



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

**MASTER UNIVERSITARIO DI II LIVELLO IN “DIRITTO
PRIVATO EUROPEO”**

DIRETTORE: PROF. GUIDO ALPA

I DANNI PUNITIVI COME TUTELA DEI CONSUMATORI NEL
MERCATO DELLA CONCORRENZA ALLA LUCE DEL CASO
MANFREDI

RAUL ADOLFO QUICO PILCO

A.A. 2017/2018

I danni punitivi come tutela dei consumatori nel mercato della concorrenza alla luce del caso *Manfredi*

Raúl Adolfo Quico Pilco

Sommario: 1.— Introduzione; 2.—L'istituto giuridico dei danni punitivi; 2.1.—I danni punitivi dalla responsabilità civile e il risarcimento del danno; 2.2.—(Segue); 2.3.—La pena privata come fondamento dei danni punitivi; 2.4.—Il risarcimento compensativo e la sanzione civile; 2.5.—Cosa sono i danni punitivi?; 2.6.—(Segue); 2.7.—I danni punitivi nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea; 2.8.—(Segue); 3.—I danni punitivi alla luce del caso *Manfredi*; 3.1.—Fatti della causa principale e le questioni pregiudiziali; 3.2.—La delimitazione della fattispecie concorrenziale dell'Unione europea e il suo effetto deterrente; 3.3.—La azione per il risarcimento del danno antitrust e la funzione deterrente della responsabilità civile; 3.4.—(Segue); 3.5.—La Corte di Giustizia sul risarcimento punitivo antitrust; 3.6.—Verso il riconoscimento normativo del risarcimento punitivo antitrust; 3.7.—Il risarcimento punitivo antitrust e il public e private enforcement; 4.—La fattispecie del risarcimento punitivo antitrust e la tutela dei consumatori; 4.1.—L'azione per il risarcimento del danno come presupposto della fattispecie del risarcimento punitivo antitrust; 4.2.—La quantificazione del risarcimento punitivo antitrust; 5.—Conclusioni; 6.—Bibliografia.

1.— Introduzione

Non vi è nessun dubbio con l'introduzione dei danni punitivi nel *Civil law*, la responsabilità civile sarà in espansione¹ sotto i profili dei nuovi interessi protetti², il *quantum* risarcitorio, sulle sue funzioni ed anche sulle obbligazioni risarcitorie e/o sanzionatorie che il danneggiante può avere.

Pensiamo che il risarcimento del danno non possa essere l'unica forma di tutela in caso di subire un danno, soprattutto quando il danno ingiusto cagionato da una condotta illecita particolarmente è altamente riprovevole e ha un costo sociale superiore a quelli individuali e quindi la tutela risarcitoria del danno non può spiegare il suo idoneo effetto deterrente³ e preventivo. A questo punto nasce l'inquietudine se la risposta possibile sia la «tutela sanzionatoria»⁴ sotto il profilo di risarcimento punitivo oppure l'ampliamento

¹ P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, pp. 5-6. Tuttavia alla responsabilità civile si assomiglia a una parabola, ora si troverebbe in una fase discendente, come opina F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003, pp. 134-136.

² Ad esempio, per tutelare i diritti e interessi dei consumatori dell'Unione europea.

³ P. GALLO, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁴ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2003, pp. 65-69:

della «tutela risarcitoria del danno»⁵. Allora, in quel caso, i danni punitivi sarebbero proprio una sanzione oppure una soluzione l'ampliamento della tutela risarcitoria del danno, ovverosia se il danneggiante ha degli obblighi risarcitori del danno piuttosto della sua condotta illecita.

Il nostro scopo è stato anche direzionato a stabilire se il risarcimento del danno ha un vero effetto deterrente e preventivo senza ricorrere alla pena, così potere differenziarlo dal risarcimento punitivo.

Il risarcimento punitivo punisce una condotta illecita del danneggiante, tuttavia si pensa che esso sia un istituto giuridico che serve a liquidare il danno subito dal danneggiato dato che l'ammontare del danno sarebbe inferiore al vantaggio ottenuto dal danneggiante della sua condotta illecita. Quindi si guarda il risarcimento punitivo come un'istituzione per quantificare il danno, però dopo vedremo che questo non è così⁶.

Alla luce del caso *Manfredi*, la Corte di Giustizia introduce a livello giurisprudenziale il riconoscimento ai consumatori l'azione per il risarcimento del danno da violazioni del diritto della concorrenza davanti al giudice nazionale (c.d. *private enforcement*); indica anche che il risarcimento punitivo può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza. Quindi il dibattito deve svilupparsi se l'azione di risarcimento del c.d. *private enforcement* ha un effetto deterrente e preventivo senza dipendere della pena e pure se qua si può anche concedere il risarcimento punitivo *antitrust* anche se non è riconosciuto dal legislatore (Direttiva 2014/104 UE), ma senza nessuna incompatibilità con l'effetto deterrente e preventivo che hanno le sanzioni della Commissione europea e le autorità garanti nazionali (c.d. *public enforcement*).

Infine, il risarcimento punitivo *antitrust* è un rimedio contro qualsiasi condotta illecita anticoncorrenziale grave oppure deve essere un rimedio contro una condotta illecita anticoncorrenziale particolarmente riprovevole?

2.—L'istituto giuridico dei danni punitivi

2.1.—I danni punitivi dalla responsabilità civile e il risarcimento del danno

⁵ E. GUERINONI, *La nozione generale de danno*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile, Il danno in generale*, 1, Torino, 2005, p. 59: «Nel corso degli ultimi decenni, il problema della responsabilità civile si è progressivamente identificato, in parte in forme del tutto inconsapevoli, con la questione relativa all'ampliamento dell'area di azione della tutela risarcitoria e, dunque, con la nozione di danno».

⁶ Con i danni punitivi non ci dobbiamo concentrare sulla quantificazione del danno anzi sulla quantificazione da una condotta illecita particolarmente riprovevole. Pure quello che dobbiamo superare è se i danni punitivi sono delle istituzioni giuridiche che servono a liquidare il danno subito dal danneggiato.

Come punto di partenza, per capire meglio, i *punitive damages* sono proprio un istituto giuridico che riconosce al danneggiato un «risarcimento punitivo» di una condotta particolarmente riprovevole del danneggiante e non sono una compensazione del pregiudizio subito dal danneggiato⁷, cioè non cerca di risarcire il danno⁸. Detto questo, nel nostro sistema la responsabilità civile ha come oggetto⁹ l'obbligo di risarcire i danni (artt. 1173 e 2043) derivante dall'illecito civile (contrattuale o extracontrattuale) e «deve coprire tutto il danno cagionato ma non può oltre passarlo»¹⁰, così tende a eliminare le conseguenze del danno subito dal danneggiato.

⁷ A. MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in *Dir. civ. cont.*, 2 febbraio 2017; G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 1, pp. 435 e ss.; E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2007, pp. 383 e ss.

⁸ Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183: «Nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive».

⁹ Cfr. G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, pp. 67 e ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, pp. 43 e ss.; L. VIOLA, *La responsabilità civile in genere*, in *Responsabilità civile ed il danno*, 1, Macerata, 2007, p. 17; C. M. BIANCA, *La responsabilità*, 5, Milano, 1994, p. 584.

¹⁰ F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *op. cit.*, p. 34.

Tradizionalmente¹¹ si ritiene che «*la funzione principale del risarcimento del danno*¹² è quella di compensare la vittima dell'illecito» cagionato dal danneggiante, rimettendo al danneggiato nella stessa posizione giuridica in cui era prima dell'evento dannoso e assicurando l'integralità della riparazione del danno, la cui costituisce i danni effettivamente subiti (*quantum*) e riparato in modo equivalente. Questa nozione detta così si riferisce al «*risarcimento compensativo*» (*compensatory damages*), in cui il concetto di «*risarcimento punitivo*» non è localizzato, perché è proprio di una funzione punitiva della responsabilità civile.

Dunque, possiamo concludere, la responsabilità civile moderna ha come ruolo centrale la tutela della vittima del danno come un valore primario, intorno al quale gira la sua disciplina e le sue funzioni¹³, perciò ha solo come oggetto l'obbligo di risarcire il danno e non piuttosto una condotta particolarmente riprovevole del danneggiante. In altre parole, nel nostro sistema di responsabilità civile, il danneggiante è chiamato a rispondere civilmente dell'evento dannoso ed economicamente valutato¹⁴ (*risarcimento compensativo*) però non di una condotta particolarmente riprovevole che ne causa (*risarcimento punitivo*). Insomma, con l'introduzione dei danni punitivi, l'obbligo di risarcire non deve unicamente partire dall'illecito civile

¹¹ Il Risarcimento è definito il pago di una somma di denaro equivalente o specifica al danno subito, C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 111; A. DE CUPIS, *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, 2, Milano, 1970, p. 212. Quanto alla tutela risarcitoria, A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 50: «è diretta a compensare il soggetto del bene e/o utilità che esso ha perduto»; F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *op. cit.*, p. 237; F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, p. 276; E. GUERINONI, *La nozione generale di danno, cit.*, pp. 80-81: «Esso ha dunque una funzione riparatoria e pertanto non mira principalmente alla punizione del danneggiante, quanto soddisfare il danneggiato». Anche A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 51: «la tutela risarcitoria, perché diretta a garantire una soddisfazione per equivalente attraverso la compensazione della perdita che il soggetto ha subito». C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 1998, p. 29: «l'attore riceverà nulla di meno, e nulla di più, della perdita da lui subita». Da tante regole di determinazione del danno risarcibile, C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 127: «A base di tutte queste regole sta il principio del danno effettivo: l'obbligo del risarcimento deve adeguarsi al danno effettivamente subito dal credito, il quale non deve ricevere né più né meno di quanto necessario a rimuovere gli effetti economici negativi dell'inadempimento o dell'illecito». A. GALLO, *op. cit.*, p. 16, afferma: «Il risarcimento non deve superare in danni effettivamente subiti»; G. ALPA, *op. cit.*, pp. 266 e ss.

¹² E. GUERINONI, *La nozione generale di danno, cit.*, p. 55: Il danno è concepito «non più come perdita economica ma come lesione di un interesse meritevole di tutela». Secondo C. M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 112-114: «Il significato del danno si specifica in tre distinte nozioni. ... come *evento lesivo* ... come *effetto economico negativo* ... come la *liquidazione pecuniaria* dell'effetto economico negativo».

¹³ C. SALVI, *op. cit.*, pp. 16-17, cioè tutto è intorno alla vittima o danneggiato e al danno.

¹⁴ E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia, cit.*, p. 384.

che cagiona il danno, come un'eccezione deve anche partire da una condotta particolarmente riprovevole che cagiona l'illecito civile¹⁵.

2.2.—(Segue): Nel diritto continentale, la responsabilità civile ha attraversato un processo di trasformazione¹⁶, da una responsabilità afflittiva e penale¹⁷ (sanzionatoria) a una riparatoria (risarcitoria)¹⁸; invece la figura è diversa nel *common law*¹⁹. Quindi, con l'accettazione dei danni punitivi nel *Civil law*, la responsabilità civile non solo sarebbe compensativa, ma anche, come un'eccezione, diventerebbe di nuovo sanzionatoria²⁰ però più esplicitamente punitiva-deterrente. Comunque, ci dobbiamo fare le seguenti domande, quali sono le funzioni della responsabilità civile e se la responsabilità civile è unifunzionale o polifunzionale.

La gran parte della dottrina ritiene che la responsabilità civile ha come funzioni tipiche²¹ la riparatoria, la compensativa, la punitiva²² e la deterrente. Così, possiamo dire che nelle prime due è il *risarcimento compensativo* e nelle ultime è il *risarcimento punitivo*. Inoltre, la funzione compensativa-riparatoria cerca di tutelare il danno cagionato alla vittima, mentre la funzione punitiva-deterrente cerca di controllare e prevenire la condotta del danneggiante²³. Quindi, con l'estensione della funzione della responsabilità

¹⁵ M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, 1, Milano, 2010, pp. 9 e ss.

¹⁶ Da un carattere sanzionatorio e penale a un carattere riparatorio-risarcitorio, A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 261; C. SALVI, *op. cit.*, p. 11; P. GALLO, *op. cit.*, pp. 37-46; A. DE CUPIS, *op. cit.*, pp. 213-215; F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *op. cit.*, pp. 236 e ss.

¹⁷ P. GALLO, *op. cit.*, pp. 37-39: «Si parte dal diritto romano delle origini nel quale la responsabilità civile era concepita in primo luogo come strumento sanzionatorio per la tutela di situazioni giuridiche rilevanti e la funzione principale della responsabilità civile non era tanto quello di risarcire la persona offesa quanto quelle di punire il responsabile della lesione». Cfr. P. VOICI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, pp. 6-13.

¹⁸ C. SALVI, *op. cit.*, p. 11.

