

Class action e danno antitrust: il caso traghetti

Giorgio Afferni

L'azione di classe promossa da Altroconsumo contro le compagnie dei traghetti per il sospetto cartello sulle rotte per la Sardegna offre l'occasione per una breve discussione sull'utilizzo da parte dei consumatori di questo nuovo strumento processuale per il risarcimento del danno antitrust, mediante un confronto con le azioni di classe americane e nella prospettiva del processo riformatore a livello comunitario.

Introduzione

Altroconsumo ha promosso, insieme con l'associazione La Casa del consumatore, un'azione di classe nei confronti di alcune compagnie di traghetti per ottenere il risarcimento del danno causato ai passeggeri da un'intesa restrittiva della concorrenza sulle rotte che collegano il Nord della Sardegna con il continente. L'azione è stata proposta di fronte al Tribunale di Genova in seguito all'avvio di un'istruttoria da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) nei confronti delle stesse compagnie per una presunta violazione del diritto antitrust comunitario (art. 101 Tfu).¹ La proposizione di questa azione, sull'ammissibilità della quale il Tribunale di Genova deve ancora pronunciarsi, offre lo spunto per discutere brevemente sul diritto dei consumatori a pretendere il risarcimento del danno ingiusto causato da un'intesa restrittiva della concorrenza e sulla possibilità di proporre a questo fine l'azione di classe recentemente introdotta nel nostro ordinamento (art. 140-bis Codice del consumo).

Il divieto di intese restrittive della concorrenza

Il diritto antitrust nazionale e comunitario vieta le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante. Per quanto riguarda le intese, sono vietati gli accordi e le pratiche concordate che hanno per oggetto o per effetto di determinare una restrizione ingiustificata della concorrenza. Il divieto delle intese restrittive della concorrenza mira a tutelare i consumatori. Esso serve a impedire che la restrizione illecita della concorrenza determini un aumento ingiustificato dei prezzi. Il diritto antitrust tutela tutti i consumatori, sia quelli che a causa dell'aumento del prezzo rinunciano ad acquistare il prodotto, sia

¹ Agcm, provvedimento n. 22416 del 11/05/2011.

quelli che scelgono di acquistare comunque il prodotto anche se a un prezzo più elevato.

L'applicazione pratica del diritto antitrust nazionale e comunitario è demandata alla Commissione europea e all'Agcm, nell'ambito delle rispettive competenze, e al giudice ordinario nazionale. La Commissione europea e l'Agcm hanno il compito di indagare sull'esistenza di una violazione antitrust ed eventualmente di applicare la sanzione amministrativa (c.d. *public enforcement*). Il giudice ordinario decide, invece, sulle richieste di risarcimento del danno proposte dalle vittime della violazione (c.d. *private enforcement*). La Commissione europea e l'Agcm possono avviare un'indagine di propria iniziativa, oppure a seguito di una denuncia di qualunque parte interessata, sia essa un consumatore, un'associazione dei consumatori, o un'impresa. Negli ultimi anni, un numero sempre maggiore di intese restrittive della concorrenza viene scoperto e sanzionato grazie a una denuncia presentata da un'impresa che ha partecipato alla stessa violazione, ma che sceglie di uscire allo scoperto per beneficiare dell'immunità da ogni sanzione promessa dalla Commissione e dall'Agcm nell'ambito dei c.d. programmi di clemenza.

Le azioni per il risarcimento del danno, invece, possono essere promosse dopo che la Commissione o l'Agcm hanno avviato l'istruttoria o dopo che l'esistenza della violazione è stata accertata (c.d. azioni *follow on*), oppure indipendentemente dall'avvio di un'istruttoria o dall'accertamento di una violazione (c.d. azioni *stand alone*). In quest'ultimo caso, l'onere di dare la prova dell'esistenza della violazione grava per intero sul soggetto che agisce in giudizio per il risarcimento del danno.

