

Risarcimento del danno ed ampliamento dei meccanismi liquidatori nel *private enforcement* del diritto antitrust ©¹

di Massimo Scuffi-magistrato di Cassazione, Presidente del Tribunale di Aosta

In Italia la tutela “oggettiva” del mercato e dell’interesse pubblico al rispetto delle regole di concorrenza (*public enforcement*) rientra nella competenza dell’ Authority nazionale sotto il controllo di legittimità del giudice amministrativo (TAR del Lazio e Consiglio di Stato), non diversamente da quanto avviene in sede europea dove le decisioni della Commissione in materia antitrust restano sottoposte al sindacato di legittimità degli organi di giustizia comunitaria .

La gestione del *private enforcement* è invece affidata all’Autorità giudiziaria ordinaria che deve sindacare se un negozio od una condotta –violando le regole nazionali o comunitarie della concorrenza (queste ultime aventi applicazione diretta nel nostro ordinamento)-abbia leso la sfera patrimoniale dei terzi concorrenti e/o di altri soggetti sensibili del mercato (consumatori).

Imprese e consumatori - in quanto esclusi o limitati all’accesso sul mercato- restano così legittimati ad agire in giudizio per il ripristino della situazione di libera competizione ed il risarcimento dei danni subiti.

L’accertamento e la repressione delle violazioni alla legge nazionale antitrust (artt.2 e 3 L.387/90) spettano attualmente alla competenza esclusiva in primo ed unico grado della Corte di appello (art.33 L.cit) , giudice collegiale che costituisce “interfaccia” dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato .

Le violazioni alle regole comunitarie della concorrenza (artt.101 e 102 TFUE) rientrano invece nella competenza generale del Tribunale ordinario (o-

¹ I provvedimenti giudiziari nazionali citati nel testo sono reperibili (massime e/o testo integrale) nella banca dati dell’Osservatorio permanente sull’applicazione delle regole di concorrenza (ARC) presso l’Università degli studi di Trento. (<http://www.osservatorioantitrust.eu/databasearc/>)

secondo il valore della causa - del giudice di pace) in funzione di giudice monocratico e le relative controversie restano sottoposte a doppio grado di giurisdizione .

Si tratta di competenze reciprocamente *concentriche* a seconda che le pratiche anticoncorrenziali-in base alle allegazioni delle parti-si propaghino esclusivamente sul mercato nazionale ovvero influiscano sul commercio degli Stati membri proiettando i loro effetti sul mercato europeo .

A queste competenze si affianca quella delle “sezioni specializzate” in materia di proprietà industriale ed intellettuale istituite con il Dlgs 168/2003 presso 12 sedi di Tribunale (e di Corte di Appello)² chiamate a dirimere ,in composizione collegiale, le controversie nelle quali si contrappongano (anche “indirettamente”) i precetti antitrust (nazionali e comunitari) con l’esercizio dei diritti discendenti dalle privative industriali (c.d. *concorrenza interferente* ex art.134 del Codice della proprietà industriale ³).

Benche’ nel settore provvedimentale la funzione dell’inibitoria rappresenti il grado piu’ satisfattivo ed incisivo dell’intervento giudiziario ,esso concorrendo con l’analogo potere di spettanza alla Autorita’ Garante e’ , per questo motivo ,talora negato in capo al giudice quanto meno nell’ambito delle sue statuizioni definitive .

Alla giurisdizione nazionale antitrust e’ infatti riservata -in principalita’- la c.d. “tutela di accertamento” (di invalidita’ e/o illiceita’ dell’atto / comportamento denunciato)ed il risarcimento del danno .

L’esercizio del potere *di interdizione* (inibitoria) nella regolamentazione dei profili privati della conflittualita’ di mercato non e’ negato ma -come si e’ detto-ha sempre incontrato dei limiti ,almeno nelle prassi delle Corti di Appello destinarie per legge delle sole azioni di *nullita’* e di *risarcimento del danno* con i correlati provvedimenti di urgenza .

L’esercizio del potere risarcitorio -una volta accertata la violazione della normativa antitrust- rappresenta dunque il vero presidio giudiziale a tutela dei soggetti di mercato lesi dalle pratiche anticompetitive.