¹⁹ P. GALLO, *op. cit.*, p. 38: «Piuttosto diversa appare invece sotto questo profilo la situazione nel diritto comune angloamericano dove i profili sanzionatori della responsabilità civile non sono mai scomparsi del tutto. A questo si aggiunge che, ..., negli ultimi tempi soprattutto negli Stati Uniti vi è stata una massiccia riscoperta dei danni punitivi».

²⁰ In questa prospettiva attuale dell'introduzione dei danni punitivi nel diritto P. GALLO, *op. cit.*, p. 185, ci dice che «l'esistenza di questa duplice funzione risarcitoria e sanzionatoria della responsabilità civile, ci permette altresì di conciliare la presenza delle pene private in regimi caratterizzati dalla responsabilità oggettiva». Afferma questo, poiché i danni punitivi hanno carattere soggettivo e si richiedono di *malice e recklessness*.

²¹ E. GUERINONI, *La nozione generale de danno*, *cit.*, pp. 57-59; P.G. MONATERI, *Le funzioni del risarcimento*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile, Il danno in generale*, 1, Torino, 2005, pp. 167 e ss.; G. ALPA, *op. cit.*, pp. 289 e ss.

²² Particolarmente preferisco chiamare funzione punitiva e non funzione sanzionatoria, perché quest'ultima ha un profilo generico.

²³ G. ALPA, *op. cit.*, pp. 291.

civile a punitiva-deterrente, i danni punitivi devono ritenersi «come una tecnica di controllo del comportamento individuale»²⁴ oppure «come una tecnica di prevenzione di eventi lesivi»²⁵.

2.3.—La pena privata come fondamento dei danni punitivi

La pena privata²⁶ è una sanzione civile di natura punitiva, l'elemento qualificante della sua nozione «è costituito dal riconoscimento del suo carattere preventivo, repressivo o senz'altro afflittivo»²⁷. Ha come elementi principali la «pena»²⁸ e la «prevenzione»²⁹. Si dice³⁰ che può essere legale, convenzionale³¹ e giudiziale³².

²⁴ Cfr. G. ALPA, *op. cit.*, pp. 31 e ss.: Insomma, è importante stabilire se la responsabilità civile come punitiva-deterrente debba trattarsi come una giustizia correttiva o distributiva, anche se parla di giustizia retributiva o commutativa, ovvio, d'accordo ai valori dell'Unione Europea e del sistema continentale.

²⁵ Pensiamo che lo scopo principale della funzione punitiva-deterrente della responsabilità civile dei *punitive damages* sia dissuadere condotte degli individui e prevenire eventi lesivi o rischiosi, il che si adegua meglio nel sistema continentale, R. SIMONE, Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi, in *Questione giustizia*, 1, 2018, pp. 136 e ss.

²⁶ P. VOICI, *op. cit.*, p. 13; P. GALLO, *op. cit.*, pp. 33 e 173 e ss.: «pena privata in senso stretto, ovvero dell'imposizione dell'obbligo di pagare somme di denaro comminate a titolo di sanzione»; C.M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 253-258: sanzione punitiva; F. GALGANO, *Regolamenti contrattuale e pene private*, in *Contratto e impresa*, Padova, 2001, pp. 509 e ss.; M. L. HUGUENEY, *La peine privèee en droit actuel*, Paris, 1906, pp. 3 e ss.; F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *op. cit.*, pp. 235-236; E. GUERINONI, *Pene private e danni punitivi*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile, Aspetti processuali e applicativi*, 3, Torino, 2005, pp. 93 e ss.; G. PONZANELLI, *I punitive damages, il caso Texaco e il diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 1987, pp. 405-406.

²⁷ C. M. BIANCA, *Riflessioni sulla pena privata*, cit., p. 408.

²⁸ P. VOICI, *op. cit.*, p. 10: «Le caratteristiche della pena privata vanno classificate secondo due ordini di idee: da un lato, la pena è un istituto di diritto privato, e non può, quindi, fare a meno di partecipare della struttura di tutti gli istituti privatistici: dall'altro, essa è rivolta essenzialmente all'afflizione del colpevole, e da questa funzione segue una particolare struttura».

²⁹ Cfr. S. MAZZARESE, *Clausola penale e pena privata*, in *Le pene private*, Milano, 1985, p. 260 e U. MAJELLO, *Pena privata e responsabilità civile*, in *Le pene private*, cit., p. 331,

³⁰ P. GALLO, *op. cit.*, p. 33.

³¹ Cfr. A. ZOPPINI, *op. cit.*; si pensa ad esempio alla clausola penale (art. 1382 c.c.), ma non tutti sono di accordo, C. M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 127-128 e 255, afferma che «la clausola penale è infatti una forma di liquidazione forfettaria del danno che non si presta a legittimare effetti punitivi a carico dell'inadempimento».

³² A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 309: Mette l'esempio i *punitive damages*. Anche, la dottrina tedesca ritiene che i *punitive damages* «configurino un'ipotesi di pena privata giudiziale» E.

La dottrina ha sostenuto «*all'espressione pena privata vengono attribuiti molteplici significati*»³³ e ha un'applicazione orizzontale nel diritto privato, quindi delimitando il presente commento, è concepita come una sanzione civile economica punitiva-deterrente che impone al danneggiante l'obbligo di pagare una somma di denaro in forza di una potestà punitiva e mira ad affliggergli nel suo patrimonio, in più funge da deterrente con lo scopo di prevenire future lesioni o pregiudizi³⁴. In riferimento ai danni punitivi, la pena privata sanzionerà la condotta del danneggiante tramite il risarcimento punitivo.

La pena privata è contraria al risarcimento compensativo³⁵, soprattutto della tutela penale³⁶. Come abbiamo già detto, è una sanzione ma di tipo «civile» e questa ha un profilo generico, quindi non tutte le sanzioni civili devono intendersi come una pena privata³⁷, perché non tutte le «sanzioni» (genere) sono una «pena» (specie), cioè deve avere una funzione punitiva-deterrente e se non ce l'ha quindi «*si può parlare di sanzione civile come sanzione legale distinta da quella penale, ma non di pena privata*»³⁸. La sanzione civile affinché abbia una funzione punitiva-deterrente e la si riconosca come pena, deve essere regolata sulla base del principio di legalità

D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, cit., p. 390.

³³ F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *op. cit.*, p. 235. Tuttavia, per quanto riguarda la sua ammissibilità, ci sono posizioni che lo ammettono e altri si oppongono, F. GALGANO, *Regolamenti contrattuale e pene private*, cit., p. 512.

³⁴ Si pensa, anche, che possa prevenire la trasgressione di un precetto, F. GALGANO, *Regolamenti contrattuale e pene private*, cit., p. 512.

³⁵ F. GALGANO, *Regolamenti contrattuali e pene private*, cit., p. 509: «Che nella specie si tratta di «pene», ossia di misure non più risarcitorie, bensì afflittive».

³⁶ P. GALLO, *op. cit.*, pp. 27-28: «Per rendere auspicabile l'impiego delle pene private occorre dunque il verificarsi di un duplice ordine di condizioni: a) deve trattarsi di fattispecie in cui il mero risarcimento del danno non deve essere sufficiente; b) deve inoltre trattarsi di fattispecie in cui il ricorso alla tutela penale potrebbe apparire eccessivo». La pena privata è diversa dalla pena pubblica, M. L. HUGUENEY, *op. cit.*, p. 21; M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 10.

³⁷ Al riguardo vi è un dibattito in contra e a favore. Ad esempio, V. ZENO-ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani*, in *Le pene private*, cit., p. 377, afferma che «l'elemento «pena» è comune a tutte le sanzioni previste dall'ordinamento e quindi legittimamente e necessariamente è rinvenibile anche nelle risposte agli illeciti contrattuali ed extracontrattuali». Pure, per evitare che il concetto di sanzione diventi generico, A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 66: «finendo così con l'accomunare del tutto cioè che può definirsi rimedio contro un torto ricevuto, occorre adoperarsi per individuare i connotati caratterizzanti». La funzione sanzionatoria si può trovare in caso di violazione di una norma imperativa, ad esempio la nullità, la risoluzione del contratto per inadempimento, P. GALLO, *op. cit.*, p. 33; C. M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 256-257; A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 216; P. VOCI, *op. cit.*, pp. 6-13: «Le sanzioni dell'atto illecito sono, in diritto romano come in diritto moderno, assai numerose».

³⁸ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 257.

e irrogata in forza di un potere in contrasto con il principio di parità reciproca³⁹.

Per concludere, i danni punitivi hanno bisogno della «pena» per essere una pena privata, senza essa non si può proprio parlare di un risarcimento punitivo, forma parte della loro personalità.

2.4.—Il risarcimento compensativo e la sanzione civile

La dottrina si chiede se sia possibile attribuire una natura sanzionatoria al risarcimento⁴⁰. A favore si può dire che il risarcimento compensativo ha una funzione sanzionatoria identificata «*sulla base del fatto che fa derivare conseguenze sfavorevoli per il soggetto nei riguardi del quale la fattispecie prevista si realizza*»⁴¹, tuttavia non di natura punitiva (afflittiva o deterrente), dato che la pena è uno strano concetto per il risarcimento compensativo⁴².

³⁹ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 127. Inoltre, come un modo di riconoscere la pena si deve creare un'istituzione giuridica propria nell'ambito del diritto privato come l'hanno fatto i romani, P. VOCI, *op. cit.*, p. 9: «Il diritto romano non limita l'uso dei termini *poena*, punire, e derivati, alla pena in senso tecnico, ma la estende, se si può dire, a ogni figura di sanzione. Ciò non deve condurre a una estensione del concetto tecnico di pena: esiste un termine tecnico presso i Romani, e questo è *actio poenalis*. C'è, dunque, un criterio formale sicuro: la poena vera y propria non può essere irrogata se non per via dell'*actio poenalis*. Dove non si trova un'*actio poenalis*, ci sarà, genericamente, una sanzione, ma non una pena».

⁴⁰ Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Estratto dagli Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, pp. 3 e ss.; A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 105; A. DE CUPIS, *op. cit.*, pp. 216-218, ha affermato che il risarcimento «è rimedio sanzionatorio, atto a restaurare l'ordine giuridico alterato»; A. DI MAJO, *op. cit.*, pp. 173-176. Penso che sia più preciso chiedersi se il risarcimento del danno possa essere punitivo piuttosto che sanzionatorio in senso generico.

⁴¹ A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 108; A. DE CUPIS, *op. cit.*, pp.16-20: «Parlando di sanzione risarcitoria, si può designare, altre che la proposizione normativa racchiudente la minaccia del risarcimento a carico del responsabile, altresì l'oggetto della stessa proposizione normativa, vale a dire il risarcimento astrattamente posto a carico del responsabile»; W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, cit., p. 4, dice che «Infatti la sanzione, concepita unitariamente, non è altro che il *rimedio all'antigiuridicità di un umano comportamento*, cioè al verificarsi di un torto, di un comportamento contrario a quello che la norma giuridica prevede o impone».

⁴² Cfr. C. SALVI, *op. cit.*, p. 29; F. GALGANO, *Regolamenti contrattuali e pene private*, cit., p. 512: «Si può così escludere che la sanzione abbia natura risarcitoria, di reintegrazione del diritto leso, mentre emerge la sua funzione puramente afflittiva, e perciò penale, al pari di ogni altra avente pena la funzione di deterrente atto a prevenire la trasgressione di un precetto». Anche, A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 311: «l'imposizione di una pena si vuole rendere effettiva la tutela di interessi privati. Il carattere sanzionatorio emerge in maniera nitida dalla finalità preventiva e repressiva dei rimedi illustrati all'illecito e non al danno che si è causato e in questo modo vogliono evitare il compimento o l'iterazione di un atto antigiuridico».

Come un modo per differenziare⁴³, «*la pena, contrariamente al risarcimento, non si pone come rimedio alle conseguenze dannose dell'illecito, ma piuttosto vuole ristabilire un equilibrio etico-sociale violato*»⁴⁴; mentre l'altro ha il compito di restaurare in modo equivalente i pregiudizi o i danni arrecati al danneggiato e non quella d'imporre una sanzione afflittiva o fungere da deterrente⁴⁵. Allora nella responsabilità civile il risarcimento compensativo e la pena hanno funzioni diverse quindi quando la pena viene aggiunta al «risarcimento»⁴⁶, quest'ultimo diventa un risarcimento punitivo e smette di essere compensativo, che è proprio i c.d. danni punitivi, e ovvio cambia la sua funzione. Tuttavia, il risarcimento compensativo e il risarcimento punitivo sono collegati dall'illecito civile.

2.5.—Cosa sono i danni punitivi?

I danni punitivi⁴⁷ o *punitive damages*⁴⁸ sono un istituto tipico del sistema *Common law*⁴⁹, «*usualmente ricondotti alla pena privata*⁵⁰, *nell'ambito della responsabilità extracontrattuale*»⁵¹. Sono una sanzione civile punitiva-

⁴³ Si deve differenziare tra «pena» e «risarcimento», E. GUERINONI, *La nozione generale de danno*, cit., p. 57: citando a Alpa; A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 217: La sanzione ristabilisce l'egemonia della giustizia e il risarcimento del danno ristabilisce l'equilibrio dell'interesse ingiustamente leso.