Il diritto dei consumatori a pretendere il risarcimento del danno

Oggi è pacifico che i consumatori siano legittimati ad agire in giudizio per pretendere il risarcimento del danno subito a causa di una violazione del diritto antitrust nazionale o comunitario. Questo principio è stato affermato sia dalla Corte di giustizia europea sia dalla Corte di cassazione.² Il consumatore che ha acquistato il bene o il servizio interessato dalla violazione può pretendere il risarcimento della differenza tra il prezzo che ha pagato e il prezzo che avrebbe pagato se non ci fosse stata l'intesa illecita (c.d. sovrapprezzo anticompetitivo).³ Esistono diversi metodi per misurare il sovrapprezzo anticompetitivo (Pardolesi, 2008; Prosperetti, Pani e Tomasi, 2009).⁴ Tuttavia, nell'ordinamento italiano è pacifico che questo danno possa essere valutato dal giudice secondo equità, per esempio in misura pari a una percentuale del prezzo pagato.⁵

² Corte di giustizia, 20 settembre 201, causa C-453/99, *Courage c. Crehan*, in *Racc.* 1999, I-6297; 13 luglio 2006, cause riunite dal C-295/04 al C-298/04, *Manfredi*, in *Racc.* 2006, I-6619; Cassazione, sezioni unite, n. 2207/2005. Precedentemente la legittimazione attiva dei consumatori era stata negata da Cassazione, n. 17475/02.

³ Corte di giustizia, *Manfredi*, cit.; Cassazione, n. 2305/2007.

⁴ Cfr. Commissione Ce, Bozza di documento di orientamento, Quantificazione del danno nelle azioni di ricarcamento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del Tfu, Bruxelles, giugno 2011.

⁵ Cassazione, n. 2305/2007.

Più difficoltosa è, invece, la posizione dei consumatori che non hanno acquistato il prodotto a causa dell'aumento illecito del prezzo. In questo caso, il danno risarcibile sarebbe pari alla differenza tra l'utilità che il consumatore avrebbe tratto dal consumo di quel prodotto e l'utilità che il consumatore ha tratto dal consumo di un prodotto alternativo o dal diverso utilizzo del denaro che sarebbe stato destinato all'acquisto del prodotto interessato dalla violazione antitrust. Si tratterebbe, quindi, di un danno non patrimoniale, che in diritto italiano è risarcibile solamente nei casi previsti dalla legge o quando sia stato leso un diritto inviolabile della persona di rango costituzionale.⁶ A parte questo, è molto difficile, se non praticamente impossibile, che il consumatore riesca a dimostrare che in assenza della violazione egli avrebbe effettivamente acquistato il prodotto interessato dall'intesa illecita.

Nonostante la questione non sia mai stata affrontata né dalla Corte di giustizia europea, né dalla Corte di cassazione italiana, si deve ritenere che la legittimazione ad agire in giudizio per pretendere il risarcimento del danno ingiusto causato da un'intesa illecita non spetti esclusivamente ai consumatori che hanno acquistato direttamente da un'impresa che ha partecipato al cartello, c.d. consumatori acquirenti diretti, ma spetti anche ai consumatori sui quali il sovrapprezzo anticompetitivo sia stato traslato da un soggetto intermedio tra l'impresa che ha partecipato all'intesa illecita e gli stessi consumatori, c.d. consumatori acquirenti indiretti, (Afferni, 2009). Per rimanere nell'ambito dell'azione di classe promossa da Altroconsumo nei confronti delle compagnie dei traghetti, si prenda il caso del consumatore che abbia acquistato da un tour operator un pacchetto turistico "tutto compreso" di cui faccia parte anche un biglietto del traghetto. Qui, il consumatore non ha acquistato direttamente da una delle compagnie che ha partecipato all'intesa. Tuttavia, è chiaro che il sovrapprezzo anticompetitivo è stato traslato su di esso dal tour operator mediante un aumento del prezzo del pacchetto turistico. Pertanto, anche questo consumatore ha diritto di pretendere dalle compagnie dei traghetti il risarcimento del danno.