²Bari,Bologna,Catania,Firenze,Genova,Milano,Napoli,Palermo,Roma,Torino,Trieste,Venezia

³ Dlgs 10.2.2005 n.30

E se andranno in porto i progetti tesi ad accorpate tutta la materia della concorrenza presso le sezioni specializzate della proprietà industriale ed intellettuale ⁴(sezioni che già si occupano di concorrenza “interferente” con i diritti di proprietà ove vengano in rilievo violazioni ex art.2 e 3 L.287/90 e 101-102 TFUE) sarà sicuramente favorito il ricorso alle più articolate regole tratte dall’impianto del Codice PI che quelle sezioni già applicano con particolare riferimento ai *parametri risarcitori* così individuabili.

Del resto proprio il “gruppo di lavoro” istituito nel 2007 presso la Corte di Cassazione nelle “osservazioni aggiunte” formulate a seguito dell’approvazione del *Libro Bianco* in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie ⁵, ha sottolineato l’opportunità, non solo, di seguire l’impostazione dell’art.6 della Direttiva *Enforcement* 48/2004 sui diritti di proprietà intellettuale (TRIPs *plus*) in tema di *disclosure* ed accesso alla prova (così importante ai fini della “rivelazione” dei fenomeni antitrust spesso mancanti della c.d. *smoking gun*) rimandando al novellato art. 121 bis del Codice PI sul diritto d’informazione (sia pur da adeguare al rispetto del contrapposto diritto alla riservatezza) ma ha proposto –circa i criteri di quantificazione del danno –proprio il modello dell’art. 13 della medesima Direttiva (norma anche essa recepita con correttivi nell’art.125 del Codice PI sul risarcimento del danno).

Ora, le linee conduttrici dell’azione risarcitoria sono note e si rinvengono all’interno del nostro ordinamento civilistico in tema di fatto illecito (l’art.2056 cc che rimanda agli artt.1223,1226,1227)ma talune particolarità contrassegnano il giudizio antitrust che andranno tenute presenti prima di procedere alla vera e propria liquidazione del danno ove ne ricorrano gli estremi.

Va tenuto fermo-innanzitutto- il rispetto dei termini di *prescrizione* che – trattandosi di illecito *aquiliano*(art.2043 cc)-e’ quella breve di 5 anni (art.2947 I° co.cc),

⁴ Schema del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza diramato dal governo l’8.2.2011

⁵ *White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules* del 2.4.2008 Com(2008)165 def.

Circa però la decorrenza, va puntualizzato che le vittime della pratica antitrust potrebbero trovarsi in difficoltà nell'individuare l'illecito in caso di *violazione continuata e ripetuta* ovvero quando l'infrazione non sia di *immediata percezione* come spesso accade negli accordi di regolamentazione del mercato che sono di regola "riservati" e dei quali spesso si è edotti *ex post* solo tramite i mezzi di informazione.

Soccorre perciò il principio –affermato in tema di "tutela del consumatore" inciso da pratiche antitrust- secondo cui la prescrizione decorre dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (art.2935 c.c.) con la conseguenza che *il dies a quo* va fatto risalire, non dalla data di cessazione della condotta generatrice del danno, ma dall'*esteriorizzazione del danno* stesso che sia stato percepito (o percepibile come tale) nella sua realtà fenomenica; in pratica quando la vittima sia venuta a conoscenza, in termini di buona certezza, degli effetti che il comportamento collusivo ha prodotto nei suoi confronti (c.d. *danno lungolatente*), non bastando la mera conoscenza del pregiudizio *tout court* ma occorrendo anche la cognizione della *rapportabilità causale* dello specifico danno lamentato (Cass. 2 febbraio 2007 n.2305)

Ancora, il giudice è facultato ad avvalersi, per l'*imputazione* dell'illecito, del *criterio presuntivo* che –in tema di "concorrenza sleale"-inverte l'onere della prova sull'*elemento psicologico* (dolo e colpa non rilevano invece ai fini dell'inibitoria)

L'art.2600 cc stabilisce infatti che "accertati gli atti di concorrenza la colpa si presume"

Vi è infatti stretta *contiguità* tra la disciplina della concorrenza sleale e la disciplina rivolta a tutelare il diritto della concorrenza ancorché le rispettive normative perseguano scopi differenti e rispondano a logiche diversificate, tanto è che la clausola generale sulla *correttezza professionale* (art.2598 n.3 c.c.) è stata più volte utilizzata dalla giurisprudenza nazionale-prima dell'entrata in vigore della L.287/90 - per reprimere condotte anticoncorrenziali espresse da strategie abusate di mercato ovvero condizioni discriminatorie della clientela suscettibili di alterare il libero gioco della concorrenza

La *presunzione di colpa* stabilita dalla norma citata, invero, costituisce il pilastro del regime privilegiato accordato dal legislatore alla vittima dell'illecito e fa gravare sull'autore dell'atto -che voglia evitare la condanna al risarcimento del danno -l'onere di fornire lui stesso la prova liberatoria

dell'incolpevolezza ,cioe' la dimostrazione della ricorrenza di situazioni idonee-secondo la normale diligenza- ad escludere la colpa presunta *iuris tantum*.

