere così la misura del risarcimento corrisposto al danneggiato<sup>24</sup>.

In realtà, le nozioni di lucro cessante e di danno emergente risultano capaci solo di governare, secondo uno schema tipico, ma non tassativo, il contraddittorio fra le parti in merito alle circostanze adducibili o contestabili ai fini della rappresentazione di una perdita come danno patrimoniale differenziale<sup>25</sup>. Ne consegue che non serve né è possibile stabilire, una volta per tutte, *cosa* è il danno emergente (quali voci a tale titolo si possono inserire nello stato patrimoniale del danneggiato oggetto di raffronto) e *cosa* è il lucro cessante (quali voci a tale diverso titolo si possono inserire nello stato patrimoniale del danneggiato oggetto di raffronto); serve ragionare su come una determinata perdita deve essere rappresentata e quantificata - nella varie componenti selezionate anche in base al nesso causale che si attaglia alla tutela dell'interesse che porta all'imputazione della responsabilità<sup>26</sup> - attraverso criteri complementari che, come quelli richiamati dalle nozioni di danno emergente e di lucro cessante, consentono di evitare vizi logici, contraddizioni e duplicazioni<sup>27</sup>.

La mancanza di regole sostanziali sulla quantificazione del risarcimento (pur in presenza di regole relative al metodo di tale quantificazione) contribuisce a creare quella che taluno,

---

Infatti, se c'è una riduzione permanente (ovvero una riduzione in atto ma riparabile) della redditività del bene, questa si riflette sul valore di mercato dello stesso (nella prospettiva dell'*aestimatio*) ovvero comporta programmi di spesa volti al recupero di redditività (nella prospettiva dell'*id quod interest*). In ambedue i casi la perdita o riduzione di redditività diviene quindi anch'essa una voce di danno emergente". Conf. AUTERI, *Il risarcimento del danno da lesione del diritto d'autore*, in *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, cit., pp. 298-299.

<sup>22</sup> Dal punto di vista economico il valore di un capitale non è altro se non il valore scontato di tutto il reddito futuro che da esso si spera di trarre: in termini già FISCHER, *La natura del capitale e del reddito*, Torino, 1916.

<sup>23</sup> Cfr. TEDESCHI, *Il danno e il momento della sua determinazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, I, p. 255 ss., segnatamente a p. 257.

<sup>24</sup> Cfr. STEINDORFF, *op.loc.cit.* Solitamente la considerazione del lucro cessante amplia l'area del danno. Non sempre però è così. Per quanto riguarda il risarcimento del danno da violazione di diritti di proprietà intellettuale, l'analisi di FRASSI, *I danni patrimoniali. Dal lucro cessante al danno emergente*, in AIDA, 2000, p. 93 ss., dimostra che la qualificazione del danno da violazione della proprietà intellettuale come lucro cessante, piuttosto che come danno emergente, porti di regola a restringere l'area del danno patrimoniale risarcibile.

<sup>25</sup> Mi sembra colga nel segno, da questo punto di vista, chi considera questione puramente nominalistica quella della qualificazione come danno emergente o come lucro cessante della perdita economica patita dall'imprenditore colpito dall'illecito concorrenziale: AUTERI, *Il risarcimento del danno da lesione del diritto d'autore*, cit., p. 298. In argomento cfr anche RICOLFI, *Dal diritto interno al diritto europeo: la parabola del risarcimento del danno da contraffazione del marchio*, in *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, in *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, cit., p. 58, nt. 59.

<sup>26</sup> Cfr. A.GENOVESE, *Il risarcimento*, cit., p. 62 ss.

<sup>27</sup> La considerazione di tali nozioni alla stregua di componenti oggettive del danno risarcibile appare il frutto di fallaci generalizzazioni: cfr. MESSINETTI, v. *Danno giuridico*, loc.cit.; conf. A.GENOVESE, *Il risarcimento*, cit., p. 71.

## (TESTO PROVVISORIO)

provocatoriamente, ha chiamato “lotteria” dei risarcimenti<sup>28</sup>. E in effetti l’incertezza del diritto in questo campo non è poca. Va, però, considerato che modalità innovative di rappresentazione di un danno che non sia possibile o sufficientemente agevole quantificare con criteri tradizionali o conosciuti<sup>29</sup> trovano sicura legittimazione alla luce del principio costituzionale di effettività della tutela, per lo meno risarcitoria, dei diritti e degli interessi (art. 24 Cost.). E che anche la giurisprudenza in linea di massima si adopera, almeno per i casi di responsabilità più ricorrenti e socialmente significativi, a elaborare modelli di quantificazione del risarcimento per determinate categorie di perdite economiche e/o tipi di responsabilità. I modelli in questione possono riguardare la ricostruzione del *id quod interest*, i presupposti di liquidazione equitativa del risarcimento<sup>30</sup>, o quelli di acquisizione e utilizzo delle prove presuntive<sup>31</sup>.

Questi modelli, continuamente sperimentati e selezionati dalla prassi, portano a standardizzare la quantificazione del risarcimento, con relativo sacrificio della compensazione “soggettiva” e circostanziata del danneggiato, ma con relativo guadagno in termini di certezza del diritto ed effettività delle tutele<sup>32</sup>.

In talune ipotesi la standardizzazione giurisprudenziale del risarcimento anticipa l’introduzione, da parte del legislatore, di speciali regole di quantificazione forfetaria del risarcimento. Una successione di questo tipo, in tempi recenti, si è verificata per la quantificazione del risarcimento del danno biologico (sia per ragioni morali, sia per favorire la gestione del relativo rischio attraverso servizi assicurativi<sup>33</sup>). Peraltro, regole di giudizio che tendono a standardizzare il risarcimento, in assenza di alcuna legge, sono seguite dalla giurisprudenza anche per liquidare il danno subito dall’imprenditore in caso di inadempimento di un’obbligazione pecuniaria<sup>34</sup> e in caso

---

<sup>28</sup> Cfr. ATIYAH, *The Damages Lottery*, Oxford, 1997, p. 8 ss. Scettico sulle possibilità di una razionalizzazione della materia anche SAKS, *Do We Really Know Anything About the Behavior of the Tort Litigation System – And Why not?*, in 140 *U. Pa. L. Rev.*, 1992, p. 1147 ss.

<sup>29</sup> Sull’ammissibilità, ove necessario, di soluzioni innovative o atipiche di rappresentazione e quantificazione del danno risarcibile valga per tutte la considerazione secondo cui “*nicht nur jeder mathematische Fanatismus ist bei der Schadensbemessung zu vermeiden, sonder auch jeder normative Fanatismus*”: MERTENS, *Der Begriff*, cit., p. 222.

<sup>30</sup> Cfr. MESSINETTI, v. *Danno giuridico*, cit., p. 508.

<sup>31</sup> Cfr. STEINDORFF, *Abstrakte und konkrete*, cit., p. 441.

<sup>32</sup> E’ innegabile che proprio la standardizzazione del risarcimento, abbia consentito lo sviluppo delle tutele risarcitorie di “seconda generazione” (la tutela risarcitoria che soppianta la c.d. tutela reale dei diritti e delle posizioni di interesse; la tutela risarcitoria che rappresenta la soglia di accesso alla tutela giuridica di nuovi beni e di nuovi interessi), tanto significative nella recente applicazione della responsabilità civile.

