

## **BOICOTTAGGIO COLLETTIVO, RISARCIMENTO DEL DANNO E TUTELA GIURISDIZIONALE**

Gianluca Faella\*

**CORTE DI APPELLO DI MILANO**, sez. I civ., sentenza 11 luglio 2003; Pres. Trombetti, Est. Tavassi; soc. Bluvacanze (Avv. Toffoletto, Montironi, Toffoletti) c. soc. I Viaggi del Ventaglio (Avv. Riguzzi, Botti, Giacobini), soc. Turisanda (Avv. Stradella, Rausse), soc. Hotelplan Italia (Avv. Canali).

### **Premessa**

La Corte d'appello di Milano, dopo aver disposto, nella fase cautelare, l'inibitoria del boicottaggio collettivo attuato da alcuni *tour operator* ai danni dell'agenzia di viaggi Bluvacanze, dichiara che tale pratica costituisce violazione dell'art. 2 della l. 287/90 ed accoglie le istanze risarcitorie proposte dall'agente. La vicenda processuale in esame dimostra come, anche in Italia, la via giurisdizionale all'antitrust possa condurre, almeno in alcuni casi, ad una pronta ed efficace tutela delle posizioni soggettive delle imprese lese da pratiche anticoncorrenziali, come avviene da tempo nella – notevolmente più litigiosa – prassi nordamericana.

### **La pronuncia della Corte d'appello di Milano**

Nella sentenza in epigrafe, la corte – richiamati i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in merito alla nozione di intesa – sottolinea che, per provare una concertazione lesiva della concorrenza, il giudice può avvalersi di qualsiasi elemento istruttorio, comprese le presunzioni, purché siano gravi, precise e concordanti, ai sensi dell'art. 2729 cod. civ. Ciò posto, la corte ritiene che il quadro probatorio delineato dall'attrice – basato essenzialmente sulla corrispondenza commerciale tra le parti, alcuni articoli di stampa e le testimonianze assunte nel corso dell'istruttoria – deponga, in maniera precisa e concordante, nel senso dell'esistenza di una concertazione fra le società fornitrici, volta a porre in atto una reazione alla politica di sconti, pari al dieci per cento, adottata dall'agente; reazione sollecitata dalle pressioni esercitate dagli altri agenti, minacciati dalla condotta commerciale aggressiva e dal crescente successo del concorrente.

---

\* Avvocato. Dottorando di ricerca in “Diritto ed Economia” presso la LUISS Guido Carli. LLM in *Competition Law and Economics* presso l'Erasmus Universiteit di Rotterdam. E-mail: [gfaella@luiss.it](mailto:gfaella@luiss.it).

La reazione concertata alla politica di sconti dell'agente – prosegue la corte – si concretizzava nell'interruzione delle forniture da parte di due *tour operator*, che chiudevano, pressoché contemporaneamente, i codici di vendita del *discounter*, necessari per operare quale intermediario fra i clienti e gli operatori turistici nella commercializzazione dei pacchetti turistici. All'interruzione delle relazioni commerciali si accompagnava, quale parte integrante della strategia escludente attuata dai fornitori, una diffusa campagna stampa, con la quale si rendeva nota l'intenzione di reagire alla politica di sconti adottata dall'agente e se ne screditava l'immagine commerciale.

Così ricostruita l'intesa restrittiva della concorrenza, la corte procede alla liquidazione dei danni subiti dall'agente, consistenti nella perdita di utili determinata dall'interruzione delle forniture e nel danno all'immagine causato dalla campagna stampa promossa dai *tour operator*. La corte rifiuta, invece, di rinnovare l'inibitoria del comportamento escludente disposta in sede cautelare, non essendo più in corso, al momento della pronuncia di merito, rapporti commerciali tra le parti.

### **La figura del boicottaggio collettivo**

Questa, in sintesi, la pronuncia del giudice di merito; la quale si distingue, anzitutto, per la puntuale disamina di quello che pare, secondo la ricostruzione della corte, un caso esemplare di boicottaggio collettivo finalizzato a reprimere e sanzionare la condotta fortemente competitiva di un concorrente scomodo.

Il boicottaggio collettivo – che la dottrina definisce primario, se attuato mediante il rifiuto diretto di contrarre, e secondario, se realizzato esercitando pressioni su altri imprenditori, perché si astengano dall'intrattenere rapporti commerciali con una o più imprese – costituisce una figura relativamente poco esplorata nella giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di diritto antitrust<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Per contro, sussiste una nutrita, seppur in parte risalente, elaborazione giurisprudenziale e dottrina sul boicottaggio collettivo quale atto di concorrenza sleale, in quanto contrario ai principi della correttezza professionale, ai sensi della clausola generale di cui all'art. 2598, n. 3, cod. civ. Sul punto, v., negli ultimi anni, Trib. Palermo 5 luglio 2002 (ord.), *Dir. Ind.*, 2003, 277, con commento di S. MELANDRI, *Gestione di carte di credito e concorrenza sleale*; Trib. Napoli 7 gennaio 1999, *Foro Nap.*, 1999, 53; Trib. Padova 16 settembre 1998, *Foro it.*, 1999, I, 338, con nota di A. PALMIERI, ove ulteriori richiami. In dottrina, v., in particolare, P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Milano, 1969, e G. SENA, *Il boicottaggio*, Milano, 1970; tra le opere più recenti, v. G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Torino, 2001; P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2001; A. VANZETTI-V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2000. Tra i rari contributi che si sono occupati del boicottaggio collettivo quale intesa restrittiva della concorrenza, si segnala, in particolare, R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI, Bologna, 1993; R. PARDOLESI, *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Foro it.*, 1993,