In pratica l'autore dell'infrazione anticoncorrenziale sara' ritenuto responsabile degli effetti dalla sua condotta se non dimostri che la violazione e' stato il risultato di un errore(in fatto)scusabile perche'-pur avendo adottato un elevato *standard* di controllo- non poteva accorgersi che la strategia di mercato adottata era suscettibile di determinare la denunciata restrizione della concorrenza.

Va poi segnalato che il risarcimento avvince anche i danni *mediati ed indiretti* che si presentino come *effetto normale* del fatto stesso,cioe' come conseguenza ordinaria e naturale cui esso ha dato origine in base al principio della c.d.*regolarita' causale* per cui andra' riconosciuta legittimazione ad agire nel giudizio antitrust anche a quei terzi che -pur occupando una posizione *eccentrica* rispetto alla *sequenza causale* diretta ovvero collocandosi alla fine della traiettoria offensiva dell'illecito- abbiano subito un *danno indiretto* (quali i *consumatori*).

La individuazione del *nesso causale* tra la condotta anticoncorrenziale iniziale e l'evento dannoso che si proietta sull'acquirente finale(*indirect purchaser*) e' momento valutativo indispensabile anche in via preliminare perche' il trasferimento degli *overcharges* sul soggetto di mercato che salda il conto della *traslazione* del sovrapprezzo nella filiera produttiva-distributiva e' l'elemento che avalla la sua legittimazione all'azione (*offensive passing-on*)

Un caso di *passing on* offensivo e' stato trattato dalla Corte di appello di Roma con riferimento ad una azione di danni proposta da societa' di intermediazione commerciale nel settore dei prodotti petroliferi -anziche' contro le imprese di rivendita del prodotto-contro le societa' che avevano preso parte all' accordo illecito concordando prezzi comuni di vendita e con le quali essa non aveva intrattenuto alcun rapporto(C.A.Roma ord.31 marzo 2008 *International Broker*).

La giurisprudenza nordamericana in genere riconosce il risarcimento al solo *direct purchaser*, quale soggetto più vicino all'autore della violazione che ha subito il *danno frontale* a prescindere dallo scarico "a valle" del costo aggiuntivo (c.d. blocco dell'*Illinois Brick* ⁶)

L'esperienza continentale europea segue, invece, una diversa linea attribuendo anche agli *acquirenti indiretti* titolo alla *restitutio in integrum* non diversamente dagli altri soggetti "incisi" dalla pratica anticompetitiva.

Secondo i precedenti comunitari *Courage* (Corte Giust. 20 settembre 2001, C-453/99) e *Manfredi* (Corte Giust. 13 luglio 2006, C-295/04 a C-298/04) *chiunque* abbia subito un danno causato da una violazione di norme antitrust deve poterne chiedere il risarcimento avanti ai Tribunali nazionali e questo principio è evidentemente applicabile anche a costoro.

È da notare che il risarcimento del danno antitrust è destinato ad avvicinare dal lato passivo anche chi si sia volontariamente sottoposto ai c.d. *leniency programmes* volti ad assicurare immunità (totale o parziale) dall'intervento sanzionatorio dell'Autorità Garante al membro del cartello che, dissociandosi dal *pactum sceleris*, faccia i nomi degli altri componenti del cartello trasformandosi così in una sorta di *collaboratore di giustizia* (patteggiando -in cambio- la pena pubblicistica) ⁷

Il beneficio accordato non sottrae -infatti- l'impresa collaborante alle conseguenze che possono derivarle nel giudizio civile promosso dai terzi danneggiati.

Questo elemento critico suscettibile di disincentivare il ricorso ai programmi di clemenza stante il rischio di subire la sanzione del risarcimento del danno a seguito di azioni *follow on* ⁸ ha indotto i redattori

⁶ La *Illinois Brick doctrine* (dal nome della sentenza *Illinois Brick Co. v/ Illinois*), è comunque rifiutata in molti Stati dell'Unione e nel 2007 è stata presentata una proposta per abolirla dall'*Antitrust Modernization Commission Report*.