<sup>33</sup> Cfr. SKOGH, TIBILETTI, *Compensation of Uncertain Lost Earnings*, in *Eur. Jour. Law and Economics*, 1999, p. 51 ss.

<sup>34</sup> Cfr. la giurisprudenza sugli interessi spettanti all’imprenditore in caso di inadempimento di obbligazioni pecuniarie, e tra le altre, Cass. 4 aprile 1997, n. 2938, in *Rass. dir. farm.*, 1998, p. 233; Cass. 11 febbraio 1998, n. 1403, in *Giur. it.*, 1999, c. 106; Cass. 17 marzo 1998, n. 2865, in *Gius.*, 1998, p. 1743; e Cass. 21 novembre 2000, n. 15009, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 706, Cass. 21 novembre 2000, n. 15025, *ivi*, p. 707, con *Commento* di PINORI; per la giurisprudenza di merito cfr. App. Cagliari, 5 luglio 1988, *Riv. giur. sarda*, 1989, p. 686; Trib. Lecce, 4 marzo 1989, in *Rass. dir. farm.*, 1990, p. 223. Alla stregua di questo criterio di quantificazione forfetaria del risarcimento, agli imprenditori commerciali la giurisprudenza riconosce il massimo della svalutazione monetaria, in considerazione del mancato impiego del denaro nel ciclo produttivo, ovvero della necessità di ricorrere al credito bancario.



## (TESTO PROVVISORIO)

di perdita di *chance*<sup>35</sup>. Da ultimo, invece, norme di legge volte alla standardizzazione del risarcimento sono state introdotte per il danno derivante da violazione di diritti di proprietà industriale: cfr. l'art. 125 del C.P.I. Questa articolata previsione di legge merita anche qualche considerazione ulteriore.

La disposizione, almeno a mio parere, non prevede, come altri sostiene, rimedi restitutori o danni punitivi<sup>36</sup>, ma criteri di quantificazione forfetaria del risarcimento. Ciò anche laddove stabilisce la possibile restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento (cfr. l'art. 125 CPI, comma 3). L'esperienza di ordinamenti più avanzati del nostro sul terreno della tutela risarcitoria dei diritti di proprietà industriale e più in generale delle prerogative concorrenziali, infatti, spiega come e perché, in presenza di tali illeciti, anche aver riguardo agli utili realizzati dal danneggiante serva a quantificare il risarcimento in modo da compensare il danneggiato<sup>37</sup>. Tecnicamente, quindi, l'art. 125 del CPI stabilisce presunzioni (solo in parte suscettibili di essere superate da una prova contraria<sup>38</sup>) che servono a ricostruire (con l'approssimazione del caso che dipende dal carattere prevalente intangibile della ricchezza perduta e che tiene conto delle dinamiche della concorrenza e del mercato), la situazione nella quale il danneggiato si sarebbe potuto trovare in assenza dell'illecito<sup>39</sup>.

Non v'è dubbio peraltro che, con tale disposizione, anche sulla scorta di precise sollecitazioni comunitarie in tal senso<sup>40</sup>, il legislatore italiano abbia voluto favorire la reazione del soggetto danneggiato da questi illeciti e nel contempo valorizzare la funzione deterrente di questa responsabilità; ed è ovvio che si possano condividere o no le ragioni di politica del diritto sottostanti questa scelta che è, in definitiva, serve ad accordare maggiore tutela giuridica alla proprietà industriale.

---

<sup>35</sup> Cfr. per una panoramica recente R.ROSSI, *La liquidazione equitativa del danno*, in *Il danno risarcibile*, a cura di Vettori, II, Padova, 2004, p. 1489 e vedi anche la giurisprudenza citata *infra* nt. 43, in materia di risarcibilità di ingiusta perdita di *chances*.

<sup>36</sup> Così, da ultimo, A.PLAIA, *Proprietà intellettuale*, cit., p. 131 ss., ivi altri riferimenti; e cfr. anche P.SIRENA, *La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)*, in *Studi in onore di G.Schricker*, Milano, 2005, p. 256 ss.

<sup>37</sup> Per una panoramica cfr. A.GENOVESE, *Il risarcimento*, cit., p. 117, 259 e 309.

<sup>38</sup> Cfr. A.GENOVESE, *Le presunzioni*, in *AIDA*, 2006, p.320;

<sup>39</sup> Si pensi non solo alle tabelle della legge 28 marzo 2000, n. 70, sui criteri di liquidazione del danno biologico, ma anche a numerose altre disposizioni, in tema di danno patrimoniale da inadempimento (artt. 1307, 1515, 1224, 2218 c.c.) anche da illecito extracontrattuale (art. 81, c.c. e art. 275 e 967 cod. nav.), che secondo R.SCOGNAMIGLIO, v. *Risarcimento del danno*, in *Noviss. D.I.*, vol. XVI, 1969, p. 17 ss., sarebbero norme eccezionali, che deviano dai principi sulla compensazione soggettiva e circostanziata del danneggiato.

<sup>40</sup> Cfr. Direttiva 2004/48 del 29 aprile 2004, attuata in Italia con D.Lgs. 26 marzo 2006, n. 140, in GU n. 82 del 7 aprile 2006, accrescendo la tutela del titolare di questi diritti e, fra l'altro, articolando la previsione di cui all'art. 125 CPI in punto di quantificazione del risarcimento.

## (TESTO PROVVISORIO)

5. *Prime conclusioni. Specificazione dell'oggetto con riguardo al risarcimento del danno da illecito antitrust.*

Ritengo pertanto che l'indagine su quali siano e come si affrontano i problemi di quantificazione di un risarcimento aquiliano debba essere condotta, piuttosto che a partire dalla funzione compensativa del rimedio o dalle regole codicistiche in materia, a partire dalla perdita economica a cui si riferisce il risarcimento e dalle ragioni per le quali essa, come danno, è resa imputabile.

Sicché, anche in considerazione della cornice che ingloba queste riflessioni (funzioni del diritto privato e disciplina del mercato), ritengo che il rapporto fra funzione e quantificazione del risarcimento si presti ad essere utilmente esaminato con riguardo al danno imputabile all'autore di un illecito antitrust (dando qui per scontato che, almeno in determinati casi e nei confronti di alcuni concorrenti e consumatori questo illecito sia fonte anche di responsabilità civile). Le ragioni di questa scelta sono principalmente due.

La specificazione dell'oggetto, alla luce della peculiare - e a mio parere prevalentemente intangibile: vedi *infra* - natura delle perdite economiche che gli illeciti antitrust dannosi sono in grado di arrecare ai concorrenti e ai consumatori, consente di evidenziare i problemi di quantificazione del risarcimento che si pongono in relazione a danni di questo tipo. Inoltre, alla luce del Libro Verde della Commissione Europea di dicembre 2005 (di seguito: Libro Verde) sul *Private Enforcement* del diritto antitrust e del dibattito in corso sul ruolo della responsabilità nella disciplina della concorrenza, la specificazione consente di affrontare il tema della quantificazione/funzione del risarcimento in una chiave propositiva di grande attualità.