Il rifiuto concertato di contrarre è tradizionalmente considerato una delle forme più nocive di discriminazione, per la sua capacità di inaridire le fonti di approvvigionamento della vittima, o precluderne gli sbocchi alla clientela, spingendosi, al limite, sino alla sua esclusione dal mercato; onde la pratica in esame è stata ritenuta, nella prassi decisionale dell’Autorità garante e della Commissione, “una delle infrazioni più gravi alle regole di concorrenza”<sup>2</sup>, e, in dottrina, “una pratica restrittiva in sé vietata ed insuscettibile di esenzione”, ammettendosene la legittimità solo quando “sia fornita la dimostrazione che le sole condizioni accettabili per l’impresa esclusa risultavano antieconomiche per chi ha opposto il rifiuto di contrattare con essa”<sup>3</sup>.

Un’analisi più approfondita, peraltro, rivela che, di là dall’evidente potenziale escludente, il boicottaggio collettivo costituisce un fenomeno notevolmente differenziato, difficilmente inquadrabile entro schemi predefiniti<sup>4</sup>. Il rifiuto concertato di contrattare riveste, di norma, una funzione essenzialmente strumentale, ponendosi come mezzo per la realizzazione di uno scopo ulteriore, che può essere di carattere commerciale, ma anche sociale o politico<sup>5</sup>.

---

V, 1; L. MANSANI, *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza tracciata dall’art. 2 della L. 287 del 1990*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1995, 161.

<sup>2</sup> V. Commissione Ce 23 luglio 1974, caso IV/426, *Carte da parati in Belgio*, G.U. L 237/3 (1974), e *Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*, provv. dell’Agcm del 3 febbraio 2000, n. 7983 (I308), *Foro It.*, Rep. 2000, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 158, e, per esteso, *Dir. ind.*, 2000, 353, con nota redazionale, *Illeciti antitrust e difesa corporativa della riserva professionale*. L’approccio rigoroso nei confronti del boicottaggio collettivo trova conferma nel Reg. n. 2790/99, sull’esenzione per categoria delle intese verticali. L’esenzione si applica ai sistemi di distribuzione selettiva che prevedano un obbligo di non concorrenza che impone ai distributori di non rivendere marche concorrenti in generale. Tuttavia, ai sensi dell’art. 5, lett. c), del regolamento, l’esenzione non copre l’obbligo del distributore di non acquistare prodotti di uno o più particolari concorrenti. Le linee direttrici chiariscono che la *ratio* della norma è evitare che un gruppo di fornitori possa precludere l’accesso al settore distributivo a un determinato concorrente: preclusione che equivarrebbe ad una forma di boicottaggio collettivo. Sul punto, v. Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sulle restrizioni verticali*, G.U. C 291/1 (2000), par. 61.

<sup>3</sup> L. MANSANI, *op. cit.*

<sup>4</sup> Cfr. H. HOVENKAMP, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, New York, 1999, 207, che mette in guardia contro una “*tendency toward overgeneralization, which often obscures rather than illuminates the purpose and likely effect of the challenged exclusion*”, e R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, 2001, 238, secondo cui “*the antitrust boycott cases involve an extraordinarily heterogeneous body of practices, many of which are not exclusionary in any sense relevant to antitrust policy*”. Per uno sforzo diretto ad elaborare una tassonomia sufficientemente comprensiva dei possibili casi di boicottaggio collettivo, si rinvia a K.L. GLAZER, *Concerted Refusal to Deal under Section 1 of the Sherman Act*, in *Antitrust L.J.*, 2002, 1.

<sup>5</sup> Sul punto, v. R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, cit.; v., altresì, R.A. POSNER, *op. cit.*, 238, che rileva come “*a boycott is simply a method of self-help enforcement*”, utilizzabile per gli

Ove il boicottaggio sia attuato per fini sociali o politici, si configura un complesso intreccio di interessi di diversa natura che difficilmente può essere risolto nella prospettiva, necessariamente limitata, della politica di concorrenza; tanto che, nel diritto statunitense, si riconosce generalmente l'immunità dall'applicazione delle norme antitrust del boicottaggio ispirato da motivazioni di carattere non commerciale ma *latu sensu* politico, nonostante i possibili effetti negativi in termini di efficienza economica<sup>6</sup>. Nell'esperienza nazionale, a quanto consta, tale fattispecie non è stata ancora esplorata; in ogni caso, la possibile interferenza dell'esigenza di tutela del mercato con diritti e valori di rango anche costituzionale – come, ad esempio, la libertà di espressione – e l'opportunità di tenere separata la sfera delle condotte commerciali, di cui si occupa il diritto della concorrenza, da quella politica, inducono a dubitare dell'adequatezza dell'intervento antitrust ove il rifiuto collettivo di contrattare sia animato da un fine sociale o politico.

Il boicottaggio economico, o commerciale, è generalmente dipinto a tinte fosche, per il suo intrinseco potenziale anticoncorrenziale. La pratica in discorso è spesso adoperata per facilitare e rafforzare fenomeni collusivi, internamente, disciplinando la condotta dei membri ricalcitranti di un cartello, od esternamente, escludendo dal mercato – o, quantomeno, cagionando un aumento dei costi di – imprese *outsider* che, con la loro condotta concorrenziale aggressiva, mettano a repentaglio la sopravvivenza dell'intesa. In tal caso, il fine manifestamente anticoncorrenziale e gli effetti negativi sull'efficienza economica derivanti dal consolidamento dell'intesa collusiva – nonché, eventualmente, dall'eliminazione o dall'innalzamento dei costi del concorrente boicottato – consigliano di applicare il divieto di cui all'art. 2 direttamente al rifiuto concertato di contrattare<sup>7</sup>.