⁴⁴ A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 107; A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 66: «attaverso tecniche di tipo sanzionatorio, in sostanza, si persegue un disegno di controllo sociale delle condotte»; M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 11.

⁴⁵ A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 109; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 103. Invece, i danni punitivi sono ritenuti delle sanzioni di carattere punitiva-deterrente (pena) e non restaurano danni arrecati.

⁴⁶ G. SPOTA, *Risarcimento e sanzione*, in *Riv. Europa dir. priv.*, 2, 2018, p. 495: «il termine “risarcimento” proprio ad indicare un contenuto semantico più ampio del mero ristoro del danno subito»; M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 10.

⁴⁷ W. L. PROSSER, *The Law of Torts*, 4, *Lawyer's edition*, St. Paul, 1971, p. 9, *I punitive damages* «are given to the plaintiff over and above the full compensation for his injuries, for the purpose of **punishing** the defendant, of **teaching** him no to do again, and of **detering** others from following his example». F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *op. cit.*, pp. 238 e ss. Si ritiene che i danni punitivi, V. ZENO-ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani*, cit., pp. 375-376: «sono concessi a seguito di una condotta che appare socialmente estremamente riprovevole (evidenza dal dolo o dalla particolare negligenza del soggetto attivo) e mirano ad affliggere il trasgressore, inducendolo a non ripetere simili atti».

⁴⁸ Oppure «*exemplary damages*».

⁴⁹ I danni punitivi sono nati in Inghilterra, ma sono più applicati negli Stati Uniti G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., pp. 436 e ss.

⁵⁰ P. SALVADOR CODERCH, *Punitive damages*, in *Indret*, 01, Barcelona, 2000; G. PONZANELLI, *I punitive damages, il caso Texaco e il diritto italiano*, cit., pp. 405-406.

⁵¹ F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *op. cit.*, p. 238. Però se afferma di potere essere un'eccezione ricondotta alla responsabilità contrattuale, ad esempio l'inadempimento del

deterrente che consiste nel condannare il danneggiante al pagamento di un importo addizionale, a titolo di penalità, rispetto a quell'ammontare riconosciuto a compensare il danno effettivamente subito dal danneggiato, con lo scopo di punirlo, insegnargli e fungere da deterrente ad altri e a se stesso con lo scopo di prevenire future lesioni di interessi meritevoli di tutela. Perché la condotta illecita del danneggiante⁵² è particolarmente riprovevole, sia che abbia agito con *malice* (dolo) o *gross negligence* (colpa grave) oppure abbia creato un rischio⁵³.

Dall'ultima parte del paragrafo precedente possiamo verificare che i danni punitivi non si concentrano sul danno subito dal danneggiato altrimenti cerca di punire la condotta illecita⁵⁴ particolarmente riprovevole del danneggiante e da essa goda un vantaggio o un profitto⁵⁵ in pregiudizio del danneggiato. Dunque, i danni punitivi sono dei rimedi contro una condotta illecita particolarmente riprovevole del danneggiante e non contro il danno⁵⁶.

contratto, P. GALLO, *op. cit.*, pp. 60 e 162-165: «Tradizionalmente nel diritto angloamericano il campo d'azione dei danni punitivi è limitato al solo settore degli illeciti dolosi. Salvo pochissime eccezioni non è infatti considerato possibile ottenere i danni punitivi in materia contrattuale». Anche, V. ZENO-ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinario americani*, cit., p. 376.

⁵² V. BEHR, *Punitive damages in american and german law-tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts*, in *Priv. l. pun. dis.*, 78, 2003, p. 105: «This concept allows a plaintiff to recover punitive (exemplary) damages in addition to compensatory damages if the defendant has damaged the plaintiff "intentionally," "maliciously," "consciously," "recklessly," "willfully," "wantonly," or "oppressively"»; V. ZENO-ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinario americani*, cit., p. 383; E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, cit., p. 385.

⁵³ Negli Stati Uniti, infatti, vi è una espansione dei danni punitivi in materia di responsabilità del produttore, la quale si tratta di una responsabilità oggettiva. Ci si vede il rimedio dei danni punitivi negli Stati Uniti il loro campo d'azione non è limitato al solo settore illeciti dolosi. P. GALLO, *op. cit.*, pp. 150 e ss.; C. M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 540 e ss.; G. CALABRASI, *Riflessione sulla pena privata*, in *Le pene private*, cit., p. 218, ci afferma che «attualmente la giurisprudenza, con un piccolo trucco, tipico della *common law*, riconosce sufficiente per la concessione di *punitive damages*, il semplice fatto di aver creato un'ipotesi di responsabilità civile senza colpa»; A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 69: «L'uso di sanzioni comunque dovrebbe rendere non indifferente per i soggetti la scelta tra la lesione di un diritto (e/o l'inadempimento di un obbligo) e il rischio di risarcire il danno».

⁵⁴ In un modo per giustificare l'ammontare addizionale, John G. FLEMING, *The Law of Torts*, 9, Sydney, 1998, pp. 271-272: «Punitive or exemplary damages focus not on injury to the plaintiff but on outrageous conduct of the defendant, so as to warrant an additional sum, by way of penalty, to express the public indignation and need of deterrence or retribution».

⁵⁵ Cfr. P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimaliali*, *Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, pp. 19 e ss.; F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *op. cit.*, p. 276, afferma che «I danni punitivi vengono applicati quando nel comportamento dell'agente si riscontra dolo, malizia, ed inoltre per evitare che il responsabile dell'illecito goda del vantaggio conseguito».

⁵⁶ Pure, un'altra differenza è che i danni punitivi non fanno un giudizio valutativo specificamente dal danno piuttosto da una condotta particolarmente riprovevole che cagiona

È vero la finalità dei danni punitivi è punire la condotta illecita particolarmente riprovevole del danneggiante e non è compensare il danno subito dal danneggiato⁵⁷, dunque non producono un'obbligazione risarcitoria compensativa al responsabile, perché sono in essenza delle sanzioni civili afflittive pecuniarie (pene pecuniarie). Invece i *compensatory damages* sono inadeguati a punire⁵⁸. L'altra è fungere da deterrente per il proprio convenuto e per le altre persone che si troveranno nella stessa posizione del convenuto⁵⁹. Però in realtà, il vero scopo dei danni punitivi non è tanto il loro effetto punitivo anzi sono i loro effetti deterrente e preventivo⁶⁰ delle future lesioni meritevoli di tutela, ma li raggiungono dalla «pena» irrogata⁶¹, senza la quale non ci riusciremo.

2.6.—(Segue): Il risarcimento compensativo (del danno) è conseguenza dell'accertamento delle lesioni derivanti dalla condotta illecita; mentre il risarcimento punitivo è conseguenza dell'accertamento di una condotta illecita ma particolarmente riprovevole (*malice*) che causa le lesioni (*carattere soggettivo*)⁶². Oltre a questa differenza, uno dei presupposti della fattispecie (*carattere oggettivo*) del risarcimento punitivo è che deve verificarsi il danno ingiusto e anche questo deve essere riparato nella sua integralità (l'importo del danno e la sua effettiva verifica), cioè deve

il fatto illecito e comunque è «un fatto particolarmente grave e riprovevole» G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., pp. 438 e ss. Non vi è dubbio se un fatto illecito posto in essere con una condotta particolarmente riprovevole (*malice*) abbia dei caratteri particolari.

⁵⁷ Quello che deve essere chiaro è che la natura dei danni punitivi come figura giuridica non è compensare i danni subiti dal danneggiato, cioè i «*compensatory damages*». Quindi RLG'S LAWYERS, *What are "punitive damages"?*, disponibile sul sito <http://www.rotlaw.com/legal-library/what-are-punitive-damages/>, i *punitive damages* non si devono confondere con "*actual damages, which pay for the costs caused by the injury, nominal damages, which are a symbolic payment, or liquidated damages*".

⁵⁸ I *punitive damages* sono dei rimedi *ex post* al risarcimento compensativo (*ex ante*). Dunque le funzioni riparatoria-compensativa della responsabilità civile possono convivere con le funzioni punitiva-deterrente della responsabilità civile. A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 107: «...deriva la possibilità di operare congiuntamente».

⁵⁹ F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *op. cit.*, pp. 280 e ss.

⁶⁰ Cfr. J. M. BRODSKY, *Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores*, in *Lecciones y Ensayos*, 90, pp. 277-298; G. CALABRESI, *Riflessione sulla pena privata*, cit., p. 418; P. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 19.

⁶¹ V. ZENO-ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani*, cit., p. 380.

⁶² Anche G. PONZANELLI, *I danni punitivi nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 438, ci dice che «bisogna comunque aggiungere il requisito soggettivo e psicologico (la mala fede), che caratterizza l'azione del soggetto danneggiante»; P. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 19.

essere concesso solo in combinazione con richieste del risarcimento compensativo e non da solo⁶³.

Per finire, i danni punitivi, deve chiarirsi, non creano un altro danno, se fosse così non bisognerebbe parlare di risarcimento punitivo ma piuttosto di risarcimento compensativo. Dunque, pensiamo che sia sbagliato dire «risarcimento dei danni punitivi o del danno punitivo» solo basta dire risarcimento punitivo, neanche sono una nozione di «danni ultracompensativi»⁶⁴. Quest'ultimi sono proprio dell'espansione della maglia della tutela del risarcimento compensativo diventando ultracompensativo perché cerca di coprire, in modo effettivo, interamente la propagazione del danno subito, sarà così mentre non punisca direttamente la condotta illecita del danneggiante⁶⁵.

2.7.—I danni punitivi nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea

I danni punitivi non sono previsti da normativa comunitaria⁶⁶, tanto meno internamente. Quello che è importante osservare è la loro applicazione d'accordo con l'ordine pubblico dell'Unione Europea e che quella permetta di tutelare i consumatori. Soprattutto deve essere anche d'accordo con i principi e valori comune dell'Unione, e il rispetto le tradizioni giuridiche e principi di ogni Stato membro, quindi la coesistenza armonica tra l'ordine pubblico dell'Unione e l'ordinamento degli Stati (Art. 67, co. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE))⁶⁷.

Come si è già detto, con i danni punitivi si cerca una sanzione civile economica, che ha natura di «pena pecuniaria», di una condotta illecita particolarmente riprovevole che causa «l'illecito civile». Quello che è di opinione generale in riferimento alla *pena*, elemento principale dei *punitive damages*, si deve qualificare e stabilire legalmente, proprio espresso, la sua fattispecie dalle quale derivi la sua irrogazione. Dunque, a livello dell'Unione si devono tenere conto i parametri dei principi⁶⁸ disposti dall'art. 7, co. 1 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU), dai artt. 49 e 50 della

⁶³ E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, cit., p. 386; Cfr. H. AUF'MKOLK, *U.S. punitive damages awards before German courts – Time for a new approach*, in *Freilaw*, 11, 2017.

⁶⁴ Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico-Law dictionary*, Milano, 1984, pp. 609-610; G. SPOTA, *Risarcimento e sanzione*, cit., pp. 500-501.

⁶⁵ G. SPOTA, *Risarcimento e sanzione*, cit., p. 501, ci dice che molto spesso è usato come sinonimo dei danni punitivi il risarcimento ultracompensativo, tuttavia non sono concetti identici.

⁶⁶ G. ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016, p. 431.

⁶⁷ Art. 67: «L'unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri».

⁶⁸ Il principio di legalità (*nulla poena sine lege*) e il divieto del *ne bis in idem* (proprio sostanziale).

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE)⁶⁹. A livello nazionale⁷⁰ (prima c'era certa resistenza l'applicazione dei danni punitivi, perché erano estranei al nostro ordinamento), i principi contenuti dai artt. 25, co. 2, e 23 della Cost.

2.8.—(Segue): In Francia, quello che è importante sottolineare è l'art. 1371⁷¹ dell'*Avant-projet* di riforma del *Code civil*, perché introduce espressamente il risarcimento punitivo e stabilisce che chi abbia agito con «colpa deliberata», e in particolare con «colpa lucrativa», «cioè che mira ad ottenere una *vantaggio economico*»⁷², può essere condannato al risarcimento punitivo. In più stabilisce che la condanna di risarcimento deve essere motivata e una parte va allo Stato e l'altra al danneggiante (diverso è negli Stati Uniti, l'unico beneficiario è la parte danneggiata). Anche, l'*Avant-projet* ci fa una differenza tra il risarcimento compensativo e il risarcimento punitivo, e quest'ultimo non può costituire oggetto di un contratto di assicurazione⁷³.

⁶⁹ Questa regola, anche, figura nell'articolo 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

⁷⁰ Però, le voci delle dottrine hanno detto che l'ordinamento italiano conosce diverse ipotesi di risarcimento punitivo, A. MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, cit.; F. QUARTA, *Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto*, in *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 1, 2008, p. 758: «l'art. 96, co. 3, c.p.c.; l'art. 709 *ter* c.p.c.; gli artt. 1382, 2059 c.c., l'art. 12 l. 47/1948 (c.d. legge sulla stampa); gli artt. 158 l. 633/1941 (l.a.) e 125 d.lgs. 30/2005 (c.p.i.); l'art. 187 *undecies* d.lgs. 58/1998 (TUF); gli artt. 3-5 d.lgs. 7/2016 e così via».