In particolare, intendo soffermarmi su tre questioni. La conformazione dell'interesse patrimoniale leso dalla condotta antiggiuridica; le funzioni del risarcimento del danno da illecito antitrust; le scelte che, proprio in tema di quantificazione del risarcimento, la giurisprudenza *de iure condito* e il legislatore *de iure condendo* potrebbero fare, per valorizzare questo rimedio e ottimizzare il *private enforcement* del diritto antitrust.

La selezione e l'ordine di trattazione delle questioni mi paiono appropriati sul piano delle inferenze. Ritengo, infatti, che l'elaborazione di appropriati modelli giudiziari o legali di quantificazione del risarcimento di questo danno equivalga alla soluzione di un puzzle in cui è fondamentale partire dalla conformazione economico/patrimoniale del danno/pregiudizio. E ciò sia perché il quadro in cui s'iscrive la responsabilità (tutela della concorrenza e del mercato), per gli interessi che vi sono implicati, ha rilevanza essenzialmente economico/patrimoniale; sia perché, come già evidenziato, prima della funzione della responsabilità, per la quantificazione del danno

## (TESTO PROVVISORIO)

risarcibile e quindi del risarcimento, rileva la considerazione di un determinato fatto come perdita di ricchezza<sup>41</sup>.

### 6. Conformazione dell'ammancio patrimoniale prodotto dall'illecito antitrust e sua rappresentazione come danno

In termini generali, la conformazione delle perdite economiche che derivano a concorrenti e consumatori da illeciti antitrust dannosi si può ritenere quella della perdita di un fascio di utilità strumentali. Le vittime di un illecito antitrust, infatti, subiscono perdite a livello di capacità patrimoniali generali e perdite che riguardano la possibilità di conseguire attraverso scelte di mercato libere e consapevoli (scelte di consumo, di risparmio, di investimento, di produzione, di innalzamento o abbassamento del prezzo, ecc.) un grado di soddisfazione economica maggiore di quello effettivamente conseguito<sup>42</sup>. Il pregiudizio economico perciò può essere assimilato a quello che consegue a una ingiusta perdita di *chance*<sup>43</sup>.

Dalla conformazione prettamente (se pure non esclusivamente) intangibile delle perdite economiche che l'illecito antitrust procura scaturiscono conseguenze importanti. Da tale riconoscimento consegue, prima di tutto, la possibilità di rappresentare la perdita in svariati modi<sup>44</sup>,

---

<sup>41</sup> Per l'evidenziazione di come la scelta del criterio di quantificazione del danno perdita può rifluire nella determinazione del danno risarcibile cfr. anche MARELLA, MARINI, *La costruzione sociale del danno, ovvero l'importanza degli stereotipi nell'analisi giuridica*, in *Riv. crit. dir.priv.*, 1999, p. 10 e ss.

<sup>42</sup> Cfr. in senso conforme, in motivazione, Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Corr.Giur.*, 2007, p. 641, con nota di S.BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni "lungolateni"*, che considera tutelati dal diritto antitrust proprio la libertà contrattuale e l'interesse a "godere dei benefici della competizione commerciale".

<sup>43</sup> Sulla perdita di *chances* conseguente alla violazione della normativa antitrust cfr. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, p. 357. Il riconoscimento della risarcibilità della perdita di *chances*, come è noto, è frutto di lenta evoluzione interpretativa. Fra le tappe più significative di questo percorso si segnala la decisione di Pret. Roma, 9 marzo 1977, in *Foro it.*, 1977, I, 2, c. 2377, che riconosce la risarcibilità della perdita di *chances*. Il Tribunale (Trib. Roma, 24 novembre 1978, n. 11494, in *Temì romana*, II, p. 434) però riforma la decisione pretoriale. La Cassazione invece conferma la decisione pretorile secondo cui, la *chance* superiore al 50% è un bene patrimoniale la cui perdita ingiusta è risarcibile (così Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506 in *Foro it.*, 1986, I, c. 384). In senso conforme Cass. 19 novembre 1983, n. 6909 in *Foro it.*, 1984, I, c. 1830, con nota di CAPPAGLI, *Perdita di una "chance" e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*". In questa prospettiva, però, anche se la possibilità è inferiore al 50% la sua perdita deve essere risarcita: PRINCIGALLI, *Quand'è più si che no: perdita di una "chance" come danno risarcibile*, in *Foro it.*, 1986, I, p. 384; in senso conforme DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1987, p. 1181. Per altri riferimenti in argomento cfr. CAPECCHI, *Il nesso causale*, cit., p. 232 ss.; R.ROSSI, *La liquidazione equitativa del danno*, in *Il danno risarcibile*, a cura di Vettori, vol. II, Padova, 2004, p. 1489 ss. Per la risarcibilità del danno da perdita di *chances*, quale perdita di possibilità attuale, da ultimo, si è espressa anche la Cassazione (Cass. 21 luglio 2003, n. 11322, in *Foro it.*, 2004, I, c. 155, con nota di FAELLA). La risarcibilità della ingiusta perdita di *chances* di aggiudicarsi una gara d'appalto è stata affermata anche in alcune recenti pronunce del giudice amministrativo, su materie soggette a giurisdizione esclusiva: cfr. Cons. Stato, 18 dicembre 2001, n. 6281, in *Contr. Stato. ent. pubbl.*, 2002, p. 298, con commento di SCHREIBER; TAR Lombardia, 23 dicembre 1999, n. 5049, in *App. urb. edil.*, 2001, p. 150; TAR Puglia, 18 luglio 2002, n. 3399, *ivi*, 2002, p. 331 ss.; TAR Friuli-Venezia Giulia, 26 gennaio 2002, n.4, *ivi*; TAR Campania, 7 febbraio 2002, n. 733, *ivi*.

<sup>44</sup> E' chiaro infatti che non c'è alcuna possibilità di provare la perdita di *chance* come perdita economica reale: BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1976, p. 55. ss.

## (TESTO PROVVISORIO)

non identificando ciascuna rappresentazione una diversa perdita<sup>45</sup>, ma una diversa stima, definizione per approssimazione, del medesimo differenziale (ideale) di ricchezza intangibile che non è mai diventata tangibile<sup>46</sup>. Da tale riconoscimento consegue, inoltre, il carattere complesso e altamente opinabile di ogni ipotesi di ricostruzione della situazione che si sarebbe determinata in mancanza dell'illecito e la necessità di un intervento positivo dell'ordinamento per evitare e ciò si ritorca a svantaggio del danneggiato giusto il generale principio di cui all'art. 2697 c.c. (principio dell'onere della prova).