---

scopi più diversi, spingendosi sino ad affermare che “*boycotts are properly attacked under antitrust laws only when they are used to enforce a practice that offends substantive antitrust policy*”.

<sup>6</sup> Tale immunità si fonda su due diverse teorie: la prima è che alcuni diritti garantiti da previsioni costituzionali – quali il Primo Emendamento e la *Equal Protection Clause* – prevengono l'applicazione delle leggi antitrust nel caso di boicottaggio attuato per fini sociali o politici; la seconda è che lo Sherman Act ed il Clayton Act sono applicabili esclusivamente alle condotte di carattere commerciale: v. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, St. Paul, 1999, 238. Spesso, peraltro, la linea tra *commercial* e *noncommercial boycott* è estremamente difficile da tracciare, come dimostra il caso *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411, 110 S.Ct. 768 (1990), concernente il boicottaggio del programma governativo di difesa dei non abbienti attuato dagli avvocati penalisti di Washington, D.C., per ottenere tariffe più alte e garantire il diritto degli imputati ad una difesa qualitativamente accettabile.

<sup>7</sup> La Commissione europea ha condannato forme di boicottaggio collettivo accessorie all'attuazione di accordi collusivi nei casi *Intesa tubi preisolati* (Commissione Ce 21 ottobre 1998, caso IV/35.691/E-4, in G.U. L 24/1, 1999) e *Carte da parati in Belgio*, cit.

L'intervento dell'antitrust pare altresì giustificato laddove il boicottaggio collettivo, pur non essendo strumentale all'attuazione di un'autonoma intesa restrittiva, miri ad escludere altre imprese dal mercato, in assenza di giustificazioni oggettive. Un gruppo di imprese, ad esempio, potrebbe rifiutare di contrattare con un fornitore che intende entrare nel mercato a valle, al fine di indurlo ad abbandonare il suo progetto di integrazione verticale<sup>8</sup>, o negare l'accesso ad un rilevante fattore produttivo ad un concorrente che ha realizzato un'importante innovazione, per impedire o ritardare l'immissione in commercio del nuovo prodotto<sup>9</sup>; in un mercato oligopolistico, le principali imprese potrebbero tentare di eliminare un concorrente *maverick* che ostacoli il coordinamento tacito delle condotte concorrenziali degli oligopolisti, o prevenire l'ingresso di altre imprese, rifiutando di contrattare con fornitori o rivenditori che intrattengano relazioni commerciali con il nuovo entrante.

L'evidente potenziale anticoncorrenziale del rifiuto collettivo di contrattare, peraltro, non giustifica un divieto indiscriminato: l'analisi si complica, infatti, nei casi in cui la pratica miri alla salvaguardia di interessi meritevoli di tutela, alla difesa da aggressioni antiggiuridiche e, in particolare, alla tutela di diritti di proprietà intellettuale, laddove il giudizio d'illiceità sembra presupporre una valutazione comparativa dei diversi interessi in gioco<sup>10</sup>. Non è tutto. In alcune ipotesi, il rifiuto concertato di contrattare potrebbe

---

<sup>8</sup> Cfr. la decisione dell'Agcm in *Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*, cit., e, nell'esperienza statunitense, in particolare, *Eastern States Retail Lumber Dealers' Assn. v. United States*, 234 U.S. 600 (1914).

<sup>9</sup> Sul punto, v. H. HOVENKAMP, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, cit., 218.

<sup>10</sup> Cfr. R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, cit., 241. Nell'esperienza nazionale, la questione della legittimità del boicottaggio collettivo diretto a salvaguardare diritti di proprietà intellettuale è stata oggetto d'esame, nei primi anni di applicazione della l. 287/90, in App. Milano, 5 febbraio 1992 (ord.), *Giur. comm.*, 1992, 437, con nota di S. VEZZOSO, *Questioni in tema di monopoli legali fra il diritto antitrust e il diritto di autore*. Nella specie, l'A.F.I. (Associazione Fonografici Italiani) aveva stipulato un accordo con la S.I.A.E. affinché questa non concedesse più alle ricorrenti le autorizzazioni indispensabili alla commercializzazione di CD *live*, registrati senza il consenso degli artisti, ed aveva intimorito e diffidato i produttori dei CD di cui le ricorrenti si servivano. La corte ha ritenuto lecite e non sanzionabili ai sensi della l. antitrust le iniziative concordate dirette ad impedire la commercializzazione di prodotti in violazione del diritto patrimoniale d'autore. Non è chiaro, peraltro, fino a che punto le corti e le autorità di tutela della concorrenza siano disposte a riconoscere la legittimità della pratica come strumento di difesa da un'aggressione antiggiuridica: l'iniziativa, infatti, potrebbe essere considerata una reazione eccessiva od inappropriata, nella misura in cui le imprese potrebbero avvalersi dei mezzi di tutela all'uopo predisposti dall'ordinamento o, comunque, di alternative meno restrittive. Nell'esperienza statunitense, cfr. *Fashion Originators' Guild of America v. FTC*, 312 U.S. 457, 61 S.Ct. 703 (1941), ove la Suprema Corte ha ritenuto illegittimo il rifiuto concertato di contrattare opposto dai produttori di capi d'abbigliamento femminili d'alta moda ai rivenditori che commercializzavano

riflettere legittime esigenze commerciali delle imprese, permettendo la realizzazione di transazioni capaci di generare guadagni di efficienza: si pensi, in particolare, al rifiuto di ammissione o all'espulsione di un'impresa da un'associazione, un'organizzazione o una *joint venture*, che possono essere giustificati dalla necessità di assicurare il funzionamento di forme d'integrazione tra imprese che consentano di ridurre i costi e/o di migliorare la produzione o la distribuzione; o, ancora, al rifiuto di contrattare connesso ad un'attività di fissazione di standard che permetta di accrescere il livello qualitativo di prodotti o servizi e ridurre i costi d'informazione per i consumatori<sup>11</sup>.