⁷ L'istituto è delineato nell'art.15 al comma 2 bis della L.287/90 introdotto dal c.d. decreto Bersani e si ispira al contenuto della Comunicazione della Commissione Europea del 2006 (C 298/17) anche per quanto riguarda le conseguenze sul piano risarcitorio.

⁸ Le azioni *follow on* fondate su di una illecita distorsione della concorrenza accertata dall'Autorità seguono cronologicamente la decisione amministrativa e si distinguono dalle azioni *stand-alone* incardinate avanti all'AGO pur in assenza di interventi in precedenza attuati dagli organi pubblici di controllo del mercato.

del Libro Bianco cit.ad introdurre una limitazione di responsabilita' alla sola *quota interna* con esclusione della *solidarieta' passiva* con gli altri coobbligati.

In pratica il *successful liniency's applicant* sarebbe chiamato a rispondere dei soli danni provocati o nei confronti dell'acquirente diretto dei suoi prodotti o di coloro che appartengono alla sua catena produttiva e si pongono a valle con esclusione di quelli derivanti dalla vendita dei prodotti degli altri partecipanti all'accordo lesivo della concorrenza .

Il gruppo di lavoro della Suprema Corte aveva peraltro osservato che una siffatta limitazione di responsabilita'- sempre ove fossero previamente modificate le regole sul *concorso* nell'illecito –andava in ogni modo esclusa in tutti i casi in cui risultasse accertata l'insolvenza degli altri obbligati ,perche' diversamente si sarebbe verificata una privazione del risarcimento in capo ai danneggiati che non hanno acquistato direttamente dal beneficiario dell'immunita'.

E' sempre consentita nel contenzioso antitrust la *prova liberatoria* nei confronti dell'*acquirente diretto* che esige dimostrazione della "traslazione" del maggior prezzo da questi subito sui successivi acquirenti .

Il *defensive passing-on* e' infatti eccezione irrinunciabile negli ordinamenti europei ed in un paio di casi ha interessato la cognizione delle Corti di Appello italiane.

L'eccezione difensiva e' stata presa in considerazione in una controversia relativa ad accordo imposto con pressione monopolistica da societa' calcistica a societa' di turismo avente ad oggetto un sistema di vendita di biglietti di partite di calcio in trasferta inclusivi dell'ingresso allo stadio e della fornitura di prestazioni supplementari obbligatorie quali viaggio, soggiorno ed intrattenimenti (c.d.*business plans*).

La Corte nazionale investita dell'azione di nullita' ex art.33 L.287/90 stabiliva che la societa' acquirente dei pacchetti –ad essa intesa partecipante-aveva *traslato* il danno sui terzi posto che i maggiori costi erano stati sopportati dai consumatori finali ,cioè i tifosi e dunque a questo titolo difettava di legittimazione ad agire che spettava invece a questi ultimi(C.A.Torino,6 luglio 2000 *Indaba c/Juventus*).

In altro caso riguardante un asserito abuso di posizione dominante da parte di gestore aeroportuale nei confronti di societa' di *handling* consistente in

pratiche escludenti ed applicazione di condizioni economiche ingiustificatamente gravose il giudice -dopo aver negato l'illiceità della condotta anticompetitiva contestata-rilevava che comunque l'attore non avrebbe avuto diritto al risarcimento in quanto i maggiori oneri che gli erano stati applicati per aumenti tariffari andavano integralmente a gravare sui soggetti che fruivano del suo servizio(C.A. Cagliari 23 gennaio 1999 *Unimare c/Gesear*)

Una volta accertata l'*ontologica* esistenza del danno ed il legame *causa-effetto* che lo collega all'illecito, la liquidazione dovrà occuparsi dalle sue componenti tipiche di *danno emergente* e di *lucro cessante* eventualmente integrate da altre ravvisabili forme di pregiudizio quali la *perdita di chance* (C.A.Milano,24 dicembre 1996 *Telsystem c/ Sip*)e/o il *danno all'immagine*(C.A.Milano,11 luglio 2003 *Bluvacanze*),con eventuale utilizzo della tecnica processuale della *separazione* del giudizio dell'*an* da quello sul *quantum debeatur* onde pervenire alla c.d. *condanna generica* con riserva di quantificare il risarcimento -anche a mezzo di CTU-nel prosieguo della lite ex art.278 I° co.cpc (C.A. Milano,1 febbraio 2008 *Lince c/Agenzia del territorio* e C.A.Milano 16 giugno 2006 *Avir c/Enel* per le determinazioni del "sovrapprezzo" ingiustificato nelle forniture di gas ai fini delle richieste restituzioni)

Il *danno emergente*-nella sua lettura tradizionale- non presenta particolari problemi applicativi giacché sussistenza e consistenza del pregiudizio patrimoniale possono essere agevolmente dimostrati con documenti e tabulati vari.