Se questa analisi è corretta, al cospetto di un illecito antitrust, le variazioni negative di consistenza del patrimonio attuale del danneggiato (perdite reali) possono sussistere o non sussistere, valendo, in ogni caso, solo come indici di apprezzabilità (significanza) del pregiudizio, dirimenti per la (selettiva<sup>47</sup>) legittimazione ad agire del danneggiato. Queste variazioni però non sarebbero decisive per la rappresentazione e la quantificazione del danno. Così, ad esempio, le spese affrontate dal concorrente vittima di un abuso di posizione dominante, concorrono a legittimarlo all'azione (apprezzabilità del pregiudizio) ma non esauriscono le voci che compongono il danno risarcibile. Tenuto conto del fatto che l'illecito ha alterato le dinamiche di libero mercato in cui l'imprenditore opera e da cui avrebbero avuto un interesse (che è protetto dal diritto antitrust) a trarre il massimo grado di soddisfazione economica possibile<sup>48</sup>, si possono includere nel danno risarcibile (cioè: sono da considerare ai fini della ricostruzione della situazione nella quale il danneggiato si sarebbe trovato in mancanza dell'illecito) anche i costi opportunità delle perdite subite (impiego alternativo precluso), e i mancati guadagni in senso lato. *Mutatis mutandis*, analogo

---

<sup>45</sup> RENOLDI, *L'incidenza economica della contraffazione e la misurazione del danno*, in *Dir.ind.*, 1999, p. 238, che, in tale prospettiva, considera equivalenti soluzioni di rappresentazione del danno che hanno riguardo al profitto del contraffattore, al mancato guadagno del titolare, o alla mancata percezione di *royalties*. Anche secondo LIBERTINI, *Il risarcimento del danno per la violazione di norme generali sulla concorrenza*, cit., p.170, il danno arrecato ad un'impresa può essere tradotto in equivalente, in linea astratta sulla base di diversi criteri, avendo riguardo alla perdita complessiva di valore dell'intera azienda, al saldo negativo di un conto economico analitico o al deterioramento di uno stato patrimoniale analitico. I suddetti criteri sono fra loro in linea di principio alternativi ma sono anche, per alcuni aspetti, integrabili, quando le "voci" non trovano piena rispondenza in altre.

<sup>46</sup> In relazione a questa possibilità, per il diritto statunitense sul danno da illecito antitrust, JONES, *Private enforcement of antitrust law*, Oxford, 1999, a p. 207, osserva: "*There is no single approved or required method which must be employed by an antitrust plaintiff who seeks to prove the measure of his damages ... the are a variety of methods of proof which have been accepted by the courts and which may be used as appropriate to the nature of the case and type of damages sought*". Per l'analisi delle diverse tecniche di quantificazione del risarcimento, a seconda che il danno sia rappresentato come *overcharges, enhanced price, lost profit, o diminished revenue damages*, ovvero a seconda che l'impresa abbia continuato o cessato l'attività in seguito all'illecito, cfr. ID., *ivi*, p.215 ss.

<sup>47</sup> Vale la pena di segnalare che, per gli illeciti antitrust, il problema della selezione dei soggetti legittimati ad agire nell'universo dei soggetti che possono avere subito una perdita economica, problema che esula dall'oggetto del presente approfondimento è quanto mai rilevante per l'economia complessiva dell'enforcement: cfr. da ultimo BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul libro verde della Commissione*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2006, p. 346 ss.

<sup>48</sup> Sui contenuti della tutela soggettiva desumibili dalla tutela della concorrenza e del mercato cfr. da ultimo Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Corr.Giur.*, 2007, p. 641, con nota di S.BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni "lungolateni"*. Ciò vale sia per i concorrenti sia per i consumatori: cfr. da ultimo K.J.CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, Netherlands, 2005, p. 412 ss.

## (TESTO PROVVISORIO)

approccio dovrebbe presiedere alla quantificazione del danno subito da un consumatore in caso di intesa restrittiva della concorrenza sui prezzi.

Da queste preliminari notazioni si trae una conclusione. Con le regole in materia di quantificazione del risarcimento del danno antitrust l'ordinamento identifica il soggetto (danneggiato o danneggiante) che sopporta il rischio di una quantificazione necessariamente e largamente approssimativa del danno e fissa paletti da cui dipende il segno "più" o "meno" dell'approssimazione. Tali regole perciò devono essere coerenti con la funzione della responsabilità che dà "titolo" al risarcimento e al trasferimento obbligatorio di ricchezza che il rimedio realizza.

*7. Contrapposte tesi sulla funzione della responsabilità da illecito antitrust. I termini della questione.*

Passiamo dunque a interrogarci sulla funzione dell'imputazione delle perdite economiche causate dall'illecito antitrust. A tal riguardo occorre prima di tutto sgomberare il campo da un possibile equivoco.

In ordine alla funzione di tale responsabilità si confrontano due posizioni: la tesi secondo la quale la funzione della responsabilità e del risarcimento deve essere meramente compensativa e la tesi secondo la quale la funzione della responsabilità e del risarcimento può o deve essere (anche) sanzionatoria o deterrente. La proposta tesa ad attribuire funzione sanzionatoria al rimedio s'ispira all'esperienza statunitense. E' nota infatti l'esistenza, in quell'ordinamento, di regole che prevedono la triplicazione del risarcimento del danno da illecito antitrust e la possibilità di condannare l'autore di altri illeciti concorrenziali al risarcimento anche di "danni punitivi", vale a dire di danni che prescindono dalle perdite patrimoniali subite dalla vittima dell'illecito. Sicché si è profilata la possibilità di una importazione di questa esperienza in Europa, nei diversi ordinamenti nazionali continentali. La proposta trova considerazione anche nel Libro Verde come possibile liquidazione di danni multipli, limitatamente agli illeciti più gravi (cfr. l'opzione n. 16); essa, però, ha incontrato finora, almeno in Italia, prevalentemente oppositori<sup>49</sup>.

Non intendo in questa sede entrare nel merito della disputa sulla compatibilità, allo stato, fra danni punitivi o danni multipli e ordine pubblico del nostro ordinamento, o su i pro e i contro delle scelte che si potrebbero fare in materia, in rapporto agli illeciti concorrenziali. Su un aspetto della questione, che è strettamente pertinente l'oggetto del presente approfondimento, però, vorrei fare chiarezza.

---

<sup>49</sup> Cfr. Cass. 19 gennaio 2007 (inedita) ha recentemente escluso la possibilità di delibare una sentenza straniera che condanna al risarcimento dei danni punitivi perché contraria all'ordine pubblico. Sull'inammissibilità nel nostro ordinamento di risarcimenti di questo tipo cfr. da ultimo A.PLAIA, *Proprietà intellettuale*, cit, p. 23 ss.

## (TESTO PROVVISORIO)

La funzionalità della responsabilità per danno da illecito antitrust non dipende solo dall'adozione o meno di regole che travalichino la funzione compensativa del risarcimento - previsione di c.d. danni punitivi o eventualmente multipli - stabilendo pene private. La tensione fra funzione compensativa e funzione deterrente di questa responsabilità attraversa anche altri profili di disciplina e segnatamente i criteri utilizzati per rappresentare il danno risarcibile e quantificare il risarcimento. E' evidente che un criterio di quantificazione del danno basato sulle perdite economiche effettive (ricchezza distrutta) del danneggiato determinerebbe sottostima del risarcimento, disincentiverebbe il ricorso al rimedio e non supporterebbe la funzione deterrente della responsabilità; mentre un danno quantificato tenendo conto delle potenzialità concorrenziali e patrimoniali del danneggiato pregiudicate dall'illecito - e ciò proprio in ragione dell'interesse tutelato dalla disciplina disattesa dall'autore dell'illecito - porterebbe a una stima più generosa del danno risarcibile, incentiverebbe il ricorso al rimedio e supporterebbe la funzione deterrente della responsabilità<sup>50</sup>.