La responsabilità delle imprese che hanno partecipato all'intesa

I consumatori che hanno subito un danno antitrust possono agire nei confronti di tutte le imprese che hanno partecipato all'intesa vietata indipendentemente da quale tra queste imprese essi abbiano effettuato l'acquisto (Afferni, 2010, p. 496 s.). Questo è possibile perché tra tutte le imprese che hanno partecipato a una stessa condotta illecita sussiste una responsabilità solidale per l'intero danno causato (art. 2055, comma 1°, c.c.). Peraltro, nei confronti dei consumatori è irrilevante quale sia stato il ruolo svolto da ogni impresa nell'ideazione o nell'esecuzione dell'intesa.

⁶ Cassazione, sezioni unite, n. 26972-5/2008.

L'impresa condannata a risarcire anche il danno causato dalle altre imprese può agire contro le stesse in regresso, chiedendo che venga determinata la quota di responsabilità imputabile a ciascuna di esse (art. 2055, comma 2°, c.c.). In questa fase, che riguarda esclusivamente i rapporti interni alle imprese convenute, il giudice potrà tenere conto del ruolo svolto da ognuna di esse nell'idea-zione e nell'esecuzione dell'intesa illecita. È discusso, invece, se il giudice possa tenere conto anche del ruolo svolto dall'impresa che ha denunciato l'esistenza del cartello per beneficiare dell'immunità dalla sanzione amministrativa (la c.d. clemenza), al fine di ridurre o escludere del tutto la sua responsabilità (Afferni, 2010, p. 498 s.).

Azioni di classe vs azioni individuali

Il consumatore che ha subito un danno antitrust può agire in giudizio individualmente. La domanda deve essere proposta davanti a una delle neo costituite sezioni specializzate in materia di impresa.⁷ Tuttavia, in moltissimi casi, il danno di cui il consumatore può pretendere il risarcimento non è sufficientemente elevato da giustificare i costi e i rischi di un'azione individuale. Basti qui menzionare il fatto che, nel caso in cui la domanda di risarcimento dovesse essere respinta, il consumatore potrebbe essere condannato a pagare le spese legali sostenute dall'impresa convenuta in giudizio.

Per questa ragione negli ultimi anni sono state introdotte in molti Paesi, tra i quali anche l'Italia, le azioni di classe. Questo tipo di azioni consentono ai consumatori di agire in forma collettiva, dividendo tra loro i costi e i rischi dell'iniziativa giudiziale. Inoltre, nel caso in cui i consumatori decidano di dare mandato a un'associazione di consumatori, è anche possibile che i consumatori riescano a liberarsi del tutto di questi costi e rischi, trasferendoli sulle stesse associazioni o sullo studio legale che le assiste (per esempio, mediante la conclusione di un patto di quota lite).

Peraltro, la disponibilità delle azioni di classe non giova solamente ai consumatori. Esse vanno a vantaggio anche dell'amministrazione della giustizia in generale, nonché delle stesse imprese convenute. Le azioni di classe, infatti, consentono di realizzare rilevanti economie di scala sia nei costi della giustizia sia in quelli legali delle imprese. A questo proposito, molto istruttivo è il caso Rc auto. L'Agcm aveva accertato l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza tra le compagnie che operavano sul mercato dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica.⁸ Sulla scia di questa decisione, centinaia di migliaia di consumatori hanno promosso azioni individuali contro le rispettive compagnie di assicurazione per ottenere il risarcimento del danno subito. In questo modo, la tutela dei consumatori ha richiesto

⁷ Art. 2, D.l. 1/2012 convertito con modifiche in L. 27/2012.

⁸ Agcm, provvedimento n. 8546 del 28/07/2000.

centinaia di migliaia di processi sostanzialmente tutti uguali. Le compagnie di assicurazione, oltre a dover risarcire il danno causato ai consumatori, hanno dovuto sostenere spese legali elevatissime, sia per i propri avvocati che per gli avvocati delle controparti. Si vede bene come in un caso di questo tipo i diritti dei consumatori sarebbero stati tutelati in modo molto più adeguato, e con maggiore soddisfazione di tutte le parti coinvolte, se fosse già stata disponibile l'azione di classe.