In conclusione: una pur sommaria ricognizione suggerisce che il rifiuto collettivo di contrattare può essere adottato per le ragioni e con le finalità più diverse, non necessariamente anticoncorrenziali e, a volte, difficilmente valutabili in un'ottica ristretta di tutela del mercato. Mentre il boicottaggio commerciale diretto a disciplinare la condotta concorrenziale di altre imprese o ad escluderle dal mercato, in assenza di guadagni in termini di efficienza o, comunque, di una giustificazione oggettiva che possa ritenersi meritevole di tutela, pare *prima facie* restrittivo della concorrenza ed insuscettibile di esenzione, nelle altre ipotesi l'analisi diviene notevolmente più complessa ed articolata. L'esperienza antitrust statunitense – ove, sebbene la Corte Suprema abbia sancito, negli anni cinquanta, il divieto *per se* del boicottaggio collettivo, il suo ambito di applicazione è stato significativamente circoscritto nel corso degli anni, fino ad occupare uno spazio residuale<sup>12</sup> – conferma l'inadeguatezza di soluzioni

---

imitazioni degli originali, rigettando la difesa secondo cui la pratica era diretta a prevenire atti di pirateria commerciale, in quanto i disegni non erano protetti da diritto d'autore o brevetto e, qualora fossero stati protetti dalle norme sulla *unfair competition*, i produttori avrebbero avuto a disposizione un'alternativa meno restrittiva, ovvero agire in giudizio contro gli atti di slealtà concorrenziale.

<sup>11</sup> Per una discussione delle problematiche relative al rifiuto di contrattare connesso a forme d'integrazione tra imprese, od alla fissazione di standard, si rinvia a H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, cit., 224, e K.L. GLAZER, *op. cit.*

<sup>12</sup> La Corte Suprema ha sancito per la prima volta l'assoggettabilità del boicottaggio collettivo alla *per se* rule in *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959): “group boycotts ... have long been held to be in the forbidden category. They have not been saved by allegations that they were reasonable in the specific circumstances, nor by a failure to show that they “fixed or regulated prices, parcelled out or limited production, or brought about a deterioration in quality.” ... Even when they operated to lower prices or temporarily stimulate competition they were banned”. Negli anni seguenti, la Corte ha applicato ancora la *per se* rule: v., in particolare, *Silver v. New York Stock Exchange*, 373 U.S. 341 (1963) e *United States v. General Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1966); in *St. Paul Fire & Marine Ins. Co. v. Barry*, 438 U.S. 531, 543 (1978), peraltro, la stessa ha riconosciuto che “boycotts are not a unitary phenomenon”. Successivamente, in *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery and Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985), concernente l'espulsione di un'impresa da una cooperativa di acquisto all'ingrosso, la Corte Suprema – ricordata l'affermazione di L.A. Sullivan, secondo cui “there is more confusion about the scope and operation of the *per se* rule against group boycotts than in reference to any

aprioristiche, che ricolleghino la violazione della normativa antitrust al mero accertamento del rifiuto concertato di contrattare. E' necessario, allora, riconoscere la natura variegata della fattispecie, riporre la spada dell'illiceità *per se* ed indagare, in concreto, quali siano il fine ed i probabili effetti del rifiuto collettivo di intrattenere relazioni commerciali.

### **Il rifiuto concertato di contrattare attuato dai *tour operator*: alla ricerca di una motivazione plausibile**

Nel caso di specie, la corte ritiene che il rifiuto di contrattare opposto dai *tour operator* perseguisse l'obiettivo anticompetitivo di impedire all'agente di proseguire la sua politica di sconti, allentando la pressione concorrenziale nel settore della distribuzione di pacchetti-viaggio e mantenendo il controllo sui prezzi di mercato. Il sospetto è che gli operatori turistici agissero, sostanzialmente, quale "braccio armato" degli altri agenti, per assicurare il rispetto di un'intesa orizzontale nel mercato a valle, o, quantomeno, per disciplinare un concorrente scomodo che, con la sua politica di prezzi aggressiva, turbava delicati equilibri di mercato e prassi di settore<sup>13</sup>.

---

*other aspect of the per se doctrine*" (L.A. SULLIVAN, *Handbook of the Law of Antitrust*, 1977) – ha limitato l'ambito del divieto *per se* ai casi di "*joint efforts by a firm or firms to disadvantage competitors by 'either directly denying or persuading or coercing suppliers or customers to deny relationships the competitors need in the competitive struggle'*". Con riferimento al caso in esame, la corte ha sottolineato che "*wholesale purchasing cooperatives must establish and enforce reasonable rules in order to function effectively*" e concluso che "*unless the cooperative possesses market power or exclusive access to an element essential to effective competition, the conclusion that expulsion is virtually always likely to have anticompetitive effects is not warranted*". Sul punto, v., altresì, *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986), che ha ristretto il campo d'applicazione della *per se rule* ai casi "*in which firms with market power boycott suppliers or customers in order to discourage them from doing business with a competitor*". Più in dettaglio, sull'esperienza statunitense, v., tra gli altri, L.A. SULLIVAN-W.S. GRIMES, *The law of antitrust: an integrated handbook*, St. Paul, 2000, 266; H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, cit., 218, e, ancora, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, cit., che distingue tra "*naked*" *concerted refusals to deal* – il cui unico scopo è ridurre la produzione o alzare i prezzi –, che sono illegittimi *per se*, ed "*ancillary*" *concerted refusals to deal* – accessori a forme d'integrazione tra imprese e diretti, specificamente, a migliorare la produzione o la distribuzione –, soggetti invece alla *rule of reason*.