Non basta dunque escludere la necessità o l'opportunità di attribuire alla vittima dell'illecito antitrust danni punitivi o danni multipli per risolvere ogni problema di funzionalità del rimedio<sup>51</sup>. Non ci devono essere equivoci al riguardo e anche il Libro Verde conferma la validità di questa impostazione.

La Commissione Europea, infatti, distingue il profilo della funzionalità sanzionatoria del risarcimento, connesso alla previsione di danni multipli, da quello connesso all'utilizzo di modelli e regole idonee a condurre a una appropriata quantificazione del risarcimento. Riconosce perciò che

---

<sup>50</sup> In relazione all'opportunità di adottare criteri di quantificazione del risarcimento che incentivino le azioni per danno da illecito antitrust, cfr. BASEDOW, *Private Enforcement of Artiche 81 EC: A German View*, in EHLERMANN, ATANASIU (a cura di) *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford, 2003, p. 143.

<sup>51</sup> Come, all'opposto, non basta registrare liquidazione di danni multipli o punitivi - oppure osservare che talora il risarcimento compensa perdite di ricchezza che non si era consolidata nel patrimonio del danneggiato - per concludere che il rimedio assolve funzioni sanzionatorie. "La *ratio* che sta alla base del riconoscimento di un incremento forfetario della misura dei danni effettivamente provati non sta nella lunghezza d'onda delle pene private, bensì nell'intuizione per cui l'illecito concorrenziale, al di là del danno differenziale puro, determina una interferenza negativa nei programmi di attività di un'impresa, non immediatamente quantificabile con i criteri del danno emergente e del lucro cessante. Da qui, la strutturale difficoltà, per l'impresa danneggiata, di fornire piena prova, con criteri tradizionali, dei danni effettivamente subiti. Da qui, anche la ragione di un incremento forfetario della misura dei danni risarcibili": LIBERTINI, *Il risarcimento del danno per la violazione di norme generali sulla concorrenza*, cit., p. 169. Alcuni autori, invece, sostengono che l'attribuzione alla vittima della concorrenza illecita del risarcimento, anche in mancanza di piena prova della ricorrenza del danno, troverebbe giustificazione nella funzione sanzionatoria del risarcimento. A riprova di ciò si evidenzia la natura intrinsecamente extracompensativa del risarcimento del lucro cessante, laddove il mancato guadagno derivi da attività d'impresa, i cui risultati, per definizione, sono incerti: cfr. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages"*, cit., p. 479 ss e per il caso della violazione del diritto d'autore cfr. BONELLI, *Il risarcimento del danno da violazione di diritti d'autore*, in *Dir.aut.*, 2000, p. 482. Ultimamente, il riconoscimento della funzione sanzionatoria del rimedio risarcitorio nel diritto della concorrenza, è venuto dalla dottrina francese. La dottrina in questione sostiene che, per gli illeciti concorrenziali, il risarcimento del lucro cessante ha una funzione punitiva e che la varietà dei metodi di quantificazione del corrispondente risarcimento consente di modulare la sanzione sulla base della gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito: cfr. CARVAL, *La responsabilité civile dans la fonction de peine privée*, Paris, 1995, p. 119 ss.; e FASQUELLE, *La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles*, in *RTD comm.*, 1998, p. 792.

## (TESTO PROVVISORIO)

anche le regole sulla quantificazione del risarcimento, utilizzato in chiave pur sempre di rimedio compensativo, possono operare come leve per influenzare il destino del *private enforcement* del diritto antitrust in Europa. Lo stesso approccio segue la Risoluzione del 25 aprile 2007 del Parlamento europeo.

Ne consegue che anche le regole sulla quantificazione del risarcimento sono espressione di una determinata presa di posizione sulle ragioni di questa responsabilità<sup>52</sup> e, in definitiva, sui pro o i contro del *private enforcement* del diritto antitrust. Ora, come è noto, il dibattito al riguardo è animato e contrassegnato da accesi contrasti di posizione<sup>53</sup>. Mentre il *trend* politico disegnato dagli interventi comunitari appare non privo di ambiguità<sup>54</sup>. Questo contributo, peraltro, non intende contribuire a tale dibattito. Qui, sul presupposto che i criteri di quantificazione del risarcimento del danno antitrust, sia pure a carattere non punitivo, non siano e non possano essere neutrali (vedi *supra*), e che la scarsa utilizzazione del rimedio, innegabile in fatto<sup>55</sup>, dipenda anche da regole di quantificazione del risarcimento che non tengono nella dovuta considerazione la conformazione della perdita economica provocate da questo illecito (vedi *supra*), si intendono formulare delle

---

<sup>52</sup> Questa responsabilità, infatti, consegue a condotte caratterizzate da dolo o colpa grave e viene, nelle competenti sedi, invocata a scopo deterrente. Come si desume dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, *Courage Ltd v. Bernard Crehan and E Crehan v. Courage Ltd and Others*, Case C-453/99), dal Libro Verde della Commissione e dalla Risoluzione del Parlamento del 25 aprile 2007, questa responsabilità ha lo scopo di accrescere la portata dissuasiva dei divieti antitrust impedendo che, dell'oggettiva difficoltà di rappresentare e quantificare il danno risarcibile, tragga vantaggio l'autore dell'illecito.

<sup>53</sup> Il *private enforcement* del diritto della concorrenza risulta essenziale per conseguire due dei principali obiettivi del nuovo Regolamento CE n.1 del 2003: favorire il decentramento applicativo delle regole antitrust su scala nazionale (questione di *enforcement*) e conseguire la modernizzazione e la "normalizzazione" del diritto antitrust europeo (questione di merito). Sulle implicazioni favorevoli della possibile proposizione delle azioni di risarcimento del danno per violazione di norme di antitrust in rapporto al modello di sussidiarietà e pluralismo di *enforcement* del diritto antitrust comunitario cfr. JONES, *Private enforcement*, cit., p. 93 e p. 245 ss.; e PAULIS, *Checks and balances in the EU antitrust enforcement system*, cit., a p. 394. Per una valutazione critica, con riguardo al rischio di disomogenea applicazione del diritto comunitario della concorrenza e di suo indebolimento, vedi, però, MESTMÄCKER, *The modernization of ec Competition Policy*, Relazione tenuta al Convegno *Post-Chicago Developments in antitrust Analysis: US and Europe*, Taormina 27 ottobre 2000, e anche KON, MAXWELL, *Enforcement in National Courts of the E.C. and New U.K. Competition Rules*, cit., p. 443. Anche SPADA, in AA.VV., *Diritto industriale*, cit., p. 47 ss., si dichiara favorevole alla centralizzazione dell'applicazione del diritto antitrust, in ragione della discrezionalità politica che sarebbe propria di questa disciplina. Conf. W.P.J.WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford, 2005, p. 111. Per una replica a favore però cfr., WOOD, *The courts and private antitrust actions*, in *Int. Antitrust L. & P.*, 2002, p. 399 ss., W.VAN GERVEN, *Substantive remedies for the private enforcement of ec antitrust rules before national courts*, in J.STUYCK, H.GILLIAMS, E.BALLON, (a cura di), *Modernisation of European Competition Law*, Oxford, 2002, p. 112.