Finché condanna una condotta illecita con i requisiti che abbiamo già detto, se la *ratio legis* delle norme citate sono compensare la vittima e a riparare il danno, sono un'ipotesi di un risarcimento compensativo oppure ultracompensativo.

⁷¹ P. CATALA, *Avant-Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, in *Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005*, p. 162: «L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables».

⁷² Sul vantaggio ottenuto dal danneggiante in pregiudizio del danneggiato, anche fa riferimento l'Art. VI.-6:101 (4) del *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*: «As an alternative to reinstatement under paragraph (1), but only where this is reasonable, reparation may take the form of recovery from the person accountable for the causation of the legally relevant damage of any advantage obtained by the latter in connection with causing the damage». G. WAGNER, *The Law of Torts in the DCFR*, in *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Munich, 2009, p. 267, ci dice su questo che «Hus, following the example of article 1371, the remedy of art. VI.-6:101 (4) should be limited to the intentional appropriation of the assets of another for one's own profit».

⁷³ F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *op. cit.*, pp. 281-282.

In Germania⁷⁴, in senso generale, il risarcimento punitivo è ritenuto (giurisprudenza e dottrina) una pena privata giudiziale diverso alla sanzione penale ma non in contrasto con il sistema di responsabilità tedesco, in sostanza perseguirebbe una finalità preventiva tramite la funzione sanzionatoria della responsabilità civile (contiene in se un elemento di penalità). Peraltro, secondo la dottrina tedesca il § 611a⁷⁵ del BGB contemplava un'ipotesi di risarcimento punitivo.

3.—I danni punitivi alla luce del caso *Manfredi*

3.1.—Fatti della causa principale e le questioni pregiudiziali

Il caso *Manfredi*⁷⁶ ed altri contro *Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA ed altri* trae origine dal provvedimento dell'AGCM n° 8546/00, il quale è stato parzialmente confermato dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio e dal Consiglio di Stato. Nel provvedimento citato l'AGCM si è constatato che diverse compagnie d'assicurazione (italiana e straniera), fra cui le tre imprese convenute nella causa principale, negli anni compresi tra il 1994 e il 1999, avevano posto in essere un'intensa anticoncorrenziale avente ad oggetto dello scambio d'informazioni relativo al settore assicurativo. Tale intesa aveva consentito a tali imprese di coordinare e di fissare i premi di assicurazioni RC

⁷⁴ Cfr. V. BEHR, *Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 78, 2003, pp. 105 e ss.; H. AUF'MKOLK, *U.S. punitive damages awards before German courts – Time for a new approach*, cit.; E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*; cit., pp. 389 e ss.; P. SALVADOR CODERCH, *Punitive damages*, cit.; A. JANSSEN, *The Recognition and Enforceability of US-American Punitive Damages Awards in Germany and Italy: Forever Divided?*, in *Contratto e impresa/Europa*, Milano, 2017, pp. 43 e ss.

⁷⁵ Tuttavia, H. AUF'MKOLK, *U.S. punitive damages awards before German courts – Time for a new approach*, cit.: «Labor law is another important area of non-compensatory damages in German civil law. In 1980, the German legislator included Sec. 611a into the Civil Code, after a European Community directive (1976/207/EEC) had obliged member states to take measures to prevent discrimination based on sex in the work field. After much controversy with the European Court of Justice – who found that the first version of Sec. 611a BGB did not provide for effective protection against discrimination – it was altered and the final version allowed pecuniary damages of up to three-months wages even if discrimination had taken place during the application process and no loss could be shown. Sec. 611a BGB was replaced by the General Equal Treatment Act (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, abbr. AGG) in August 2006. Sec. 15 Para. 2 AGG provides for a claim which is not limited to three-months wages if the applicant would have been employed had he not been discriminated against».

⁷⁶ Corte di giustizia, 13 luglio 2006, procedimenti riuniti da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a.*

auto in modo da imporre agli autori aumenti arbitrari dei premi non giustificati dalle condizioni del mercato e non eludibili dai consumatori.

Alla luce del provvedimento dell'AGCM, gli attori nella causa principale hanno adito il Giudice di pace di Bitonto al fine di ottenere la restituzione dei premi pagati ed il risarcimento dei danni subiti in virtù dell'intesa dichiarata illecita dall'AGCM.

Quindi, il Giudice di pace di Bitonto ha deciso di sottoporre alla Corte delle questioni pregiudiziali, tra queste figurano: 1) se un'intesa o una pratica concordata costituisce una violazione delle norme sulla tutela della concorrenza nazionale (art. 2 della l. n. 287/90) e anche dell'Unione (art. 81 TCE, attuale art. 101 TFUE): delimitazione della fattispecie concorrenziale dell'Unione europea; 2) la competenza del giudice nazionale; 3) il termine di prescrizione dell'azione del danno anticoncorrenziale; 4) la liquidazione d'ufficio sul risarcimento punitivo dal giudice nazionale al terzo danneggiato e 5) se l'art. 81, n. 2 TCE deve essere interpretato nel senso che esso legittima a un terzo portatore di un interesse giuridicamente rilevante a far valere la nullità di un'intesa o di una pratica anticoncorrenziale e a chiedere il risarcimento dei danni subiti ove sussista un nesso di causalità tra condotta anticoncorrenziale e il danno.

Su quest'ultimo, la Corte di Giustizia (punto 63) ha indicato «*nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno*»⁷⁷. Senza nessun dubbio e con certa facilità la Corte ha risolto la richiesta dal Giudice di pace di Bitonto, perché «*la nullità di un'accordo anticompetitivo abbiano efficacia erga omnes ed ex tunc e possano dunque essere fatti valere da chiunque, oltre che rilevabili d'ufficio dal giudice*»⁷⁸.

Le questioni pregiudiziali, in sostanza, hanno a che fare con il *risarcimento del danno antitrust* e il *risarcimento punitivo* della condotta anticoncorrenziale, in altre parole, trattano sul *risarcimento compensativo antitrust* e sul *risarcimento punitivo antitrust*.

3.2.—La delimitazione della fattispecie concorrenziale dell'Unione europea e il suo effetto deterrente

Anzitutto, la disciplina del diritto *antitrust* dell'Unione si trova garantita sui valori costituzionali, dall'art. 41 Cost.; dalle artt. 15, 16, 33 e 38 della Carta dei diritti fondamentali, che consentono «*agli operatori più ampia possibilità di scelta, essa conduce a un miglior sfruttamento dei loro vantaggi*

⁷⁷ Tale nullità, può essere fatta valere da chiunque, Corte di Giustizia, 25 novembre 1971, causa 22/71, *Béguelin*, punto 29; 6 febbraio 1973, causa 48/72, *Brasserie de Haecht*, punto 26; 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*, punto 22.

⁷⁸ E.A. TRITTO, *La legittimazione attiva dei privati alla pretesa risarcitoria antitrust in Europa, Italia ed America: Uno studio comparato*, in *Corso di dottorato di ricerca in Scienza giuridica*, 2013, p. 31.

competitivi»⁷⁹; anche sui valori contenuti nei Trattati⁸⁰ dell'Unione, dall'art. 3, co. 3 del Trattato UE consolidato, ove prescrive che «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela»; e su norme che tutelano il mercato e le condotte incompatibili dei suoi protagonisti nel mercato interno⁸¹ (dalle artt. 26 e ss. TFUE; dalle artt. 101 e ss. TFUE).

Allora, la disciplina del diritto *antitrust*⁸² dell'Unione cerca di garantire e proteggere il corretto funzionamento del mercato interno, ove «la concorrenza deve essere concreta, effettiva» (concorrenza *workable*), che sia tale da assicurare al proprio mercato, ai concorrenti, ai consumatori e agli altri soggetti del mercato concorrenziale il massimo benessere perseguibile, ma con fini sociali. E, pertanto, le norme a tutela della concorrenza vietano le condotte anticoncorrenziali di singoli concorrenti, ma anche dei singoli Stati, che falsificano il «gioco della concorrenza» (intese e pratiche concordate; aiuti di Stato); lo sfruttamento della posizione di debolezza o di dipendenza di soggetti concorrenti (l'abuso di posizione dominante), i quali impediscono l'effettivo funzionamento del mercato interno⁸³.

⁷⁹ A. PERA, *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 2001, p. 10. Ad esempio, nella tutela della concorrenza dobbiamo tenere conto che i consumatori hanno il «diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza» e le imprese hanno la «libertà d'iniziativa».

⁸⁰ Art. 2 Trattato della Comunità Economica Europea (TCEE): La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano.

⁸¹ Le finalità principali della regolazione del mercato che si propone l'Unione europea sono, G. ALPA, *Illecito e danno antitrust: Casi e materiali*, Torino, 2016, pp. 1-2: «La realizzazione di un mercato interno, l'edificazione di uno spazio volto ad agevolare gli scambi di beni e servizi, l'imposizione di comportamenti corretti, la prevenzione e la sanzione di abusi, il divieto di aiuti di Stato, la protezione degli interessi dei lavoratori, consumatori e delle piccole e medie imprese, dell'ambiente».

⁸² Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013, pp. 1 e ss.; R. CAPONI, *Modelli europei collettive nel processo civile: esperienza tedesca e italiana a confronto*, in *Le azioni seriali*, Pisa, 4-5 maggio 2007, pp.16 e ss.; A. PERA, *op. cit.*, pp. 7 e ss.; V. PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, in *Quaderni di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo*, 2006, pp. 7-12; G. ALPA, *op. cit.*, pp. 462 e ss.

⁸³ G. ALPA, *op. cit.*, p. 463; A. PERA, *op. cit.*, pp. 41 e ss.; E. CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust: La Direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione, Modelli a confronto*, Napoli, 2017, p. 14: Le norme della disciplina *antitrust* comunitaria comprendono quattro gruppi di condotte lesive della concorrenza e i quali sono: l'intesa (orizzontale o verticale) o la pratica restrittiva della concorrenza, l'abuso di posizione dominante di un'impresa nei confronti di altre, il controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (Regolamento (CEE) n. 4064/89 del consiglio, 21 dicembre 1989, in *Gazzetta ufficiale*, n. I. 395 del 30 dicembre 1989, p. 1) e gli aiuti di Stato.

Tuttavia, la sentenza della Corte del caso *Manfredi* ci dice (punto 40) «perché le norme comunitarie in materia di concorrenza (gli artt. 81 e 82 CE) si applichino ad un'intesa o ad una pratica abusiva occorre che quest'ultima possa pregiudicare il commercio tra Stati membri», continuando (punto 41), «in un senso che possa nuocere alla realizzazione degli scopi di un mercato unico fra gli Stati membri, in particolare isolando i mercati nazionali o modificando la struttura della concorrenza nel mercato comune»⁸⁴. Da queste affermazioni possiamo concludere, prima di tutto che la Corte delimita, in materia di disciplina della concorrenza comunitaria, il campo di applicazione del diritto dell'Unione rispetto a quello degli Stati membri, quando le condotte anticoncorrenziali incideranno sulla libertà del commercio tra Stati membri.

Anche da questa delimitazione fatta dalla Corte ci si può dedurre l'effetto deterrente e preventivo, in futuro, che cerca la tutela della concorrenza dell'Unione, il quale sarebbe che qualsiasi condotta anticoncorrenziale che possa pregiudicare «la libertà del commercio tra Stati membri» e così possa mettere in rischio «la realizzazione di un mercato unico fra Stati membri»: l'effettivo funzionamento del mercato interno. Quindi, il lavoro del giudice è verificare se, in considerazione delle caratteristiche del mercato nazionale di cui trattasi, appaia sufficientemente probabile che la condotta anticoncorrenziale in esame possa avere un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi tra Stati membri e che tale influenza non sia insignificante⁸⁵; è pure garantire l'effettiva applicazione nell'interesse generale gli artt. 101 e 102 TFUE⁸⁶.

Certamente, è opportuno dire che la disciplina del diritto della concorrenza dell'Unione «non è destinata a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale»⁸⁷, nello stesso senso la Corte di Cassazione ha manifestato che «In definitiva, poiché, come è stato scritto argutamente, la legge non si occupa dell'intesa tra i barbieri di piccolo paese, il dato quantitativo conferma che oggetto immediato della tutela della legge non è il pregiudizio del concorrente ancorché questo possa essere riparato

Corte di Giustizia, 06 settembre 2016, causa C-413/14P, *Intel*, punto 42: «Infatti, mentre l'articolo 101 TFUE vieta gli accordi o le pratiche che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza «all'interno del mercato interno», l'articolo 102 TFUE vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante «sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo»».