Il modello americano

La cattiva reputazione di cui godono le azioni di classe è dovuta agli abusi di questo strumento che si sono verificati negli Usa. Tuttavia, le azioni di classe americane sono profondamente diverse da quelle italiane.

Negli Usa, quando l'azione di classe viene ammessa (c.d. *certification*), il giudice fissa un termine entro il quale i proponenti devono informare tutti i membri della classe della pendenza dell'azione. A questo punto, i membri della classe possono scegliere liberamente di chiamarsi fuori dell'azione (c.d. *opt out*). Se non lo fanno, la sentenza che definisce il giudizio, o l'eventuale accordo stragiudiziale concluso tra proponenti e imprese convenute, è vincolante anche per loro. Siccome il danno antitrust subito dai consumatori è tipicamente un danno di scarsa entità, la stragrande maggioranza dei membri della classe non esercita il diritto di chiamarsi fuori dall'azione (c.d. *apatia razionale*). Pertanto, in seguito all'ammissione dell'azione, i proponenti si trovano a rappresentare un numero elevatissimo di consumatori con un valore aggregato delle rispettive pretese enorme (spesso nell'ordine di miliardi di dollari).

Inoltre, negli Usa è relativamente facile e poco rischioso promuovere un'azione di classe infondata. Da una parte, il giudice non è autorizzato a effettuare un controllo preliminare sulla non manifesta infondatezza dell'azione. Dall'altra parte, il proponente che abbia promosso un'azione di classe infondata non può essere condannato a risarcire le spese legali sostenute dalla controparte. A questo si aggiunga, che già per effetto dell'ammissione dell'azione, le imprese convenute sono costrette ad affrontare costi molto elevati. Infatti, i proponenti possono chiedere al giudice di ordinare alle imprese convenute di esibire in giudizio documenti aziendali quasi senza limitazione alcuna (c.d. *discovery*). Peraltro, i costi legati all'esibizione di documenti aziendali (quali tutte le email scambiate in un certo periodo tra tutti i suoi dipendenti apicali) aumentano in misura direttamente proporzionale alla dimensione dell'impresa.

Per quanto riguarda poi le azioni di classe antitrust, le imprese che hanno partecipato alla violazione sono condannate a pagare danni multipli pari a tre volte l'ammontare del danno effettivamente causato (c.d. *treble damages*). Inoltre, sussistendo la responsabilità solidale di tutte le imprese che hanno partecipato alla violazione, ogni impresa può essere condannata a risarcire

tre volte tutto il danno causato dalla violazione antitrust. Tuttavia, l'impresa condannata a pagare non ha diritto di regresso nei confronti delle altre imprese che, pur avendo partecipato alla violazione, siano rimaste estranee al processo.

Per l'effetto combinato di tutte queste regole, sostanziali e processuali, alcune delle quali sono caratteristiche del solo sistema giudiziale americano, i proponenti hanno a disposizione un micidiale strumento di pressione nei confronti delle imprese, il quale può essere utilizzato indipendentemente dalla fondatezza dell'azione. Si comprende quindi che la grandissima maggioranza delle azioni di classe promosse negli Usa si chiudano con un accordo stragiudiziale tra proponenti e imprese convenute all'indomani della loro ammissione, spesso indipendentemente dalla loro fondatezza. Già la sola ammissione dell'azione comporta costi elevatissimi per le imprese convenute. Inoltre, l'eventuale condanna avrebbe effetti catastrofici per le stesse imprese.

L'azione di classe introdotta in Italia

Diversamente, l'azione di classe introdotta in Italia non costituisce una minaccia per le imprese. Anzi, come vedremo, essa ha il difetto opposto rispetto a quella americana, di accordare una tutela davvero poco efficace a favore dei diritti dei consumatori.