<sup>54</sup> In forza del combinato disposto degli artt. 4, 5 e 6 del Regolamento CE n. 1 del 2003, che è entrato in vigore il 1 maggio 2004, la tutela contrattuale e risarcitoria del soggetto leso dall'illecito antitrust comunitario è espressamente rimessa alla competenza dei giudici nazionali: al riguardo il "Considerando" n. 7 del Regolamento citato precisa che: "Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli stati membri. Occorrerebbe quindi consentire loro di applicare pienamente gli articoli 81 e 82 del trattato". A livello europeo la c.d. modernizzazione del diritto antitrust passa anche per la previsione di decisioni che escludono l'accertamento dell'infrazione a fronte dell'assunzione di impegni e di programmi di clemenza che possono astrattamente limitare le possibilità concrete di applicazione del rimedio risarcitorio.

<sup>55</sup> Cfr. il celeberrimo "Rapporto Ashurst" del 2004.

## (TESTO PROVVISORIO)

ipotesi su come modificare tale situazione. Proverò a fare qualche proposta in materia di quantificazione del risarcimento del danno antitrust con specifico riferimento alla situazione italiana, tenuto conto anche delle opzioni contemplate dal Libro Verde.

### 8. Regole per orientare la quantificazione del risarcimento alla promozione del private enforcement del diritto antitrust

Per l'appropriata quantificazione del risarcimento del danno da illecito antitrust possono in primo luogo venire considerate le soluzioni che, in via generale, l'ordinamento appresta per casi simili (quantificazione di un pregiudizio che, per varie ragioni, pur essendo difficile da quantificare, "si vuole" risarcibile). La soluzione generalmente utilizzata in tali casi è la liquidazione equitativa del risarcimento<sup>56</sup>.

L'opzione, che è presente anche nel Libro Verde (opzione n.18), appare consona alla fattispecie e coerente con scelte in questo senso già fatte dal nostro ordinamento. La liquidazione equitativa del risarcimento, infatti, è prevista in via generale dall'art. 1226 c.c., ribadita e specificata dall'art. 2056 c.c. per il lucro cessante extracontrattuale, ed è ritenuta praticabile in ogni ipotesi di illecito concorrenziale<sup>57</sup>.

Ben venga dunque una espressa previsione legislativa di possibile liquidazione equitativa di questo risarcimento o, in mancanza, il ricorso a tale tecnica da parte dei giudici sulla base delle previsioni generali già esistenti. Non si creda, però, che ogni problema di sottovalutazione del risarcimento del danno antitrust sia superabile con il ricorso all'equità del giudice.

Questa regola di giudizio non è sufficiente a "organizzare" la rappresentazione del danno risarcibile, pur potendo servire alla determinazione del *quantum* dell'obbligazione risarcitoria in casi particolari<sup>58</sup>. La liquidazione equitativa del risarcimento è integrativa non sostitutiva della rappresentazione e della prova del danno risarcibile<sup>59</sup>. A tali fini potrebbe invece servire la

---

<sup>56</sup> Per una recente panoramica si veda DI GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretta da Galgano, Padova, 1999, p. 6 ss.

<sup>57</sup> In giurisprudenza cfr. per tutte Cass. 2 giugno 1998, n. 5388, in *AIDA*, 1998, p. 513.

<sup>58</sup> Fra le altre, cfr. Cass. 4 settembre 1985, n. 4609, in *Arch. Giur. Circ.*, 1986, p. 25; App. Torino, 23 ottobre 1984, *ivi*, 1984, n. 1801; App. Genova, 13 novembre 1982, *ivi*, 1982, n. 1574, e da ultimo Trib. Vigevano, 15 febbraio – 6 giugno 2002, in *Riv. dir. ind.*, 2003, II, p. 114. Per altri riferimenti, con riguardo ai presupposti della liquidazione equitativa del danno, cfr. DI GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno*, cit., p. 9 ss.

<sup>59</sup> Secondo l'impostazione di DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, p. 144, si può distinguere fra equità sostitutiva, integrativa e interpretativa. L'equità integrativa interviene quando la norma deve essere specificata ed integrata per essere applicata. L'equità adegua l'applicazione delle norme sulla liquidazione del risarcimento a situazioni particolari, nelle quali sarebbe impropria l'applicazione del principio della domanda e della disponibilità delle prove: cfr. R.SCOGNAMIGLIO, v. *Risarcimento del danno*, cit., p. 19. In questi casi l'equità è estrema *ratio* grazie alla quale il giudice scongiura il pericolo che la sentenza abbia effetti di "*summum ius summa iniuria*", o in termini di rigetto della domanda (cfr. l'art. 1226 c.c.), o in termini di spropositata quantificazione dell'obbligo risarcitorio (cfr. l'art. 2056, II comma, c.c.). Secondo GRASSO, v. "*Equità*", in *Nss. Dig. It*, Appendice, Torino, 1982, p. 447, l'equità integrativa è lo strumento "posto caso per caso dalla legge a disposizione del giudice per la specificazione



## (TESTO PROVVISORIO)

standardizzazione del suo risarcimento<sup>60</sup>, ovvero l'adozione di specifiche regole per la ricostruzione presuntiva della situazione nella quale il danneggiato (concorrente o consumatore) si sarebbe trovato in mancanza dell'illecito e capaci di valorizzare la perdita di ricchezza intangibile (capacità concorrenziale o capacità patrimoniale) che l'illecito procura.

Il risarcimento, del resto, non assume una connotazione punitiva sol perché si discosta dalla misura delle perdite economiche che sia possibile provare come danno "reale". Non è questo in generale il confine del risarcimento che assolve a una funzione compensativa né questo si può ritenere il confine entro il quale il risarcimento del danno derivante dall'illecito antitrust deve operare. I richiami alla possibilità o alla necessità che tale risarcimento abbia solo carattere compensativo e pertanto non superi il danno emergente e il lucro cessante<sup>61</sup> hanno, a mio parere, diverso significato. Questi richiami tendono ad arginare possibili (e noti<sup>62</sup>) rischi di far conseguire, alle misure facilitatrici di tali risarcimenti, risultati perversi e principalmente: l'ingiusto arricchimento del danneggiato e l'incentivazione di condotte opportunistiche e antisociali (omissioni di cautele dirette a mitigare il danno, proposizione di azioni "frivole", ecc.). Questi richiami sono finalizzati perciò alla possibilità o all'opportunità di non prevedere risarcimenti c.d. multipli al solo scopo di applicare all'autore dell'illecito una "sanzione privata" che sia "ottima" anche sotto il profilo della deterrenza<sup>63</sup>. Nulla invece hanno a che fare con la diversa necessità, che è intrinseca alla funzione propriamente compensativa del rimedio, di pervenire a una rappresentazione del danno e una quantificazione del risarcimento appropriata sia dal punto di vista dei soggetti coinvolti sia dal punto di vista generale (vedi *supra*).

Restano, a questo punto, da precisare quali specifiche regole sulla quantificazione di questo risarcimento potrebbero contribuire a chiudere il cerchio che dà titolo a questa responsabilità.

### 9. La standardizzazione del risarcimento del danno antitrust

In premessa, si tenga presente che la standardizzazione è un processo di astrazione che non trascura i dati della fattispecie, li interpreta su base statistica e in ragione della funzione della rilevazione. Standardizzare significa, infatti, uniformare un dato reale a uno o più modelli statisticamente significativi, seppure tutti concretamente approssimativi. La standardizzazione del

---

in concreto di elementi che la norma di diritto applicata non potrebbe in astratto configurare, se non a rischio di rendere scarsamente efficiente la tutela che predispone".