⁸⁴ Corte di Giustizia, 31 maggio 1979, causa 22/78, *Hugin/Commissione*, punto 17; 11 luglio 1985, causa 42/84, *Remia e ./Commissione*, punto 22; 25 ottobre 2001, causa C-47/99, *Ambulanz Glöckner*, punti 47-48.

⁸⁵ Cfr. caso *Manfredi*, cit., punti 42, 47, 51 e 52; Corte di Giustizia, 28 aprile 1998, causa C-306/96, *Javico*, punto 16.

⁸⁶ Anche le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno questo lavoro, Corte di Giustizia, 7 dicembre 2010, causa C-439/08, *Vebic*, punto 56.

⁸⁷ Corte di Giustizia, 04 giugno 2009, caso C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, punti 38 e 39.

dalla repressione dell'intesa, bensì un più generale bene giuridico»⁸⁸. Dunque, deve rivolgersi davanti al giudice nazionale solo chi allega la condotta anticoncorrenziale tenuto da un'impresa tale da ledere la struttura concorrenziale del mercato interno, ovvero sia il pregiudizio causato all'efficienza del mercato e al benessere dei consumatori⁸⁹.

Infine, l'effetto deterrente e preventivo della fattispecie della tutela della concorrenza è contro le condotte anticoncorrenziali (che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno) che lesionano l'effettivo funzionamento del mercato interno, cioè non devono pregiudicare il commercio tra Stati membri e mettere in rischio la realizzazione di un mercato unico fra Stati membri.

Pare che il sistema sia concentrato per l'effettivo funzionamento del mercato interno (l'interesse meritevole di tutela del diritto *antitrust*) e non così a risarcire il danno dell'illecito *antitrust* ai soggetti del mercato concorrenziale, tuttavia la tutela comincia da qua con lo scopo di raggiungere quello che si è detto prima.

3.3.—L'azione per il risarcimento del danno *antitrust* e la funzione deterrente della responsabilità civile

I casi *Courage* e *Manfredi* sono il fondamento dell'apertura del *private enforcement* della disciplina del diritto *antitrust* dell'Unione, significa che qualsiasi protagonista⁹⁰ del mercato della concorrenza può chiedere il

⁸⁸ Cass. civ., sez. u., 4 febbraio 2005, n. 2207: «Cfr. quanto al pregiudizio al commercio comunitario, presupposto di applicabilità dell'art. 81, causa Grundig n. 58 del 1964, sentenza 13 luglio 1966, e causa Montecatini, C 235/92, sentenza 8 luglio 1999, ex multis».

⁸⁹ Corte di Giustizia, *Intel*, cit., punto 134: «In tal senso, non tutti gli effetti di esclusione dal mercato pregiudicano necessariamente la concorrenza. Per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione»; 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, punto 22; G. BRUZZONE, *Tipologie di illeciti antitrust e selezione delle voci di danno risarcibili*, 10 novembre 2017.

⁹⁰ Corte di Giustizia, *Manfredi*, cit., punti 60: «Per quanto por riguarda la possibilità di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza, occorre ricordare che la piena efficacia dell'art. 81 CE e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di tale articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza»; Corte di Giustizia, *Courage e Crehan*, cit., punto, 26; 6 novembre 2012, causa C-199/11, *Otis e a.*, punto 42; 06 giugno 2013, causa C-536/11, *Donau Chemie e a.*, punto 21; 05 giugno 2014, causa C-557/12, *Konen ag e a.*, punto 21; L. BIAMONTI, *Considerazioni sulla quantificazione del risarcimento del danno nel processo antitrust*, in *Persona e attività economica tra libertà e regola, studio dedicato a Diego Corapi*, Napoli, 2016, p. 2155: «Il ruolo del *private enforcement*, cioè l'attuazione privatistica della normativa a tutela della concorrenza innanzi le singole corti nazionali».

risarcimento di un danno causato da violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza davanti al giudice ordinario (art. 33, co. 2 della l. 10 ottobre 1990, n. 287)⁹¹, sia dal concorrente⁹² debole di un contratto inidoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza oppure sia da qualsiasi consumatore, quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 101 TFUE⁹³.

Fino a quel momento, mancava⁹⁴ una disciplina comunitaria in riferimento all'azione per il risarcimento del danno *antitrust*, tuttavia per rendere più efficace esso, è stato disciplinato mediante la Direttiva 2014/104 UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014⁹⁵, dopo essa, a livello nazionale, è stata attuata il 19 gennaio 2017 dal d.lg. n.3/2017⁹⁶. Al consumatore danneggiato, viene pertanto riconosciuta piena e autonoma legittimazione ad agire in giudizio davanti al giudice ordinario, per far accertare eventuali violazioni del diritto della concorrenza (dell'Unione e nazionale) dalle imprese e così ottenere il risarcimento del danno subito⁹⁷, quindi il risarcimento del danno da illecito *antitrust* sarà d'accordo alle regole dall'art. 2043⁹⁸ c.c.

⁹¹ Corte di Giustizia, *Manfredi*, cit., punto 70: «Anzitutto, per quanto riguarda la questione se l'art. 33, n. 2, della l. n. 287/90 si applichi alle sole azioni di risarcimento danni fondate sulla violazione degli artt. 81 CE e 82 CE, la Corte non è competente ad interpretare il diritto interno né ad esaminare la sua applicazione al caso di specie»; 24 ottobre 1996, causa C-435/93, *Dietz*, punto 39; 19 gennaio 2006, causa C-265/04, *Bouanich*, punto 51.

⁹² Cfr. Corte di Giustizia, *Courage e Crehan*, cit.

⁹³ Corte di Giustizia, *Manfredi*, cit., punti 61 e 63, la quale pone in evidenza, soprattutto, i problemi della legittimazione ad agire dei consumatori, vittime dei cartelli.

⁹⁴ Corte di Giustizia, *Manfredi*, cit., punti 62 e 64: «In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di «nesso di causalità», purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati».

Prima della Direttiva 2014/104 UE, la Commissione europea ha avviato un processo di decentralizzazione dell'attuazione della politica per la concorrenza e volto a stimolare il *private enforcement*, avviato con il Regolamento n. 1/2003, dopo ha dato vita nel 19 dicembre 2005 al Libro Verde denominato «Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie», alla fine nel 02 aprile del 2008 al Libro Bianco con la stessa denominazione del Libro Verde.

⁹⁵ Lo scopo del legislatore era duplice G. ALPA, *op. cit.*, p. 4: «da un lato, chiarire il modo nel quale risarcire il danno derivante della violazione di norme antitrust, dall'altro rafforzare il *private enforcement*, il ricorso ai rimedi privatistici, stimando insufficiente l'applicazione dei rimedi pubblicistici».

⁹⁶ Ha disciplinato l'azione per risarcimento del danno sotto il profilo sostanziale e processuale per la violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza dell'Unione.

⁹⁷ F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *op. cit.*, p. 344.

⁹⁸ I danni *antitrust*, ossia dei danni derivanti da una condotta anticoncorrenziale, B.L. BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Concorrenza e mercato*, Milano, 2013, p. 42 e ss., «è massimamente, ma non esclusivamente, un danno da illecito civile», è una responsabilità extracontrattuale, a partire dall'art. 2043 del c.c.»; G. T.

Però, nel proseguire di questo studio, si analizzerà se il *private enforcement* del risarcimento del danno prodotto da illecito antitrust commesso dalle imprese, che hanno violato la normativa concorrenziale in pregiudizio dell'effettivo funzionamento del mercato interno, ha un effetto deterrente e preventivo, cioè repressivo senza ricorrere alla «pena» (sanzione di tipo punitiva), contro le violazioni del diritto della concorrenza e soprattutto quando una condotta anticoncorrenziale è particolarmente riprovevole (con *malice*), la quale cagiona pure un illecito antitrust particolarmente riprovevole.

Quindi, la Corte ha affermato che «*la piena efficacia dell'art. 81 CE (oggi 101 TFUE) e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di tale articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza*» (punto 90); poi, che infatti, «*il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza, in violazione in particolare dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, rafforza il carattere operativo delle regole dell'Unione relative alla concorrenza, in quanto è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o a falsare il gioco della concorrenza, contribuendo in tal modo al mantenimento di un'effettiva concorrenza nell'Unione europea*»⁹⁹.

Anzitutto, da questa affermazione fatta dalla Corte, l'azione per il risarcimento del danno sarebbe solo uno degli elementi integrativi che assicurano un sistema efficace di applicazione a livello privatistico per le violazioni del diritto della concorrenza, allora il c.d. *private enforcement* del risarcimento del danno concorrenziale rappresenterebbe uno strumento complementare alla tutela pubblicistica della concorrenza (c.d. *public enforcement*). Finora, il messaggio sarebbe che il sistema dell'Unione di tutela della concorrenza è un blocco unico con la capacità di reagire (in modo compensativo, deterrente, preventivo e così via) contro qualunque violazione del diritto della concorrenza, contribuendo in tal modo al mantenimento di un effettivo funzionamento concorrenziale del mercato interno. Perciò la dottrina afferma che il livello deterrente dell'Unione non sarebbe così basso come quello degli Stati Uniti, perché la funzione deterrente sarebbe già svolta dalle sanzioni amministrative (c.d. *public enforcement*), che sono affidate alla Commissione europea e alle Autorità nazionali di concorrenza¹⁰⁰.

ELMI, L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, cit., pp. 74 e ss.

⁹⁹ Corte di Giustizia, *Manfredi*, cit., punto 91; *Courage e Crehan*, cit., punto 27; *Otis e a.*, cit., punto 42; *Donau Chemie e a.*, cit., punto 23; *Konen ag e a.*, cit., punto 23.

¹⁰⁰ M. TODINO, *Public e private enforcement nell'Unione europea*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea*, IX convegno (20-21 maggio 2010), Belgique, 2011, p. 136; E. CORAPI, *op. cit.*, pp. 28 e ss.; L. BIAMONTI, *Considerazioni sulla quantificazione del risarcimento del danno nel processo antitrust*, cit., p. 2155; G. T. ELMI, L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, cit., p. 77 e ss.; A. DEL

Tuttavia, la domanda segue, se nel sistema dell'Unione di tutela della concorrenza il *private enforcement* del risarcimento del danno *antitrust* da solo potrebbe avere un effetto deterrente e preventivo. In riguardo alla domanda fatta, mi pare, come una risposta positiva, che la Corte abbia capito che la richiesta del risarcimento del danno *antitrust* rafforzerebbe il carattere operativo delle norme del diritto della concorrenza dell'Unione, con cui si potrebbe raggiungere un effetto deterrente e preventivo delle pratiche e condotte anticoncorrenziali. Però, tale effetto solo sarebbe la conseguenza dei divieti delle norme del diritto della concorrenza (artt. 101 e 102 TFUE; artt. 2 e 3 della l. 10 ottobre 1990, n. 287), cioè, chiedere e ottenere il risarcimento del danno *antitrust* (art. 3, co. 1 della Direttiva 2014/104 UE) quindi è solo l'effetto delle sanzioni delle norme del diritto della concorrenza per aver violato i loro precetti.

Dunque, pensiamo che questo effetto non si tratti proprio di un effetto deterrente e preventivo, cioè che serva a scoraggiare condotte anticoncorrenziali particolarmente riprovevoli che mettano in rischio l'effettivo funzionamento del mercato interno; infatti, ci si può dire che serve solo come effetto deterrente e preventivo per le condotte anticoncorrenziali che non sembrano particolarmente riprovevole. Perché l'effetto deterrente e preventivo abbia tali misure nel *private antitrust enforcement*, soprattutto quando le condotte anticoncorrenziale sono particolarmente riprovevoli, deve procedere da una sanzione punitiva o piuttosto di una pena. In conclusione, il *private antitrust enforcement*, quando la condotta anticoncorrenziale è particolarmente riprovevole, ha bisogno della «pena» oppure di una funzione punitiva.

Riaffermando, il *private antitrust enforcement*, si è vero, è divenuto «uno strumento complementare alla tutela pubblicistica della concorrenza» ma non ha una vera funzione punitiva-deterrente, la quale è proprio del *public antitrust enforcement*.

3.4.—(Segue): Il diritto al risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza, la Corte nel caso *Mamfredi*¹⁰¹, in conformità con l'ordinamento italiano, ha detto che «non solo è il danno reale (*dammum emergens*), ma anche il mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi» (punto 95). Poi la Direttiva 2014/104 UE riprende tale approccio affermando che qualsiasi soggetto possa chiedere e ottenere il pieno risarcimento per tale danno, esso comprende quindi il diritto al risarcimento per danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento

GIUDICE, *Azioni risarcitorie per violazioni antitrust: analisi del decreto legislativo n. 3/2007*, in *Circolare*, 2, 2017, p. 4; A. NICITA, *Consumatori, antitrust e risarcimento del danno. Le prospettive del libro Bianco CE*, in *Consumatori, Diritto e Mercato*, 2, 2008, pp. 48 e ss.