<sup>13</sup> In merito alle presunte tendenze collusive nel settore della distribuzione di pacchetti turistici, si noti che è attualmente in corso un'istruttoria dell'Agcm – avviata, tra l'altro, proprio a seguito di una segnalazione inviata da Bluvacanze – per accertare se alcune iniziative di FIAVET Emilia-Romagna-Marche, associazione di imprese che esercitano l'attività professionale di viaggi e turismo, abbiano violato l'art. 2 l. 287/90, in quanto dirette ad uniformare i comportamenti di mercato degli agenti in merito a prezzi,

La corte rileva che l'intesa restrittiva della concorrenza, avente ad oggetto la repressione della politica di sconti dell'agente, avrebbe anche potuto trovare attuazione tramite metodologie diverse dall'interruzione delle relazioni commerciali, sottolineando che "non sono i mezzi posti in essere, o quantomeno non sono soltanto i mezzi posti in essere, quanto le finalità perseguite a qualificare il comportamento concordato come idoneo ad integrare gli estremi di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 287/90". Attribuendo un peso decisivo all'obiettivo anticoncorrenziale in concreto perseguito dai fornitori, la pronunzia in epigrafe pone in risalto la valenza strumentale del boicottaggio collettivo, allontanando l'ombra di pericolose generalizzazioni.

La ricostruzione della vicenda operata dalla corte d'appello, peraltro, lascia aperti alcuni interrogativi. Le perplessità nascono dal fatto che margini più elevati per i distributori si traducono in un aumento dei costi sostenuti dal produttore per la commercializzazione dei suoi prodotti, prezzi finali più alti e – salvo quanto si dirà appresso – minori vendite. Pertanto, come riconosciuto dalla stessa corte d'appello, la repressione della politica di sconti di Bluvacanze contraddiceva gli interessi dei *tour operator*, che avrebbero beneficiato delle maggiori vendite legate a minori costi di intermediazione ed al mantenimento di un settore distributivo concorrenziale. La domanda, allora, è perché i fornitori avrebbero dovuto cedere alle pressioni dei distributori, sacrificando i propri interessi commerciali per assicurare loro maggiori profitti<sup>14</sup>.

In effetti, ove importanti distributori godano di un significativo potere negoziale, i produttori possono essere obbligati a soddisfare le loro richieste<sup>15</sup>; è lecito chiedersi, peraltro, se gli agenti detenessero – singolarmente o collettivamente, tramite le

---

diritti di agenzia e condizioni di vendita: v. provv. dell'Agcm 30 luglio 2003, n. 12283, *FLAVET Emilia-Romagna-Marche-Bluvacanze-FLAVET Lombardia* (1562), con cui è stato disposto l'avvio dell'istruttoria.

<sup>14</sup> Sul punto, cfr. K.L. GLAZER, *op. cit.*, secondo cui, posto che normalmente non è nell'interesse dei fornitori ridurre la concorrenza nel mercato a valle, "*any claim that firms conspired to eliminate competition in a different market should be greeted with some initial skepticism*"; v., inoltre, *JTC Petroleum Co. v. Piasa Motor Fuels, Inc.*, 190 F.3d 775 (7<sup>th</sup> Cir. 1999), ove il giudice Poster, rilevato come "*it might seem to make no sense from the producers' standpoint to shore up a cartel of their customers. Cartels ... raise price above the competitive level and by doing so reduce the demand for their product*", ha esplorato la possibilità che i fornitori fossero stati sostanzialmente pagati – sotto forma di maggiori prezzi corrisposti dai membri del cartello – per assicurare il funzionamento dell'accordo collusivo nel mercato a valle.

<sup>15</sup> Cfr. la decisione della Federal Trade Commission statunitense nel caso *Toys "R" Us, Inc.*, FTC No. 9278 (Oct. 13, 1998), confermata in *Toys R Us, Inc. v. FTC*, 221 F.3d 928 (7<sup>th</sup> Cir. 2000). Nella specie, il gigante della distribuzione di giocattoli Toys "R" Us aveva esercitato pressioni sui propri fornitori affinché questi non vendessero i loro prodotti più popolari a distributori concorrenti che praticavano sconti ed i produttori avevano acconsentito ad interrompere le forniture, a condizione che anche gli altri facessero lo stesso.



associazioni di categoria – un *buying power* tale da indurre gli operatori turistici ad adoperarsi per ristabilire la *quiet life* nel settore distributivo. La corte non si sofferma sul punto, non dissolvendo del tutto il dubbio che la motivazione per l'uso della pratica risiedesse altrove.