Comuni a tutti gli illeciti concorrenziali -ad esempio-sono i costi sostenuti dall'impresa per acquisire le prove dell'illecito ivi comprese le spese di assistenza legale e tecnica(perizie,*affidavit*,ricerche di mercato etc.).

Occorre poi conteggiare le spese per neutralizzare l'illecito eliminando gli effetti distruttivi da esso scaturiti come-nel caso di *rifiuto di fornitura* -il maggior dispendio per reperire *aliunde* la merce illegittimamente negata.

Vanno quindi considerate le *pure perdite* aziendali per i costi sostenuti in *progetti di aggressione* al mercato nell'ambito della normale competizione vanificati da condotte monopolistiche prevaricanti messe in atto da terzi in violazione della normativa antitrust ;così pure gli oneri sprecati in un disegno imprenditoriale che non abbia potuto trovare sbocco per una

condotta anticoncorrenziale che ha di fatto impedito quell'operosità necessaria per dar luogo a risultati utili.

Più problematica si presenta –invece– la veritiera ricostruzione del *lucro cessante*, stante il variegato atteggiarsi degli *effetti anticoncorrenziali* comportanti all'occorrenza ricorso a *rules of reason* flessibili non sempre conducenti a risultati economici affidabili.

Non a caso nella quantificazione del danno entra sovente in gioco la valutazione *equitativa* prevista in via generale dall'art.1226 c.c. cui fa riferimento l'art.2056 c.c.

Il giudizio di equità –che sopperisce all'impossibilità di provare l'ammontare preciso del danno– presuppone, comunque, la prova da parte del danneggiato dell'evento lesivo e della ripercussione della contraffazione sul proprio patrimonio, una inerzia istruttoria assoluta non potendo dare ingresso ad una liquidazione del genere

E' stato in particolare definita *aberrante* l'utilizzo della figura del danno *in re ipsa* dovendo essere sempre fornita la prova di un danno effettivamente patito prima di sottoporre al giudice gli elementi utili per addivenire alla liquidazione (Cass.2 febbraio 2007 n.2305.)

Il giudice nell'ambito del giudizio risarcitorio non e' tenuto a fornire dimostrazione *analitica* di ciascuno degli elementi in base al quale ha formato il suo convincimento complessivo, bastando che egli abbia all'uopo tenuto presenti –sia pur con presunzioni ed apprezzamenti di probabilità– i *dati di fatto* risultanti dall'istruzione probatoria e sufficienti a far ritenere equa la sua determinazione (Cass.10 ottobre 1986 n.69).

Il principio della insindacabilità della liquidazione equitativa del danno in sede di legittimità non trova –però– applicazione se il giudice del merito non da conto dei criteri utilizzati sì da risultare la valutazione del tutto incongrua rispetto al caso concreto (Cass.8 novembre 2007 n.23304)

I meccanismi valutativi più accreditati si rinvengono negli ordinamenti stranieri e consistono essenzialmente nel metodo –di derivazione tedesca– dell'*Als ob* e in quelli –diffusi nella giurisprudenza USA– che vanno sotto il nome di *Before and after theory* e *Yardstick theory*.

Il primo presuppone il confronto tra la situazione patrimoniale del danneggiato come si presenta a seguito dell'illecito e quella-puramente ipotetica-che si sarebbe determinata in sua assenza .

Il secondo -di comparazione *storica* -postula la messa a confronto dei profitti realizzati prima (*before*)e dopo(*after*)l'illecito a condizione che i due periodi di riferimento(*base period* e *damage period*)siano attendibilmente e sufficientemente raffrontabili in assenza di fattori estranei alla azione anticoncorrenziale altrui che abbiano in ipotesi concorso alla compressione delle *performances* economiche della vittima.