¹⁰¹ Nel caso *Manfredi*, stabilito dalla Corte di Giustizia G. ALPA, *op. cit.*, p. 19: «la terminologia e i concetti utilizzati per definire il danno che deve essere risarcito “completamente” sono parsi troppo vaghi», a questo aggiungeremmo i criteri di quantificazione di danni *antitrust*.

di interessi ma non conduce a una sovracompensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che sotto forma di risarcimento multiplo o di un'altra natura (art. 3; considerando 12 e 13). Anche in questo senso il d.lgs. n. 3/2017 (art. 1, co. 2).

In quest'ottica sembra opportuno riflettere anzitutto, su quello che ci interessa, il risarcimento del danno di una violazione del diritto concorrenziale abbia un approccio compensativo, il quale consiste nel riprestino al soggetto che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa (art. 3, co. 2 della Direttiva 2014/104 UE), ovvero a ristabilire lo *status quo ante* del soggetto danneggiato. Aggiungendo anche, la riparazione del danno *antitrust* deve essere d'accordo alla regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza (art. 14, co. 1 del d.lgs. n. 3/2017), perciò si parla di un «pieno risarcimento del danno», ovvero «*il risarcimento deve coprire tutto il danno ma non può oltre passarlo*»¹⁰². Essendo così, siamo d'accordo che non si può condurre a una sovracompensazione del danno, soprattutto sotto la forma di risarcimento punitivo.

Altrettanto, la quantificazione e la liquidazione del risarcimento concorrenziale devono essere equivalenti al danno subito, quindi non abbiamo bisogno di ampliare¹⁰³ la tutela risarcitoria del danno *antitrust* in modo deterrente e preventiva, perché il risarcimento del danno non ha il carattere punitivo in mancanza della «pena».

Pertanto, sia la giurisprudenza della Corte che le norme del diritto *antitrust* sull'azione per il risarcimento del danno (*private antitrust enforcement*), l'approccio è compensare il danno ingiusto (in modo integrale ed equivalente) alla vittima prodotto dall'illecito *antitrust* piuttosto che colpire il danneggiante. In più, così come è disciplinato il risarcimento del danno *antitrust*, gira intorno alla vittima e alle conseguenze da violazioni del diritto della concorrenza; ma non si concentra in sanzionare la condotta

¹⁰² Cfr. Cass. civ., sez. III, 22 giugno, n. 15535; Cass. civ., sez. u., 22 maggio 2018, n. 12566: «tenuto conto che il risarcimento non può creare in favore del danneggiato una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se il fatto dannoso non fosse avvenuto, immettendo nel suo patrimonio un valore economico maggiore della differenza patrimoniale negativa indotta dall'illecito»; C. SALVI, *op. cit.*, p. 41: «Il risarcimento è governato dal principio della cosiddetta riparazione integrale, che esprime la tendenziale coincidenza tra danno giuridicamente 'cagionato' dal responsabile, e danno da risarcire; e quindi muove dall'idea che è giuridicamente rilevante solo il danno che determina perdite economiche»; *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission, December 2009, Luxembourg, Publications Office of the European Union 2009*, disponibile sul sito <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actiondamages/>

¹⁰³ F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *op. cit.*, p. 277 ci indica che «Semplificando, si tratta in primo luogo di fornire al giudice uno strumento dotato di grande elasticità, poiché egli non dovrebbe più limitarsi a seguire la regola seconda cui il *quantum* del risarcimento deve essere equivalente al danno prodotto ma in certi casi avrebbe la possibilità di oltrepassare questo limite, al fine di prevenire, punendo il responsabile»; P. PARDOLESI, *op. cit.*, pp. 19 e ss.

anticoncorrenziale che viola il diritto della concorrenza, soprattutto quando è particolarmente riprovevole, perché ciò è compito del risarcimento punitivo *antitrust*.

3.5.—La Corte di Giustizia sul risarcimento punitivo antitrust

La Corte¹⁰⁴ nel caso *Manfredi* ha manifestato (punto 93) che il risarcimento punitivo è «una forma particolare di risarcimento», ma dobbiamo tenere conto anzitutto, il suo compito non è ristabilire la sfera patrimoniale del danneggiato che ha subito un danno da illecito *antitrust* piuttosto è colpire una condotta anticoncorrenziale del concorrente quando è particolarmente riprovevole, solo così deve procedere.

Analizzando la questione pregiudiziale sul risarcimento punitivo fatta dal Giudice di pace di Bitonto, lui chiede alla Corte «se l'art. 81 debba essere interpretato nel senso che il giudice nazionale, ove ravvisi che il danno liquidabili in base al proprio diritto nazionale sia comunque inferiore al vantaggio economico ricavato dall'impresa danneggiante parte dell'intesa o della pratica vietata, debba altresì d'ufficio liquidare al terzo danneggiato il danno punitivo, necessario a rendere il danno risarcibile superiore al vantaggio ricavato dal danneggiante, al fine di scoraggiare la posizione in essere di intese o di pratiche concordate vietate dall'art. 81 del trattato».

Su questa questione pregiudiziale, si deve capire che il risarcimento punitivo *antitrust* il suo scopo non è liquidare il danno quando essa sia inferiore al vantaggio economico ricavato dal danneggiante della sua condotta anticoncorrenziale, oltretutto accrescere l'ammontare del *quantum* risarcitorio del danno subito. Neanche il suo scopo è a rendere il danno risarcibile sia superiore al vantaggio ricavato dal danneggiante. Per differenziare, il vero scopo del risarcimento punitivo *antitrust* è se il vantaggio economico ricavato dal danneggiante è stato da una condotta anticoncorrenziale particolarmente riprovevole, con lo scopo di punirla e così fungere da deterrente contro questa condotta e le condotte future delle stesse caratteristiche. In altre parole, il risarcimento punitivo *antitrust* non si deve capire come un presupposto della fattispecie della quantificazione del danno.

Ricapitolando, il risarcimento punitivo *antitrust* non si può concepire come uno strumento di ristoro del pregiudizio subito (e accertato) dal danneggiante nel mercato della concorrenza, perché non è la sua funzione piuttosto lo è punire le condotte anticoncorrenziali particolarmente riprovevoli che mettano in rischio in modo grave l'effettivo funzionamento del mercato interno (il commercio tra Stati membri), perché la funzione punitiva-deterrente della responsabilità civile abbia efficacia qua. In senso contrario, se le condotte anticoncorrenziali non sono particolarmente riprovevoli né compromettono in modo grave l'effettivo funzionamento del mercato interno, quindi non avrebbe senso applicare il risarcimento punitivo.

¹⁰⁴ Il risarcimento punitivo non è nuovo per la Corte e il suo precedente è il caso, Corte di Giustizia, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*.

Allora, da questa affermazione fatta, se l'impresa concorrente ricava un vantaggio economico dalle sue condotte concorrenziali che violano il diritto della concorrenza e se anche queste non mettono in pericolo grave né causano un pregiudizio in modo sostanziale l'effettivo funzionamento del mercato interno, la sua condotta anticoncorrenziale non può essere colpita dal risarcimento punitivo *antitrust*¹⁰⁵. Dunque, i giudici nazionali hanno dovere di vigilare che «*la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporta un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto*»¹⁰⁶; devono anche tenere conto delle azioni risarcitorie *follow-on* e le azioni risarcitorie *stand-alone*.

Sebbene sia vero, la Corte nel caso *Manfredi* ha affermato che il risarcimento punitivo può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, tuttavia come abbiamo già detto, la Direttiva 2014/104 UE non l'ha disciplinato, indicando che il pieno risarcimento del danno non può essere condotto a una sovracompensazione sotto forma di risarcimento punitivo. Noi pensiamo che la Direttiva abbia ragione, e di ragioni ve ne sono tante, le quali fondamentalmente sono: a) il nostro sistema di responsabilità civile ha un approccio compensativo e tutela la vittima; b) «*preservare la chiara distinzione tra funzione meramente compensativa affidata al risarcimento e funzione afflittiva e deterrente affidata ai provvedimenti sanzionatori della Commissione europea o delle autorità nazionali di concorrenza*»¹⁰⁷; c) il risarcimento punitivo è concepito, in modo sbagliato, come un presupposto della fattispecie di quantificazione del danno e come tutela del danno subito.

Comunque, noi crediamo di poter disciplinare la fattispecie del risarcimento punitivo *antitrust* nel senso che si debba tutelare una condotta anticoncorrenziale ma particolarmente riprovevole dal danneggiante.

3.6.—Verso il riconoscimento normativo del risarcimento punitivo *antitrust*

In riguardo a questo tema, la Corte di Giustizia ha risposto (punto 92) allo stesso modo che aveva detto per il risarcimento del danno *antitrust*, che quando vi è un'eventuale possibilità di liquidare il risarcimento punitivo e manca una disposizione dell'Unione in materia, «*spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di terminare la sua entità*» con rigido rispetto ai principi di equivalenza e di effettività, perché gli Stati membri dovrebbero assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione (art. 19, paragrafo 1, co. 2 del Trattato UE consolidato; art. 47, co. 1 della Carta dei diritti fondamentali).

¹⁰⁵ A. TIZZANO, *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. ita. antitrust*, 1, 2015, pp. 17 e ss.

¹⁰⁶ Corte di Giustizia, *Manfredi*, cit., punti 89 e 94; *Courage e Crehan*, cit., punto 30; 21 settembre 2000, cause riunite C-441/98 e C-442/98, *Michailidis*, punto 31.

¹⁰⁷ A. DEL GIUDICE, *Azioni risarcitorie per violazioni antitrust: analisi del decreto legislativo n. 3/2007*, cit., p. 11.

Come abbiamo già detto il risarcimento punitivo è una istituzione giuridica tipica del *Common law*. Allora come un modo di adattarlo al sistema del *Civil law* e che sia compatibile con esso, in più «*deve poter essere riconosciuta nell'ambito di azione fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, qualora possa esserlo nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno*»¹⁰⁸, quindi il legislatore¹⁰⁹ dovrà disciplinarlo e riconoscergli in modo diretto (espreso) in una fattispecie (tipicità) e come un rimedio¹¹⁰ contro delle condotte anticoncorrenziali particolarmente riprovevoli che violano il diritto della concorrenza e sanzionarle punitivamente l'impresa danneggiante. Altrimenti il soggetto danneggiante non potrebbe essere tenuto responsabile delle sue condotte anticoncorrenziali.

La Corte di Giustizia lascia, in mancanza di una disposizione comunitaria sul risarcimento punitivo, il diritto interno disciplinarlo. Come si è già detto, il risarcimento punitivo è di carattere punitivo-deterrente e ha come elemento la «pena», quindi non può essere imposta dal giudice italiano senza espressa previsione normativa, perciò, come si è detto nelle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹¹¹ in riferimento al risarcimento punitivo, è necessario una «*intermediazione legislativa*», in forza del principio di cui all'art. 23 Cost., (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario». La stesse Sezioni Unite hanno riconosciuto¹¹²

¹⁰⁸ Corte di Giustizia, *Manfredi, cit.*, punto 93; *Brasserie du pêcheur e Factortame, cit.*, punto 90: «In mancanza di disposizioni comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, si stabilisce che essi non possono né essere meno favorevoli di quelli che riguardano reclami o azioni analoghe fondate sul diritto interno né possono in alcun caso essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento. [...] Peraltro, una forma particolare di risarcimento, quale è il risarcimento «esemplare» previsto dal diritto inglese, deve essere riconosciuto nell'ambito di reclami o azioni fondate sul diritto comunitario, qualora possa esserlo nell'ambito di reclami o azioni analoghe fondate sul diritto interno».

¹⁰⁹ La Cass. civ., sez. u., 15 marzo 2016, n. 5072/2016: «Lo spettro è ampio ed ampia è la discrezionalità del legislatore nazionale vincolato solo al parametro delle “misure equivalenti”: al fine della compatibilità comunitaria la reazione “sanzionatoria” dell'ordinamento interno deve avere una forza dissuasiva non inferiore alle misure di prevenzione degli abusi previste».

¹¹⁰ A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 54: «L'espressione «rimedio» può raccomandarsi anche nei sistemi di *Civil Law*, e cioè di diritto codificato, ove naturalmente si tenga presente che il rimedio, almeno in linea tendenziale, deve trovare riconoscimento diretto e/o indiretto in una norma di legge».

¹¹¹ Cfr. Cass. civ., sez. u., 5 luglio 2017, n. 16601/2017, la cui ha accolto il suggerimento della Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2016, n. 9978/2016; G. SPOTA, *Risarcimento e sanzione, cit.*, pp. 497-498.

¹¹² Prima di queste Sezioni Unite, si riteneva che la funzione punitiva della responsabilità civile era incompatibile ed estraneo con l'ordinamento italiano, Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183/2007; Cass. civ., sez. II, 12 giugno 2008, n. 15814/2008; Cass. civ., sez. I, 08 febbraio 2012, n. 1781/2012.

una certa compatibilità del risarcimento punitivo con l'ordinamento giuridico italiano (ordine pubblico) e questa risponde ai principi di «tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi», i quali sono regole valide da prendere in considerazione quando il legislatore introdurrà il risarcimento punitivo nel diritto *antitrust* da tutelar l'effettivo funzionamento del mercato interno d'accordo agli interessi generali del mercato unico, con lo scopo di fungere da deterrente e prevenire le condotte anticoncorrenziali particolarmente riprovevoli che potrebbero lesionare l'effettivo funzionamento del mercato interno¹¹³, oltretutto pregiudicare il commercio tra Stati membri.