Una possibile spiegazione alternativa è che, in realtà, gli operatori turistici avessero un interesse diretto a reprimere la politica di sconti di Bluvacanze: in tale direzione, sembrano ipotizzabili, in astratto, due scenari. Anzitutto, è possibile che il rifiuto concertato di contrattare mirasse a facilitare l'attuazione di intese restrittive o il coordinamento tacito delle condotte concorrenziali dei *tour operator* nel mercato dei pacchetti-viaggio. La politica di prezzi aggressiva dell'agente poteva destabilizzare forme di collusione espressa o tacita tra i *tour operator*, diminuendo il livello di trasparenza dei prezzi nel mercato e, quindi, la possibilità di monitorare il comportamento dei concorrenti<sup>16</sup>. L'interruzione delle relazioni commerciali con il *discounter* avrebbe ristabilito condizioni favorevoli al coordinamento delle condotte concorrenziali dei fornitori. Tale ricostruzione, evidentemente, confermerebbe la valenza intrinsecamente anticoncorrenziale del boicottaggio collettivo attuato dai *tour operator* ai danni dell'agente, in quanto diretto a facilitare fenomeni collusivi nel mercato a monte.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Ciò in quanto, ove i costi di distribuzione varino, è difficile per i produttori determinare se un cambiamento dei prezzi praticati al consumatore finale sia dovuto a fenomeni di *cheating* da parte dei concorrenti o al minor margine incamerato dai distributori: v. J. CHURCH-R. WARE, *Industrial Organization: a Strategic Approach*, Boston, 2000, 353.

<sup>17</sup> L'ipotesi dell'adozione di politiche di prezzo parallele da parte degli operatori turistici, peraltro, pare difficilmente conciliabile con le caratteristiche del mercato in esame: considerato che i pacchetti di viaggio-soggiorno sono prodotti che si differenziano per tipo, destinazione, data di partenza e qualità del servizio offerto, i *tour operator* avrebbero dovuto coordinarsi in relazione ad una moltitudine di prezzi; inoltre, nel mercato dei pacchetti turistici la variabile strategica determinante sembrerebbe essere la quantità da immettere sul mercato, piuttosto che il livello dei prezzi. Cfr., sul punto, Commissione Ce 22 settembre 1999, caso IV/M.1524, *Airtours/First Choice*, G.U. L 93/1 (2000), che, con riferimento al mercato oligopolistico dei pacchetti turistici in Inghilterra, premesso che le imprese scelgono la quantità da immettere sul mercato nel periodo di programmazione, anteriormente alla stagione delle vendite, ha evidenziato come, una volta fissata la produzione, vi sia un forte incentivo ad immettere la capacità programmata sul mercato, in quanto i pacchetti turistici sono beni destinati a perdere ogni valore in caso di mancata vendita prima della data fissata per la partenza. Nella specie, l'esecutivo comunitario aveva prospettato l'esistenza di tendenze collusive nel mercato dei pacchetti per vacanze all'estero a corto raggio, in relazione non ai prezzi ma alle quantità immesse sul mercato; la decisione, come noto, è stata annullata da Trib. I grado 25 marzo 1999, causa T-102/96, *Airtours Plc c. Commissione, Foro it.*, 2003, IV, 35, con nota di G. COLANGELO, che ha censurato l'analisi svolta ed il quadro probatorio delineato dalla Commissione.

In alternativa, nel tentativo di individuare una possibile *business justification* del comportamento degli operatori turistici, si potrebbe ipotizzare che, arginando la politica di sconti di Bluvacanze, essi intendessero evitare uno scadimento del livello qualitativo del servizio di distribuzione offerto dagli agenti. L'analisi economica delle restrizioni verticali, in effetti, insegna che, in alcuni casi, garantire margini più elevati ai rivenditori consente al produttore di prevenire fenomeni di *free riding* ed incentivare maggiori sforzi promozionali ed investimenti da parte dei distributori, con un effetto espansivo sulle vendite. Inquadrata nell'ambito dei rapporti verticali che intercorrono tra *tour operator* ed agenti, l'interruzione delle relazioni commerciali col *discounter* potrebbe rappresentare un (maldestro) tentativo dei fornitori di ridurre la pressione concorrenziale nel mercato a valle al fine di promuovere una distribuzione più efficiente dei pacchetti turistici<sup>18</sup>.

Senonché, la presenza di elementi probatori a sostegno dell'esistenza di una concertazione orizzontale tra i diversi operatori turistici rende la lettura in chiave efficientista della vicenda in esame poco convincente. Per realizzare i possibili guadagni di efficienza legati all'impiego di restrizioni verticali, infatti, i produttori, di norma, non hanno bisogno di coordinarsi: al fine di preservare l'efficienza della propria rete distributiva, i *tour operator* avrebbero potuto, e dovuto, adottare appropriate iniziative individuali, assicurando un'adeguata protezione ai propri *dealer*, entro i limiti posti dal diritto della concorrenza<sup>19</sup>. Laddove i fornitori concordino le iniziative da assumere per arginare la condotta competitiva del *discounter* e ridurre la pressione concorrenziale nel mercato a valle, l'apparato concettuale elaborato con riferimento alle restrizioni verticali *intra-brand* si rivela inadeguato e si affaccia lo spettro della collusione – espressa o tacita – tra distributori o tra produttori.

### **La sensibile restrizione della concorrenza**

---

<sup>18</sup> In quest'ottica, il rifiuto di contrattare rappresenterebbe il mezzo utilizzato dai fornitori per mantenere il controllo sui prezzi di rivendita; controllo che la corte considera illegittimo – in ossequio all'incrollabile dogma dell'illiceità del *resale price maintenance* – forse troppo sbrigativamente. La sentenza in epigrafe, infatti, non esamina la possibilità di qualificare il rapporto intercorrente tra *tour operator* e agenti come agenzia in senso stretto ai sensi delle linee direttrici sulle restrizioni verticali, nel qual caso, secondo l'orientamento della Commissione, i fornitori avrebbero la facoltà di stabilire il prezzo e le condizioni a cui l'agente può vendere i prodotti: cfr. *Linee direttrici sulle restrizioni verticali*, cit., par. 12-20.