<sup>60</sup> Sulla vasta portata dei processi di "standardize money for pecuniary loss" che interessano gli ordinamenti europei cfr. MAGNUS, AA.VV., *Unification of tort law: damages*, cit., p. 197.

<sup>61</sup> Cfr. il par. n. 17 della Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 aprile 2007.

<sup>62</sup> Su "Promises and Hazards of Private Antitrust Enforcement" cfr. H.HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*, Cambridge, 2005, p. 57 ss.

<sup>63</sup> Per i necessari ragguagli cfr. A.NICITA, *Ottimalità delle sanzioni e private enforcement*, Relazione tenuta all'Università di Roma3, il 17 maggio 2007, nella prima sezione del presente Convegno.

## (TESTO PROVVISORIO)

risarcimento comporta, dunque, che ogni dato disponibile sulla perdita economica sofferta dal danneggiato sia inserito in una matrice di calcolo probabilistico e statistico che consenta di utilizzarla come prova logica o presuntiva sull'entità del danno risarcibile soggettivo. La standardizzazione del risarcimento, per altro verso, tende a riprodurre il comune sentire (sociale o tecnico) relativo alla fenomenologia dannosa; rispecchia l'avanzamento delle competenze tecniche, e l'evoluzione delle conoscenze e della sensibilità per il danno risarcibile e per la funzione specifica del risarcimento. E' inoltre una soluzione che accentua le prerogative e le responsabilità del CTU<sup>64</sup>.

Rispetto al danno derivante da illecito antitrust, quindi, la standardizzazione del risarcimento potrebbe in concreto tradursi nell'elaborazione giurisprudenziale o nella pre-selezione normativa di una serie di situazioni tipiche o ricorrenti (riferite alle diverse categorie di soggetti potenzialmente danneggiati da diversi illeciti antitrust) e di una serie di possibili rappresentazioni presuntive del danno (vale a dire: attendibili prospettazioni della situazione nella quale il danneggiato si sarebbe trovato in mancanza dell'illecito<sup>65</sup>) che tengano specifico conto delle dinamiche della concorrenza e del mercato. L'elaborazione e la diffusione di questi modelli, al di là dell'esistenza di norme che già consentono al giudice di giudicare sulla base di presunzioni semplici (cfr. l'art. 2727 ss. c.c.), potrebbe richiedere un intervento legislativo specifico.

L'intervento normativo in materia potrebbe, nel merito, prevedere che per stabilire l'entità delle perdite che l'illecito ha arrecato alle sue vittime si abbia riguardo anche al profitto che l'autore dell'illecito ha tratto dalla propria condotta. L'opzione, che è anche espressamente contemplata dal Libro Verde (opzione n.15), a mio parere, meriterebbe di essere praticata per due fondamentali ragioni. Perché l'illecito antitrust è normalmente vantaggioso per chi lo pone in essere e perché la responsabilità posta a carico dell'autore di questo illecito ha una finalità spiccatamente deterrente (vedi *supra*). Per la certezza del diritto, sarebbe utile che tale possibilità fosse legiferata. Non è escluso però i margini di indeterminatezza del giudizio sulla quantificazione del risarcimento (vedi *supra*) consentano alla giurisprudenza di adottare questo modello di quantificazione (approssimativa) del risarcimento anche in assenza di un intervento legislativo, ricorrendo alla disposizione di legge che attribuisce rilievo probatorio agli indizi (art. 2729 c.c.).

A sostegno di tale scelta, per gli illeciti antitrust comunitari, si potrebbe invocare anche quanto previsto dall'art. 125 del CPI, alla luce di quanto da ultimo affermato dalla Corte di Giustizia nella recente sentenza sul caso "Manfredi"<sup>66</sup> e previa valorizzazione della comune matrice

---

<sup>64</sup> Sul tema cfr. anche DRAGOTTI, *Le indagini del consulente tecnico d'ufficio tra principio dispositivo e preclusioni*, in *Riv.dir.ind.*, 2003, II, p. 114.

<sup>65</sup> Per una gamma di possibili soluzioni cfr. S.BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, cit., p. 359.

<sup>66</sup> Corte di Giustizia Europea, sentenza 13 luglio 2006, nelle cause riunite 295/04 e 298/04.

## (TESTO PROVVISORIO)

della responsabilità da illecito concorrenziale (illecito antitrust, concorrenza sleale e violazione di diritti di proprietà industriale) per quanto attiene ai rapporti fra concorrenti<sup>67</sup>. La Corte di Giustizia ha infatti insistito sulla necessità di garantire alle vittime di illeciti antitrust comunitari una tutela risarcitoria effettiva e non inferiore a quella accordata per la tutela di interessi analoghi in ambito nazionale.

La standardizzazione del risarcimento in ogni caso non precostituisce l'esito del giudizio sulla quantificazione del risarcimento, che resta rimesso al risultato del contraddittorio fra le parti, che si sviluppa in base alle informazioni a cui ciascuna parte ha accesso. Anche sul terreno delle informazioni disponibili, perciò, potrebbero rendersi necessari interventi normativi. Se si pensa alla fisiologica e grave difficoltà del danneggiato (concorrente) di acquisire prove sui risultati che l'autore dell'illecito ha tratto dal proprio atto o all'asimmetria di risorse fra ricorrente (consumatore) e convenuto (impresa) - cui fanno riferimento anche la Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 aprile 2007 e anche la Relazione annuale dell'AGCM del 2006 - può apparire insufficiente il repertorio di strumenti correttivi che il nostro Codice di procedura civile offre a tale fine. In tal caso, l'opportunità di un intervento legislativo potrebbe scaturire ancora una volta dall'esigenza di non discriminare il concorrente vittima di illecito antitrust (comunitario) rispetto alla vittima di un altro illecito concorrenziale per il quale valgono le previsioni di *discovery* del Codice di P.I. (vedi *supra*).

Andrebbero quindi praticate le opzioni che, a proposito dell' "accesso alle prove" da parte del danneggiato sono previste dal Libro Verde e condivise dal Parlamento Europeo nella Risoluzione sopra citata; andrebbe pure superato ogni dubbio sulla possibilità di prova presuntiva del danno attraverso il ricorso a modelli economici di rappresentazione della perdita attuale e prospettica subita dal danneggiato<sup>68</sup>.

Sotto altro profilo, occorrerebbe circoscrivere la portata della c.d. *passing on defence* come eccezione opponibile dal convenuto, relativa alla dimensione del danno che la vittima dell'illecito potrebbe avere trasferito su terzi. A questi, peraltro, dovrebbe essere (normalmente) negata legittimazione ad agire, in quanto danneggiati indiretti<sup>69</sup>. L'ammissibilità dell'eccezione, infatti, tenderebbe ad appiattare la quantificazione del risarcimento sulle perdite economiche reali e quindi non sarebbe coerente con l'esigenza di valorizzare - come danno - anche e soprattutto le potenzialità patrimoniali e concorrenziali perse della vittima (diretta) dell'illecito (vedi *supra*).