Infine, la sfida per il legislatore è stabilire quando una condotta anticoncorrenziale (illecita) è particolarmente riprovevole (*malice*) e pertanto deve essere risarcito in modo punitivo-deterrente. Dunque, il lavoro del legislatore¹¹⁴ è valorare i fatti illeciti anticoncorrenziali (illecito *antitrust*), la gravità del danno *antitrust* compensativo e il rischio posto in essere l'effettivo funzionamento del mercato interno, con l'oggetto di disciplinare la fattispecie della condotta concorrenziale particolarmente riprovevole. La dottrina ha detto che uno dei presupposti, da cui si può riconoscere la condotta anticoncorrenziale particolarmente riprovevole, è il vantaggio economico ottenuto con *malice* (malafede) dal convenuto dalla sua condotta illecita (ad esempio, dal caso *Manfredi*, sarebbe l'intesa o la pratica concordata tra le compagnie di assicurazioni, consistente in uno scambio reciproco di informazioni tale da permettere un aumento dei premi delle polizze di assicurazione RC, non giustificato dalle condizioni di mercato) in pregiudizio del consumatore o dell'impresa danneggiata.

3.7.—Il risarcimento punitivo *antitrust* e il *public e private enforcement*

Ai fini del presente lavoro, il sistema del diritto della concorrenza è fondato su un doppio binario di tutela (artt. 4, 5, e 6 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 TFUE); il primo binario è affidato, a livello dell'Unione, alla Commissione europea e, a livello nazionale, alle autorità garanti nazionali (AGCM). Ove la norma del diritto della concorrenza pone i divieti a livello pubblicistico e questo rappresenta il c.d. *public enforcement*. Mentre il secondo binario è affidato alle autorità giudiziarie nazionali, ove la violazione della norma del diritto della concorrenza e la tutela è affidato quello che si chiama il c.d. *private enforcement*¹¹⁵.

¹¹³ G. T. ELMI, L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, in *Persona e Mercato*, p. 85.

¹¹⁴ Il compito del giudice è esaminarli e poi stabilire se la condotta anticoncorrenziale è particolarmente riprovevole con lo scopo di risarcire o non in modo punitivo-deterrente.

¹¹⁵ L. F. PACE, *Il giudizio di mercato nell'azione antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 232; F. VALERINI, *Il danno antitrust nel d.lgs. n. 3/2017*, visto su *youtube* il 07 febbraio 2019; R. CAIAZZO, *Illecito anticoncorrenziale*,

Nel primo binario, la Commissione europea (art. 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003) e l'AGCM la loro funzione è di natura punitiva-deterrente. L'AGCM (art. 5 del Regolamento (CE) n. 1/2003; art. 15 della l. 10 ottobre 1990, n. 287), in particolare, la sua funzione è di diffida e sanzione amministrativa pecuniaria. Quindi non hanno bisogno di un'altra istituzione giuridica, ad esempio il risarcimento punitivo, per riaffermarla, perché il c.d. *public enforcement* è «più efficiente sia in termini deterrenti/preventivi, sia di accertamento *ex post*, facilitando, al tempo stesso, le azioni private di tipo *follow-on*»¹¹⁶.

Mentre nel secondo binario, come abbiamo già detto, manca proprio una funzione punitiva-deterrente. Tuttavia, il risarcimento punitivo *antitrust* è un'istituzione tipica del c.d. *private enforcement*. In questo binario ci sono le azioni per il risarcimento del danno delle violazioni del diritto della concorrenza, queste sono di due tipi: *follow-on* e *stand-alone*.

Nell'azione del risarcimento *stand-alone* il giudice nazionale può fare un «controllo punitivo» applicando il risarcimento punitivo *antitrust* a una condotta anticoncorrenziale particolarmente riprovevole, perché all'azione del risarcimento *stand-alone* manca l'accertamento della violazione del diritto della concorrenza da parte l'AGCM, quello vuol dire che l'AGCM non ha esercitato la sua funzione punitiva-deterrente. Quindi lascia libero il giudice nazionale ad applicare il risarcimento punitivo *antitrust*.

4—La fattispecie del risarcimento punitivo *antitrust* e la tutela dei consumatori

4.1.—L'azione per il risarcimento del danno come presupposto della fattispecie del risarcimento punitivo *antitrust*

Come abbiamo già detto, la sentenza della Corte, nel caso *Manfredi*, riconosce i consumatori l'azione per il risarcimento del danno da illecito *antitrust* (*private enforcement*), e questo è garantito dall'art. 1, co. 1 della Direttiva 2014/104/UE (anche dall'art. 1, co. 1 del d.lgs. 3/2017)¹¹⁷, il quale stabilisce che «*chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese potrà esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o*

tutela del consumatore e class action: una nuova era per il private enforcement in Italia?, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 184.

¹¹⁶ B.L. BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, cit., p. 54; G. T. ELMI, L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, cit., p. 84: «sicché i danni multipli costituirebbero una indebita duplicazione, in violazione del principio del *ne bis in idem*».

¹¹⁷ Anche con riferimento alle azioni collettive (*class action*) di cui all'articolo 140-bis del codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206; quindi la richiesta del risarcimento del danno punitivo, il consumatore la può chiedere di forma individuale o collettiva, ma quest'ultima regola non si applica alle imprese concorrenti.

associazione il pieno risarcimento di tale danno». Senza nessun dubbio, questo riconoscimento di tutela ai consumatori, opera come uno «strumento di protezione sociale dei cittadini dell'Unione»¹¹⁸, e una affermazione che nel mercato della concorrenza non solo partecipano le imprese, gli imprenditori fanno anche parte dei consumatori (o gli acquirenti diretti o indiretti¹¹⁹), essendo così, perché quest'ultimi sono soggetti attivi del «gioco della concorrenza» e, come tale, sono direttamente tutelati dalla normativa *antitrust*¹²⁰.

Per concedere il risarcimento punitivo *antitrust* uno dei presupposti è l'azione per il risarcimento del danno *antitrust* (di tipo *follow-on* o *stand-alone*). A livello interno, in Italia, i consumatori non possono chiedere il risarcimento punitivo *antitrust* da violazioni del diritto della concorrenza, solo il risarcimento del danno effettivo subito, mentre negli Stati Uniti i consumatori sì possono chiederlo¹²¹.

Come abbiamo già detto, il rimedio contro una condotta anticoncorrenziali particolarmente riprovevole che causa l'illecito *antitrust* è il risarcimento punitivo *antitrust*, quindi il quale non solo deve tutelare i consumatori altrimenti anche gli altri soggetti concorrenti menzionati. Tuttavia, nel mercato il rapporto tra i consumatori e le imprese è asimmetrico, ove i consumatori sono i soggetti più deboli quindi loro avranno bisogno di più attenzione e tutela da parte della disciplina del diritto della concorrenza. Perciò l'istituto del risarcimento punitivo *antitrust* deve ritenersi come un elemento che rafforza la tutela del mercato interno (art. 38 CDFUE)¹²², cioè, quando i consumatori sono tutelati tramite il risarcimento punitivo *antitrust*, comunque si tutela l'effettivo funzionamento del mercato interno.

Allora, il risarcimento punitivo *antitrust*, quando tutela i consumatori, deve reazionare in modo punitivo-deterrente «mediante la comminazione di una somma di denaro a titolo penale»¹²³ contro le condotte anticoncorrenziali particolarmente riprovevoli delle imprese, le quali causano dei danni ingiusti

¹¹⁸ C. SCOGNAMIGLIO, *Danno antitrust, scopo della norma violata e funzioni della responsabilità civile*, in *Questione e giustizia*, 1, 2018, p. 149.

¹¹⁹ G. ALPA, *op. cit.*, p. 29: «La direttiva riconosce poi il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti da un illecito antitrust anche agli acquirenti indiretti».

¹²⁰ C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di Diritto privato europeo*, 3, Milano, 2007, p. 373; Cass. civ., sez. u., 04 febbraio 2005, n. 2207: «la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere».

¹²¹ R. CAIAZZO, *Illecito anticoncorrenziale, tutela del consumatore e class action: una nuova era per il private enforcement in Italia*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 220.

¹²² Ci dice che «Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori».

¹²³ P. GALLO, *op. cit.*, p. 61.

ai consumatori, e così controllare¹²⁴ queste condotte e prevenire le lesioni dell'effettivo funzionamento del mercato interno, d'accordo con certe misure e parametri.

Il risarcimento punitivo *antitrust* come tutela del consumatore in modo negativo possiamo dire che può attentare contro la libertà di impresa che ha i concorrenti¹²⁵. La domanda è come conciliare e cercare un equilibrio senza pregiudicare questa libertà. Ad esempio, credo che la risposta sia che la libertà di scelta che hanno i consumatori nel mercato della concorrenza non venga violata dai concorrenti, ovvero sia mentre la sua condotta anticoncorrenziale non la metta in pericolo in modo grave e riprovevole (in malafede), così si raggiungerà un equilibrio.

Se i consumatori non possono ottenere l'integralità del risarcimento del danno dall'impresa che ha violato il diritto della concorrenza, non vuol dire che in modo automatico si usi il risarcimento punitivo *antitrust*, il che dà un'idea sbagliata.

4.2.—La quantificazione del risarcimento punitivo *antitrust*

Anzitutto, con la recezione del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano dalla giurisprudenza, dobbiamo differenziare tra il *quantum* del risarcimento danno e il *quantum* della sanzione pecuniaria della condotta anticoncorrenziale particolarmente riprovevole del danneggiante. Tutte e due devono partire dalla regola dell'equivalenza¹²⁶, cioè nel primo il pregiudizio subito dal danneggiato deve coincidere ma non superare l'ammontare del risarcimento del danno e nel secondo la condotta anticoncorrenziale particolarmente riprovevole dal danneggiante con l'ammontare sanzionato.

La quantificazione e la liquidazione del risarcimento punitivo *antitrust* devono essere equivalenti alla condotta anticoncorrenziale particolarmente

¹²⁴ A. DI MAJO, *op. cit.*, pp. 68-69: «Il problema investe la natura dell'interesse sacrificato dal rimedio sanzionatorio. Tale interesse non può essere identico a quello che si è realizzato nell'illecito, giacché, se così fosse, la previsione della sanzione non potrebbe esercitare alcuna funzione di dissuasione, e quindi di controllo, sulla condotta dei soggetti. È questo un connotato che sembra irrinunciabile nel rimedio sanzionatorio». P. GALLO, *op. cit.*, p. 151, ci dice che lo «scopo della sanzione è quello di condurre ad una integrale internalizzazione del costo sociale prodotto dell'illecito».

¹²⁵ Cass. civ., sez. u., 4 febbraio 2005, n. 2207: «In particolare, poiché l'esercizio della concorrenza presuppone l'autonomia delle imprese concorrenti nell'esercizio delle rispettive scelte di mercato, è illecito ogni fatto che porta a ridurre questa autonomia, assimilando o avvicinando i comportamenti di mercato all'esecuzione di accordi antecedenti ovvero comunque conformandoli oggettivamente ad un certo grado di collaborazione che sostituisce o riduce la competizione».

¹²⁶ F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *op. cit.*, pp. 275 e ss.; come abbiamo già detto, il risarcimento del danno ha una attribuzione pecuniaria, la quale si basa sul principio dell'integralità della riparazione del danno, la quale si tratta A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 212: «di una situazione economicamente equivalente a quella compromessa dalla produzione del danno».

riprovevole che causa l'illecito antitrust dall'impresa danneggiante. Quindi, l'oggetto di valutazione sarà la lesione di un interesse meritevole di tutela (danno ingiusto), ai fini della qualificazione¹²⁷ della condotta anticoncorrenziale dell'impresa danneggiante come particolarmente riprovevole, cioè abbia agito con *malice* (dolo) o *gross negligence* (colpa grave)¹²⁸. Con lo scopo di stabilire l'ammontare del risarcimento punitivo *antitrust*.

Un criterio di quantificazione del risarcimento punitivo *antitrust* che dobbiamo tenere conto è la differenza tra l'ammontare del risarcimento del danno e il vantaggio economico ottenuto dall'impresa danneggiante. Anche se è detto che altro criterio di quantificazione a seguire come esempio sarebbe il c.d. *treble damages* previsto dal diritto *antitrust* statunitense¹²⁹.

La quantificazione del risarcimento punitivo *antitrust* deve «imporre una integrale internalizzazione del costo sociale dell'illecito»¹³⁰ all'impresa danneggiante. Ugualmente con il risarcimento punitivo *antitrust* il consumatore o l'impresa danneggiata deve trovarsi nella stessa situazione, tuttavia con la sanzione economica raggiunge un vantaggio, comunque la sua situazione cambia perciò si è detto, se l'ammontare del risarcimento punitivo deve essere un profitto al danneggiato oppure un profitto a un fondo comune¹³¹.