<sup>19</sup> I fornitori non si erano, in precedenza, adoperati per garantire maggiore protezione ai propri agenti. La società I viaggi del Ventaglio aveva ottenuto l'impegno di Bluvacanze a non applicare più lo sconto incondizionato del dieci per cento; tuttavia – a prescindere dai profili d'illegittimità di detta clausola, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. a) della l. antitrust – l'operatore turistico non aveva mai reagito al mancato rispetto di detto impegno, dimostrando, sostanzialmente, di non avervi interesse.

Alcune brevi annotazioni sulla consistenza della restrizione della concorrenza. Onde evitare i consueti rilievi critici diretti ad un'interpretazione del diritto antitrust che tuteli la posizione dei concorrenti, piuttosto che la concorrenza, pare opportuno circoscrivere l'ambito di operatività del divieto di cui all'art. 2 ai casi di boicottaggio collettivo che abbiano, o possano avere, un impatto significativo sul mercato, ferma restando, nelle rimanenti ipotesi, la possibilità di ricorrere alla tutela disposta dall'art. 2598 cod. civ. avverso gli atti contrari alla correttezza professionale, ove ne sussistano i presupposti<sup>20</sup>. Nella sentenza in epigrafe, la corte ritiene che l'intesa incidesse in maniera significativa sulla concorrenza, posto che la quota di mercato delle imprese che avevano partecipato alla concertazione era notevolmente superiore alla soglia del cinque per cento oltre la quale la vicenda può assumere rilevanza ai sensi della normativa antitrust, secondo la comunicazione c.d. *de minimis* del 9 dicembre 1997 (in vigore all'epoca dei fatti e confermata sul punto dalla successiva comunicazione del 22 dicembre 2001<sup>21</sup>); inoltre – prosegue la corte – ove l'intesa abbia per oggetto o per effetto di fissare, in maniera diretta o indiretta, i prezzi, o di limitare le vendite, l'applicabilità del divieto non può essere esclusa neppure qualora le quote di mercato siano inferiori alla soglia indicata. Sebbene la conclusione cui giunge la corte sia probabilmente corretta, l'analisi svolta solleva alcune perplessità. Anzitutto, posto che la comunicazione *de minimis* ha valore interpretativo e non normativo, sarebbe stato opportuno far riferimento all'ultima comunicazione emanata dalla Commissione, la quale, contrariamente a quanto rileva la corte, ha innalzato la soglia d'allarme per le intese orizzontali al dieci per cento<sup>22</sup>. In secondo luogo, considerato che nel caso in esame il rifiuto concertato di contrattare era diretto, secondo la ricostruzione della corte, a ridurre la concorrenza tra gli agenti, la consistenza della restrizione andava apprezzata anzitutto nel mercato a valle. Oltre alla quota di mercato dei fornitori, quindi, sarebbe stato opportuno analizzare la posizione di mercato di Bluvacanze, la cui politica concorrenziale aggressiva l'intesa restrittiva

---

<sup>20</sup> In senso contrario alla limitazione dell'intervento antitrust ai casi che superino una soglia minima di rilevanza, v. L. MANSANI, *op. cit.*, secondo cui l'applicazione del divieto di cui all'art. 2 non può essere esclusa guardando "al generale assetto concorrenziale del mercato, nel quale l'impresa sfavorita può anche rivestire un ruolo comprimario senza che per questo l'esigenza di tutelare la sua posizione venga meno".

<sup>21</sup> Si tratta, rispettivamente, della *Comunicazione relativa gli accordi di importanza minore che non sono contemplati dalle disposizioni dell'articolo 85, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea*, in G.U. C 372/13 (1997), e della *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del Trattato che istituisce la Comunità Europea*, in G.U. C 368/13 (2001).

<sup>22</sup> Si tratterebbe, in ogni caso, di un'imprecisione priva di conseguenze pratiche, considerato che la quota di mercato congiunta delle imprese partecipanti alla concertazione era pari a circa il quaranta per cento.

intendeva reprimere. Rispetto alla restrizione della concorrenza nel settore distributivo, la quota di mercato congiunta dei *tour operator* costituiva soltanto un indizio dell'efficacia del mezzo utilizzato in relazione al risultato anticoncorrenziale perseguito.

### **Il risarcimento del danno antitrust**

La pronunzia in epigrafe rappresenta una delle rarissime occasioni in cui il giudice ordinario ha riconosciuto il risarcimento del danno arrecato da pratiche anticoncorrenziali. Il tema del risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust – a lungo negletto, complice la scarsità di pronunzie dei giudici nazionali – è assunto al centro di un dibattito dottrinario e giurisprudenziale dai confini ancora incerti. La problematica ha vissuto, negli ultimi tempi, alterne vicende, oscillando tra le aperture, peraltro discutibili, della giurisprudenza comunitaria – che ha riconosciuto alla parte debole di un accordo illecito il diritto al risarcimento dei danni subiti a causa di detto accordo<sup>23</sup> – e l'atteggiamento restrittivo assunto dalla suprema corte in merito al ristoro del danno arrecato ai consumatori da un'intesa restrittiva, ritenuto risarcibile solo ove sia dimostrata la lesione di uno specifico – e, invero, fantomatico – diritto soggettivo<sup>24</sup>, in contrasto, tra l'altro, con la sentenza delle S.U. n. 500/1999, che ha ammesso la risarcibilità di ogni posizione meritevole di tutela da parte dell'ordinamento<sup>25</sup>.