---

<sup>67</sup> Cfr. A.GENOVESE, *Il risarcimento*, cit., p. 79 ss.

<sup>68</sup> Sull'ammissibilità di questi modelli cfr. da ultimo S.BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza*, cit., p. 351ss. Il Libro Verde, invece, è incomprensibilmente dubitativo al riguardo (cfr. par. 2.3., secondo capoverso).

<sup>69</sup> In senso conforme si assesta. l'esperienza statunitense: cfr. cfr. da ultimo S.BASTIANON, *Il risarcimento del danno*, cit., 346 ss. Analogo auspicio è espresso nella relazione annuale dell'AGCM del 2006.

## (TESTO PROVVISORIO)

Sicché la limitazione risulterebbe, in ultima analisi, coerente e non antinomica rispetto allo scopo compensativo generale del rimedio<sup>70</sup>.

Fino a qui le opzioni espressamente previste dal Libro Verde in tema di quantificazione del risarcimento che andrebbero praticate. Potrebbe essere necessario però anche andare oltre.

Tenuto conto che la conformazione del pregiudizio concorrenziale consente al danneggiato di scegliere fra più soluzioni di rappresentazione del danno (vedi *supra*), dovrebbe valere la regola per cui l'attore può fare domande di risarcimento diverse e subordinate secondo la convenienza del risultato, il facile reperimento e l'attendibilità delle prove o degli indizi di supporto<sup>71</sup>. Competerebbe poi al giudice decidere se accogliere la domanda principale, una delle domande subordinate, o nessuna richiesta. Per altro verso, data la complessità dell'istruttoria richiesta da una o da un'altra rappresentazione del danno antitrust, non è improbabile che l'attore ne proponga in giudizio soltanto una. Anche in tal caso, dovrebbe restare salva la possibilità di mutare la rappresentazione del danno in corso di causa, e anche nel giudizio di appello. Tale mutamento dovrebbe, infatti, essere considerato mero mutamento del criterio di specificazione del *petitum*, e non mutamento della *causa petendi*<sup>72</sup>.

### 10. Conclusioni

Alla luce di quanto esposto, ritengo difficile condividere la posizione di chi ritiene inutile o dannoso che gli ordinamenti nazionali si dotino di regole appropriate di quantificazione del danno causato da illeciti antitrust<sup>73</sup> e propone di ignorare o esercitare di conseguenza le opzioni previste dal Libro Verde. La mancanza di queste regole, infatti, determina, in malinteso ossequio al principio compensativo, sistematica sottostima di questi danni e di questi risarcimenti. Può dunque essere

---

<sup>70</sup> L'antinomia dell'esclusione di tale legittimazione è denunciata da R.PARDOLESI, *Privatizzare l'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza* Convegno Assonime 23 luglio 2007, *Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, a partire da una concezione totalizzante e indiscriminata di ruolo della compensazione nel sistema della responsabilità civile.

<sup>71</sup> In Germania il danneggiato da un illecito antitrust deve scegliere fra una delle tre modalità di computo del lucro cessante. Egli non sceglie (come il debitore *ex* 263 BGB) già con l'affermazione della pretesa. Quando nella domanda non è formulata nessuna indicazione sul criterio il creditore può sempre mutare il criterio di quantificazione che vuole utilizzare per la liquidazione dei danni: TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 7° ed. Colonia, Berlino, Bonn, Monaco, 1997, p. 306. All'atto della proposizione della domanda di risarcimento, tuttavia, non è necessario precisare il criterio cui si farà ricorso per il risarcimento del lucro cessante, Questo sta a significare che i tre metodi si riconducono tutti al § 249 BGB: cfr. PASTOR, *Das wettbewerbsrechtliche Unterlassungs-und Schadensatzrecht*, 4° ed., Colonia Berlino, Bonn, Monaco, p. 235 ss.

<sup>72</sup> Nel diritto tedesco, il mutamento della rappresentazione e della quantificazione del danno risarcibile non è considerato mutamento della domanda, ed è possibile anche nel giudizio di appello: cfr. OHLGART, *Damage claims arising out of infringement of intellectual property rights and unfair competition in Germany*, in *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, cit., p. 11.

<sup>73</sup> In tal senso, per esempio, ASSONIME, Note e studi n. 80, *Comments on the Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, April 21, 2006, e CONFINDUSTRIA, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norma antitrust comunitarie. Osservazioni della Confindustria sul Libro Verde della Commissione UE*, reperibile on-line.

## (TESTO PROVVISORIO)

considerata una – seppure certamente non l'unica - delle cause della scarsa diffusione, non solo in Italia ma in Europa, del *private enforcement* del diritto antitrust.

Naturalmente la questione a monte è se un incremento di *private enforcement* del diritto antitrust sia utile a migliorare la funzionalità complessiva del diritto antitrust. Impregiudicata tale questione, su cui, anche in questo Convegno, altri e assai autorevoli relatori si pronunceranno, mi siano permesse, in chiusura, solo due considerazioni a margine.

E' innegabile che il rimedio risarcitorio, applicato agli illeciti concorrenziali, presuppone che l'ordinamento tolleri una quantificazione del risarcimento (concretizzazione giudiziale del rimedio) largamente approssimativa e ed essenzialmente presuntiva (anche se non arbitraria: vedi *supra*). Non si dovrebbe peraltro fare leva su questo intrinseco (vedi *supra*) limite del rimedio per giustificare aperta o surrettizia messa al bando (in altre parole: insistere sulla rozzezza del rimedio per auspicare la marginalizzazione del *private enforcement* del diritto antitrust). L'esperienza giuridica recente in materia di responsabilità civile insegna, infatti, che l'impossibilità di esatta quantificazione del risarcimento non può impedire che si accordi tutela (almeno) risarcitoria ai diritti e agli interessi protetti dall'ordinamento e ingiustamente offesi. A diverse conclusioni non porterebbe obiettare che all'applicazione del diritto antitrust e alla tutela (indiretta) di tali interessi soggettivi già presiede l'AGCM (il *public enforcement* del diritto antitrust). Seppure con altre formule, infatti, la compresenza di *private e public enforcement*, nella tutela di interessi di rilievo costituzionale (come la libertà di iniziativa economica), è una costante.

Più in generale osserverei anche che, per il diritto della concorrenza, il potenziamento del rimedio risarcitorio e della tutela privatistica delle posizioni soggettive protette risulterebbe coerente con le ragioni che postulano la promozione della concorrenza e la tutela del mercato. Il potenziamento, infatti, sarebbe in grado di recuperare spazio alla funzione del diritto privato che garantisce la libertà degli individui attraverso la responsabilità per il danno ingiustamente arrecato<sup>74</sup>; potrebbe, quindi, astrattamente operare anche a vantaggio della libertà di iniziativa economica e della concorrenza.

---

<sup>74</sup> Secondo WRIGHT, *Right, Justice and Tort Law*, cit., p. 159 ss., due sono i principi filosofici che possono giustificare la responsabilità civile: quello dell'efficienza utilitaristica e quello della libertà reciproca degli individui - "(Utilitarian) Aggregate Social Welfare Versus (Kantian) Equal Individual Freedom" - e questo secondo principio sarebbe ancora oggi il fondamento filosofico e anche funzionale più forte della responsabilità civile.