5.—Conclusioni

Con l'introduzione dei *punitive damages* nell'ordinamento giuridico italiano, l'oggetto della responsabilità civile non sarà soltanto l'obbligo di risarcire il danno, sarà anche, come un'eccezione, l'obbligo di risarcire, a titolo di pena, una condotta illecita quando questa sarà particolarmente riprovevole.

¹²⁷ Per facilitare la quantificazione dobbiamo tenere conto le azioni private di tipo *follow-on* e le azioni risarcitorie di tipo *stand-alone*.

¹²⁸ P. GALLO, *op. cit.*, p. 61: «In caso di lesione colposa, lo scopo della responsabilità civile sarebbe unicamente quello di reintegrare nel modo più alto possibile la sanzione patrimoniale della parte lesa antecedente la commissione dell'illecito; in presenza di lesione volontaria, e cioè dolosa, scopo della responsabilità civile sarebbe altresì quello di disincentivare il comportamento lesivo posto in essere mediante la comminazione di una somma di denaro a titolo penale.

Il risultato finale sarebbe quindi che la quantificazione dell'entità dell'obbligazione risarcitoria e/o sanzionatoria varierebbe a seconda della lesione se questa è stata perpetrata con semplice colpa o con dolo».

¹²⁹ A. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, pp. 157-160.

¹³⁰ P. GALLO, *op. cit.*, p. 213.

¹³¹ P. GALLO, *op. cit.*, p. 29: «Specie nei casi in cui il danno è molto diffuso e vi è una forte divaricazione tra i costi sociali e quelli individuali, sorge altresì il problema di stabilire quale sia il soggetto a cui beneficio deve essere devoluta la sanzione».

Il risarcimento punitivo è un rimedio contro una condotta illecita del danneggiante ma quando è particolarmente riprovevole e non è un rimedio contro il danno. Quindi il risarcimento punitivo non compensa il danno subito né cerca di ristabilire lo *status quo ante* del danneggiato ma di punire una condotta illecita particolarmente riprovevole del danneggiante. Il risarcimento punitivo deve essere anche concesso solo in combinazione con richieste del risarcimento compensativo e non solo.

Il vero scopo del risarcimento punitivo non è il suo effetto punitivo ma gli effetti deterrente e preventivo delle future lesioni meritevoli di tutela ma questi saranno raggiunti dalla «pena» irrogata cioè senza la «pena» irrogata non si effettueranno gli effetti deterrente e preventivo come si spera.

L'effetto deterrente e preventivo della fattispecie della tutela della concorrenza dell'Unione è contro le condotte anticoncorrenziali che lesionano l'effettivo funzionamento del mercato interno, cioè non devono pregiudicare il commercio tra Stati membri e mettere in rischio la realizzazione di un mercato unico fra Stati membri.

Il risarcimento punitivo nel diritto *antitrust* deve tutelar l'effettivo funzionamento del mercato interno d'accordo agli interessi generali del mercato unico, con lo scopo di fungere da deterrente e prevenire le condotte anticoncorrenziali particolarmente riprovevoli che potrebbero lesionare l'effettivo funzionamento del mercato interno, ovverosia pregiudicare il commercio tra Stati membri.

Il risarcimento punitivo è «una forma particolare di risarcimento», ma dobbiamo tenere conto anzitutto che il suo compito non è ristabilire la sfera patrimoniale del danneggiato che ha subito un danno da illecito *antitrust* piuttosto lo è colpire una condotta anticoncorrenziale del concorrente quando è particolarmente riprovevole, solo così deve procedere.

Il *private antitrust enforcement*, si è vero, è divenuto «uno strumento complementare alla tutela pubblicistica della concorrenza» ma siccome è concepito così ora non ha un vero effetto punitivo-deterrente, il quale è proprio del *public antitrust enforcement*. Perché il *private antitrust enforcement* avrà un effetto punitivo-deterrente, soprattutto quando la condotta anticoncorrenziale sarà particolarmente riprovevole, ha bisogno della «pena».

Il risarcimento punitivo *antitrust* è un'istituzione tipica del c.d. *private enforcement*.

Sul risarcimento punitivo *antitrust* il legislatore dovrà disciplinare, riconoscere in modo diretto (espreso) in una fattispecie (tipicità) e come un rimedio contro le condotte anticoncorrenziali particolarmente riprovevoli delle imprese danneggianti che violano il diritto della concorrenza e dopo sanzionarle punitivamente. Quindi così potrà essere imposta dal giudice italiano.

Sia la giurisprudenza della Corte che le norme del diritto *antitrust* sull'azione per il risarcimento del danno di violazioni del diritto concorrenziale hanno un approccio compensativo, il quale consiste nel riprestino al soggetto che ha subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovato se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa (art. 3, co. 2 della Direttiva 2014/104 UE). Essendo così, siamo d'accordo che

non si può condurre a una sovracompenrazione del danno, soprattutto sotto la forma di risarcimento punitivo, perché quest'ultimo non si deve capire come un presupposto della fattispecie della quantificazione del danno. Dunque, la quantificazione e la liquidazione del risarcimento concorrenziale devono essere equivalenti al danno subito, quindi non abbiamo bisogno di ampliare la tutela risarcitoria del danno *antitrust* in modo deterrente e preventiva, perché il risarcimento del danno non ha il carattere punitivo in mancanza della «pena».

Così come è disciplinato il risarcimento del danno *antitrust*, gira intorno alla vittima e alle conseguenze da violazioni del diritto della concorrenza; ma non si concentra sul sanzionare la condotta anticoncorrenziale che viola il diritto della concorrenza, soprattutto quando è particolarmente riprovevole, perché quello è il compito del risarcimento punitivo *antitrust*.

Per concedere il risarcimento punitivo *antitrust* uno dei presupposti è l'azione per il risarcimento del danno *antitrust* sia di tipo *follow-on* o *stand-alone*. Tuttavia, nell'azione del risarcimento *stand-alone* il giudice nazionale, attualmente e senza incompatibilità con il c.d. *public enforcement*, può fare un «controllo punitivo» applicando il risarcimento punitivo *antitrust* a una condotta anticoncorrenziale particolarmente riprovevole, perché all'azione del risarcimento *stand-alone* manca l'accertamento della violazione del diritto della concorrenza da parte l'AGCM, perché ancora quest'ultima non ha esercitato la sua funzione punitiva-deterrente.

La quantificazione e la liquidazione del risarcimento punitivo *antitrust* devono essere equivalenti alla condotta anticoncorrenziale particolarmente riprovevole che causa l'illecito antitrust dall'impresa danneggiante. Quindi, l'oggetto di valutazione sarà la lesione di un interesse meritevole di tutela (danno ingiusto), ai fini della qualificazione della condotta anticoncorrenziale dell'impresa danneggiante come particolarmente riprovevole, cioè che abbia agito con *malice* (dolo) o *gross negligence* (colpa grave). Con lo scopo di stabilire l'ammontare del risarcimento punitivo *antitrust*.

Un criterio di quantificazione del risarcimento punitivo *antitrust* che dobbiamo tenere conto è la differenza tra l'ammontare del risarcimento del danno e il vantaggio economico ottenuto dall'impresa danneggiante.

6.—Bibliografia

- A. DE CUPIS, *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, 2, Milano, 1970.
- A. DEL GIUDICE, *Azioni risarcitorie per violazioni antitrust: analisi del decreto legislativo n. 3/2007*, in *Circolare*, 2, 2017.
- A. DEL GIUDICE, *Azioni risarcitorie per violazioni antitrust: analisi del decreto legislativo n. 3/2007*.
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2003.
- A. JANSSEN, *The Recognition and Enforceability of US-American Punitive Damages Awards in Germany and Italy: Forever Divided?*, in *Contratto e impresa/Europa*, Milano, 2017.

A. MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in *Dir. civ. cont.*, 2 febbraio 2017.

A. NICITA, *Consumatori, antitrust e risarcimento del danno. Le prospettive del libro Bianco CE*, in *Consumatori, Diritto e Mercato*, 2, 2008.

A. PERA, *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 2001.

A. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005.

A. TIZZANO, *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. ita. antitrust*, 1, 2015.

B.L. BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Concorrenza e mercato*, Milano, 2013.

C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di Diritto privato europeo*, 3, Milano, 2007.

C. M. BIANCA, *La responsabilità*, 5, Milano, 1994.

C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 1998.

C. SCOGNAMIGLIO, *Danno antitrust, scopo della norma violata e funzioni della responsabilità civile*, in *Questione e giustizia*, 1, 2018.

E. CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust: La Direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione, Modelli a confronto*, Napoli, 2017.

E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2007.

E. GUERINONI, *La nozione generale de danno*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile, Il danno in generale*, 1, Torino, 2005.

E. GUERINONI, *Pene private e danni punitivi*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile, Aspetti processuali e applicativi*, 3, Torino, 2005.

E.A. TRITTO, *La legittimazione attiva dei privati alla pretesa risarcitoria antitrust in Europa, Italia ed America: Uno studio comparato*, in *Corso di dottorato di ricerca in Scienza giuridica*, 2013.

F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013.

F. D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003.

F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico-Law dictionary*, Milano, 1984.

F. GALGANO, *Regolamenti contrattuale e pene private*, in *Contratto e impresa*, Padova, 2001.

F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013.

F. QUARTA, *Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto*, in *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 1, 2008.

F. QUARTA, *Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto*, in *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 1, 2008.

F. VALERINI, *Il danno antitrust nel d.lgs. n. 3/2017*, visto su youtube il 07 febbraio 2019.

G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003.

G. ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016.

G. ALPA, *Illecito e danno antitrust: Casi e materiali*, Torino, 2016.

G. BRUZZONE, *Tipologie di illeciti antitrust e selezione delle voci di danno risarcibili*, 10 novembre 2017.

- G. CALABRASI, *Riflessione sulla pena privata*, in *Le pene private*, Milano, 1985.
- G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1983.
- G. PONZANELLI, *I punitive damages, il caso Texaco e il diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 1987.
- G. SPOTA, *Risarcimento e sanzione*, in *Riv. Europa dir. priv.*, 2, 2018.
- G. WAGNER, *The Law of Torts in the DCFR*, in *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Munich, 2009.
- G. WAGNER, *The Law of Torts in the DCFR*, in *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Munich, 2009.
- H. AUF'MKOLK, *U.S. punitive damages awards before German courts – Time for a new approach*, in *Freilaw*, 11, 2017.
- J. M. BRODSKY, *Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores*, in *Lecciones y Ensayos*, 90.
- John G. FLEMING, *The Law of Torts*, 9, Sydney, 1998.
- L. BIAMONTI, *Considerazioni sulla quantificazione del risarcimento del danno nel processo antitrust*, in *Persona e attività economica tra libertà e regola, studio dedicato a Diego Corapi*, Napoli, 2016.
- L. F. PACE, *Il giudizio di mercato nell'azione antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013.
- L. VIOLA, *La responsabilità civile in genere*, in *Responsabilità civile ed il danno*, 1, Macerata, 2007.
- M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, 1, Milano, 2010.
- M. L. HUGUENEY, *La peine privée en droit actuel*, Paris, 1906.
- P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.
- P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*, *Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012.
- P. SALVADOR CODERCH, *Punitive damages*, in *Indret*, 01, Barcelona, 2000.
- P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939.
- P.G. MONATERI, *Le funzioni del risarcimento*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile, Il danno in generale*, 1, Torino, 2005.
- Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission, December 2009*, Luxembourg, Publications Office of the European Union 2009, disponibile sul sito <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actiondamages/>
- R. CAIAZZO, *Illecito anticoncorrenziale, tutela del consumatore e class action: una nuova era per il private enforcement in Italia*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea*, IX convegno (20-21 maggio 2010), Belgique, 2011.
- R. CAPONI, *Modelli europei collettive nel processo civile: esperienza tedesca e italiana a confronto*, in *Le azioni seriali*, Pisa, 4-5 maggio 2007.
- R. SIMONE, *Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi*, in *Questione giustizia*, 1, 2018.

- RLG'S LAWYERS, *What are "punitive damages"?*, disponibile sul sito <http://www.rotlaw.com/legal-library/what-are-punitive-damages/>.
- S. RODOTA, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.
- U. MAJELLO, *Pena privata e responsabilità civile*, in *Le pene private*, Milano, 1985.
- V. BEHR, *Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 78, 2003.
- V. BEHR, *Punitive damages in american and german law-tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts*, in *Priv. l. pun. dis.*, 78, 2003.
- V. PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, in *Quaderni di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo*, 2006.
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani*, in *Le pene private*, Milano, 1985.
- W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Estratto dagli Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939.
- W. L. PROSSER, *The Law of Torts*, 4, *Lawyer's edition*, St. Paul, 1971.