In Italia qualunque consumatore può proporre un'azione di classe direttamente o dando mandato a un'associazione di consumatori o a un comitato costituito *ad hoc*. Il giudice prima di ammettere l'azione deve verificare tra gli altri presupposti che l'azione non sia manifestamente infondata. In caso affermativo l'azione viene dichiarata inammissibile e i proponenti (o le associazioni cui è stato dato il mandato) possono essere condannati a risarcire le spese legali sostenute dalle imprese convenute ed eventualmente anche il danno ulteriore (per esempio, il danno all'immagine commerciale). Se, invece, la domanda è dichiarata ammissibile, il giudice fissa un termine entro il quale i proponenti devono dare pubblicità all'iniziativa giudiziale e un termine ulteriore entro il quale tutti i consumatori che si trovano in una posizione omogenea rispetto ai proponenti possono aderire all'azione (c.d. *opt in*). Per esempio, possono aderire a un'azione di classe antitrust tutti i consumatori che hanno subito un danno a causa di una stessa intesa restrittiva della concorrenza. Inoltre, i consumatori interessati ad aderire all'azione devono dare la prova dell'acquisto, per esempio allegando alla domanda di adesione la ricevuta dell'acquisto del prodotto interessato dalla violazione antitrust.

Siccome il danno antitrust subito da ogni consumatore è normalmente di scarsa entità, il numero di consumatori interessato ad aderire all'azione di classe non è di regola molto elevato. Le associazioni di consumatori che hanno promosso l'azione hanno, quindi, l'onere di sollecitare le adesioni affinché

l'iniziativa abbia successo. Nelle azioni di classe *opt in*, come quella italiana, diversamente da quanto accade nelle azioni di classe *opt out*, l'apatia razionale dei consumatori gioca contro la formazione di una classe sufficientemente numerosa. A questo si aggiunga che in Italia non sono disponibili i danni punitivi o i danni multipli, esistono limiti molto rigorosi alla possibilità di chiedere al giudice di ordinare l'esibizione di documenti aziendali, nel caso in cui le imprese siano condannate in solido, l'impresa che ha pagato ha diritto di regresso nei confronti delle altre imprese che hanno partecipato all'azione, e infine nel caso in cui la domanda sia respinta perché infondata (o come si è visto sia dichiarata inammissibile perché manifestamente infondata) i proponenti possono essere condannati a risarcire le spese legali sostenute dalle imprese convenute.

I limiti dell'azione di classe italiana

Per queste ragioni, l'azione di classe italiana, pur rappresentando un progresso rispetto al passato, è scarsamente efficace. Per quanto riguarda il danno antitrust, essa può essere utilmente promossa solamente quando il danno individuale sia sufficientemente elevato da indurre un numero adeguato di consumatori ad aderire all'azione e quando i consumatori danneggiati abbiano conservato una prova dell'acquisto. Si prenda per esempio il cartello sul mercato della pasta. L'Agcm ha accertato l'esistenza di un cartello tra i maggiori produttori italiani di pasta (Barilla, De Cecco ecc.).⁹ Tuttavia, nessuna azione di classe avrebbe potuto essere proposta per consentire ai consumatori di ottenere il risarcimento del danno ingiusto subito. Per quanto gli italiani siano notoriamente grandi consumatori di pasta, il danno individuale subito da ciascuno non è sufficientemente elevato. Inoltre, e soprattutto, i consumatori non conservano gli scontrini degli acquisti di prodotti di largo consumo, quali i prodotti alimentari.

Come si è detto, invece, un'azione di classe è stata promossa nei confronti delle compagnie dei traghetti per la sospetta intesa sulle rotte che collegano il Nord della Sardegna con il continente. In questo caso, il danno individuale è stato sufficientemente elevato da indurre un numero significativo di consumatori ad aderire all'azione. Inoltre, e soprattutto, i consumatori sono in grado di dimostrare l'acquisto del servizio interessato dall'intesa, dal momento che molti conservano una copia elettronica del biglietto che viene spedita per email dalle agenzie di viaggio o direttamente dalle compagnie dei traghetti.

⁹ Agcm, provvedimento n. 19562 del 25/02/2009.