Il terzo -di comparazione *ideale*-impone il confronto tra i profitti realizzati dall'impresa danneggiata dopo l'illecito con quelli di altra impresa con analoghe caratteristiche ma rimasta immune da pratiche anticoncorrenziali.

Talune pronunzie di Corte di Appello -pur senza dare atto del criterio economico seguito-si collocano in talune di queste categorie.

Esempi del metodo di "comparazione" di scenari economici interessanti la stessa impresa e/o le imprese in conflitto si rintracciano nel caso *Albacom* (C.A.Roma 20 gennaio 2003)relativo ad una condotta escludente nel mercato di accesso ad Internet a banda larga dove il mancato utile per perdita di clientela e' stato parametrato sulla quota di mercato detenuto dalla stessa impresa prima dell'infrazione;

nell'analogo caso *Wind*(C.A.Roma 6 luglio 2007)dove il danno e' stato liquidato con riferimento alla quota di mercato detenuta dall'attrice sul mercato prima dell'esclusione ed al fatturato conseguito nel periodo di esclusione dall'impresa dominante;

nel caso *Bluvacanze* cit.(C.A.Milano,11 luglio 2003)relativo ad ipotesi di "boicottaggio collettivo" dove il presupposto della quantificazione del danno e' stato rinvenuto nel fatturato realizzato dall'impresa boicottata nell'esercizio precedente implementato in proporzione della crescita complessiva del mercato con l'aggiunta del *danno all'immagine* ed alla reputazione commerciale dell'impresa fatta oggetto di *strategia escludente* ;

nel caso *Valgrana* (C.A.Torino 7 febbraio 2002) dove l'utile mancato dell'impresa danneggiata per effetto dell'illegittimo contingentamento del

prodotto imposto da una Associazione di produttori di formaggio e' stato calcolato sulla quantita' di prodotto "eccedente" tali limiti imposti; nel similare caso *Inaz paghe* (C.A.Milano,10 dicembre 2004)dove il danno da boicottaggio e' stato rapportato alle disdette e mancati rinnovi dei contratti in corso durante il periodo di infrazione che avevano ecceduto la media annuale e sui quali era stato calcolato l'utile medio corretto dalla durata media residua di quei contratti.

Il metodo " virtuale" e' stato invece utilizzato nel gia' ricordato caso *Avir* sulla applicazione abusiva di prezzi "eccessivi" per le forniture di gas da parte di operatore dominante,dove veniva preso a riferimento per le restituzioni il prezzo medio di mercato fissato sulla piazza di Londra(C.A.Milano,16 settembre 2006)

Potrebbe ,peraltro, rivelarsi inappagante il danno risarcito solo in proporzione al decremento del fatturato subito dalla vittima dell'altrui pratica anticompetitiva senza tener conto-ad esempio- delle *perdita di opportunita'* correlate alle quote virtuali di mercato sfuggite a causa del ritardo nell'ingresso su quel mercato per il predominio di terzi che hanno penalizzato -a proprio vantaggio-la posizione commerciale e reddituale del concorrente impedito dal presentarsi in tempo utile all'appuntamento con la fase di *normale competizione*.

E' questo l'esempio offerto dal caso di abuso di posizione dominante (C.A.Milano,24 dicembre 1996 *Telsystem c/ Sip*)messo in atto dell'allora monopolista del servizio telefonico nazionale che aveva negato ad altra societa' del settore accesso al mercato liberalizzato di un particolare ramo di telefonia.

Nel pregiudizio economico riconosciuto (che raggiungeva -all'epoca- uno dei piu' alti livelli nel panorama giurisprudenziale italiano) veniva incluso il mancato "primato temporale" nell'esclusivita' della proposta innovazione preclusa dalla mancanza degli indispensabili "collegamenti" di telefonia rifiutati dall'impresa dominante .

Ecco dunque che utili suggerimenti liquidatori potrebbero -a questo punto-ricercarsi nella disciplina della proprieta' industriale ed intellettuale che prevede (art.125 del Codice PI) criteri di quantificazione basati -non solo-

sulle perdite economiche subite dal danneggiato ,ma anche sui profitti che l'autore dell'illecito ha tratto dalla propria condotta .

Per cui , ove fosse impossibile od estremamente difficile raccogliere elementi liquidatori a tacitazione esuastiva del danno lamentato , valido ausilio potrebbe rinvenirsi nel criterio alternativo del "profitto" dell'autore della violazione ,ricostruendo il pregiudizio anche in funzione dell' "utile" sulle vendite ed altre occasioni di mercato da costui realizzate in luogo della parte estromessa (pur con i correttivi imposti dalle diverse "potenzialita'" dei contendenti).

Potrebbero cosi' soccorrere i criteri liquidatori dettati dalla norma dell'art.125 del Codice PI che rimanda, per la quantificazione del danno, (anche) ai "*benefici realizzati in violazione del diritto*" consentendo al titolare della posizione compromessa di chiederne assegnazione secondo la figura - tipica del *common law*-del *disgorgement of profits* .

L'"attribuzione degli utili" svolgerebbe in tal modo anche una funzione "dissuasiva" per l'aspirante perturbatore di mercato rendendolo edotto dei maggiori rischi economici suscettibili di derivare dalla sua scelta anti giuridica e rappresenterebbe -al contempo-valido metodo "complementare"per la stima del reale pregiudizio economico causato dall'illecito antitrust che potrebbe altrimenti rimanere ,sia pur in parte, impunito.

Fermo restando che la *retrocessione dei profitti altrui* non potra' comunque essere pretesa *in aggiunta* al ristoro delle perdite e mancati *guadagni propri* ,posto che nella maggior parte dei paesi europei -Italia compresa -il danno ha funzione essenzialmente *compensativa* o *reintegratoria* del pregiudizio sofferto e non *sanzionatoria* ,al contrario di quanto avviene in altri ordinamenti quale quello nordamericano che contempla i c.d. *danni multipli*, ispirandosi a finalita' prettamente deterrenti che prescindono da un tangibile collegamento con il danno effettivamente subito e consentono al danneggiato di chiedere un risarcimento pari fino al triplo del danno subito(*treble damages action*).

I c.d. *punitive damages* non sono esigibili nel nostro ordinamento dove la giurisprudenza ha ribadito che un risarcimento caratterizzato da una ingiustificata sproporzione tra importo liquidato e pregiudizio effettivamente subito si porrebbe in contrasto con un principio di *ordine pubblico* (Cass.19 gennaio 2007 n.1183)

Isolata sul punto resta perciò la pronuncia di un giudice di pace - destinatario di una delle tante controversie sui c.d. *patti assicurativi di massa* - il quale non si è limitato a riconoscere il danno al consumatore corrispondente alla differenza tra la somma pagata per la polizza assicurativa ed il prezzo immune dalle alterazioni derivante dall'intesa (determinandolo, in via di equità, nel 20% del premio di polizza pagato dall'assicurato) ma ha altresì liquidato una somma doppia in funzione deterrente dal porre in essere condotte quali quelle sanzionate dall'Autorità Garante (giudice di pace di Bitonto, 21 maggio 2007)

Interessante, da questo punto di vista, è la strada seguita dal legislatore del Codice della proprietà industriale che ha inteso coniugare il rispetto del principio della *alternatività* con quello della *esaustività* evitando fenomeni di *overcompensation* con il prevedere che i maggiori profitti realizzati dall'autore della violazione (*illegal gains*), laddove non tengano luogo del lucro cessante, possano essere attribuiti al danneggiato per la parte eventualmente "eccedente" la perdita.

Accanto al meccanismo risarcitorio dell'art.2043 cc che mira alla reintegrazione del patrimonio lesa (perdita economica sofferta dal danneggiato), è stato così introdotto un sistema modulato sul criterio indennitario proprio dell'*arricchimento senza causa* ex art.2041 cc (profitto realizzato dall'autore dell'illecito), quale specifico rimedio restitutorio che - pur senza mettere in gioco il principio della "*sussidiarietà*" per la sua funzione alternativa o di completamento - resta correlato al ristoro di un danno provocato dai benefici realizzati da una azienda a scapito dell'altra.

La *retrocessione degli utili* si presenta, dunque, rimedio capace di giocare un ruolo importante anche nel *private enforcement* del diritto antitrust per "colmare" il lucro cessante quando risulti insufficiente alla completa reintegrazione patrimoniale del soggetto danneggiato e, se mai vi sarà un accorpamento della materia concorrenziale presso il giudice delle sezioni

specializzate ,anche questa regola -che gia' fa parte della esperienza giudiziaria di quegli organismi - potrebbe servire da spunto per ricavare criteri liquidatori piu' soddisfacenti per i soggetti lesi dalle pratiche illegittime di mercato.