Le azioni collettive proposte dalla Commissione europea

Un'azione di classe *opt in* simile a quella introdotta in Italia non è, quindi, sufficiente a garantire che tutti i consumatori riescano a ottenere il risarcimento del danno subito a causa di una violazione antitrust. Per questa ragione, la Commissione europea nel Libro bianco sulle azioni per il risarcimento del danno ha proposto di introdurre due diversi tipi di azioni collettive: una di gruppo e una rappresentativa.¹⁰ L'azione di gruppo è del tutto simile all'azione di classe italiana. Essa può essere proposta da due o più soggetti che abbiano sofferto un danno a causa di una violazione del diritto antitrust comunitario. Il giudice può autorizzare altri soggetti che abbiano subito un danno a causa della stessa violazione ad aderire all'azione. L'azione rappresentativa, invece, costituisce un'assoluta novità rispetto al panorama italiano. Essa può essere promossa solamente dalle associazioni maggiormente rappresentative nell'interesse di tutti i membri della classe. Inoltre, la decisione che definisce il giudizio vincola tutti i membri della classe eccetto quelli che si sono chiamati fuori dall'azione. Come si vede l'azione rappresentativa è simile all'azione di classe americana (*opt out*). Tuttavia, essa se ne distingue perché non può essere promossa da chiunque, ma solamente da alcuni soggetti che siano stati accreditati da un organismo pubblico e che siano sottoposti a un continuo monitoraggio della loro attività. Inoltre, e soprattutto, è diverso il contesto giuridico in cui si inserirebbe questa azione rappresentativa. Infatti, il diritto europeo del risarcimento del danno antitrust, così come prefigurato nel Libro bianco, sarebbe molto diverso da quello americano. Non ci sono i danni punitivi. La responsabilità delle imprese che hanno partecipato all'intesa è solidale, ma con diritto di regresso. Infine, la *discovery* è ammessa, ma entro limiti ben definiti, proprio per evitare possibili abusi.

Conclusioni

In conclusione si può dire che l'azione di classe italiana certamente rappresenta un progresso rispetto al passato sotto il profilo del *private enforcement* del diritto antitrust. Tuttavia, essa non sarà disponibile di fatto per molte gravi violazioni. Affinché il diritto dei consumatori a ottenere il risarcimento del danno sia tutelato in modo veramente efficace, bisognerà attendere l'entrata in vigore delle nuove azioni collettive proposte dalla Commissione europea, in modo particolare di quella rappresentativa che potrà essere inoltrata dalle associazioni maggiormente rappresentative per conto di tutti i consumatori vittime di una stessa violazione antitrust.

¹⁰ Commissione Ce, Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme

antitrust comunitarie, Bruxelles, 2/04/2008.

Riferimenti bibliografici

- Afferni, G., "La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario", in *Concorrenza e mercato*, vol. XVI (2008), 2009, p. 494.
- Afferni, G., "Azione di classe e danno antitrust", in *Mercato concorrenza e regole*, 2010, p. 491.
- Assonime, Circolare n. 38/2009, La nuova disciplina dell'azione di classe.
- Benacchio, G.A., Carpagnano, M., *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Cedam, Padova, 2009.
- Fiorio, P., "L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori", in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di Demarchi, P. G., Zanichelli, Bologna, 2010, p. 487.
- Libertini, M., "L'applicazione delle norme antitrust europee da parte dei giudici nazionali", in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo, C., Mazzamuto, S., vol. III, Milano, Giuffrè, 2007, p. 367.
- Menchini, S., Motto, A., "L'azione di classe dell'art. 140 bis c. cons.", in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, p. 1413.
- Nicita, A., "Consumatori, antitrust e risarcimento del danno. Le prospettive del Libro bianco Ce" in *Consumatori, diritti e mercato*, n. 2/2008, p. 48.
- Pardolesi, R., "La quantificazione del danno antitrust", in *Poteri e garanzie nel diritto antitrust. L'esperienza americana nel sistema della modernizzazione*, a cura di Bruzzone, G., Il Mulino, Bologna, 2008, p. 199.
- Prosperetti, L., Pani, E., Tomasi, I., *Il danno antitrust - Una prospettiva economica*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- Siragusa, M., Ferdinando Emanuele, C., D'Ostuni, M., "La responsabilità civile in materia antitrust", in *Codice ipertestuale della responsabilità civile*, II, Utet, Torino, 2008, p. 1261.