Nel rinviare, per un'analisi più approfondita, all'ormai copiosa produzione dottritaria sul tema<sup>26</sup>, si segnala come la sentenza in esame offra interessanti indicazioni su due

---

<sup>23</sup> Corte giust. 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage/Crehan*, in *Foro it.*, 2002, IV, 75, con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal . . . si lagni e chiedi i danni»*, E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, e G. ROSSI, *«Take Courage»! La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*.

<sup>24</sup> Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, *Foro it.*, 2003, I, 1121, con note di A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni «extravagantes» per un illecito inconsistente*, e di E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*.

<sup>25</sup> Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Foro it.*, 1999, I, 2487, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, e 3201, con note di R. CARANTA, F. FRACCHIA, A. ROMANO, E. SCODITTI

<sup>26</sup> V., in particolare, M. TAVASSI-M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust - Tutela giurisdizionale della concorrenza*, Milano, 1998; S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust in Inghilterra e in Italia*, in *Danno e resp.*, 1998, 1066; S. BASTIANON, *Antitrust e risarcimento del danno: atto secondo*, in *Danno e resp.*, 1997, 602; A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996; C. OSTI, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 1996, 105; S. BASTIANON, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 1996, 555; L. NIVARRA [e G. MASSA], *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI

aspetti in particolare: il nesso causale tra condotta anticoncorrenziale e pregiudizio arrecato al soggetto leso, da un lato, ed i criteri per la quantificazione del danno, dall'altro.

Sul piano del rapporto di causalità, la corte ritiene che, qualora un'impresa abbia preso parte attivamente alla concertazione, contribuendo alla definizione del disegno anticoncorrenziale, ma non abbia adottato un congruente comportamento sul mercato, il nesso causale tra condotta illecita e danno è interrotto; soluzione opinabile, ove si consideri che concertazione e successiva condotta sul mercato – che della prima costituisce il momento attuativo – rappresentano elementi costitutivi di un'unica infrazione, alla quale si ricollega il danno subito dal soggetto leso.

Per quanto concerne la quantificazione del lucro cessante, la corte liquida il danno secondo criteri presuntivi, stimando il guadagno che l'agente avrebbe potuto realizzare se i *tour operator* non avessero chiuso i codici d'accesso, mediante la proiezione dei dati registrati in passato e che, ragionevolmente, si sarebbero ripetuti durante il periodo del boicottaggio. Il criterio seguito dal giudice di merito pare sostanzialmente in linea con la teoria – di origine statunitense, ma che sembra condivisa anche dalla più recente giurisprudenza antitrust nazionale – secondo cui il danno risarcibile è pari alla differenza tra l'attuale situazione del soggetto danneggiato e la sua *but-for condition*, ovvero la situazione in cui egli si troverebbe ove la condotta anticoncorrenziale non fosse stata posta in essere, a parità di tutte le altre condizioni<sup>27</sup>.

La limpidezza del criterio, peraltro, si scontra con la difficoltà di applicarlo in concreto. La stima dei profitti d'impresa non percepiti a causa della condotta anticoncorrenziale, infatti, è particolarmente complessa e delicata, data la varietà di fattori che possono incidere sulla *performance* di un'impresa: si pensi, in particolare, alle possibili variazioni delle condizioni generali di mercato, o alla strategia commerciale adottata dal soggetto leso. In altri termini, il problema, di non poco momento, è isolare la mancata redditività della vittima eziologicamente riferibile alla pratica anticoncorrenziale, tenendo conto delle diverse variabili di mercato che possono influenzare la capacità dell'impresa di generare profitti. La quantificazione del lucro cessante implica

---

GRIFFI, L.C. UBERTAZZI, Bologna, 1993; con specifico riferimento alla disciplina comunitaria, v. M. ORLANDI, *La risarcibilità del danno causato da una violazione delle norme comunitarie antitrust*, in *Giur. merito*, 2000, IV, 971.

<sup>27</sup> Sul punto, v., in particolare, R.D. BLAIR-W.H. PAGE, *Speculative antitrust damages*, in *Wash. L. Rev.*, 1995, 433; nella giurisprudenza nazionale, cfr. la soluzione adottata, da ultimo, in App. Roma, 20 gennaio 2003, *Foro it.*, 2003, I, 2474, con nota di S. BASTIANON, ove ulteriori richiami di giurisprudenza e dottrina. Nella specie, la corte ha ritenuto che il danno conseguente all'illegittima esclusione di un'impresa dal mercato potesse essere quantificato applicando la quota di mercato, detenuta dal concorrente escluso prima del comportamento abusivo, al valore complessivo del mercato di riferimento.

valutazioni che assumono, inevitabilmente, carattere speculativo, tanto che, quando il grado di ipoteticità diviene eccessivo, non resta che affidarsi al criterio equitativo di cui all'art. 1226 cod. civ.

Nel caso di specie, la corte non arresta la sua analisi di fronte all'inevitabile difficoltà di quantificare in concreto il mancato guadagno conseguente al boicottaggio attuato dai *tour operator*. Essa stima, anzitutto, le vendite che l'agente avrebbe potuto realizzare durante l'interruzione delle forniture – ovvero, i mesi di aprile, maggio e giugno 2001, periodo strategico per la commercializzazione dei pacchetti turistici, in quanto precedente la stagione estiva – applicando al valore medio mensile delle vendite realizzate nel corso dei primi tre mesi del 2001, moltiplicato per tre (i tre mesi del boicottaggio), una percentuale di crescita calcolata sulla base dell'andamento delle vendite registrato nello stesso periodo dell'anno precedente. La corte calcola, quindi, il mancato guadagno, applicando al valore complessivo delle vendite non realizzate a causa del boicottaggio la commissione prevista dagli accordi commerciali tra le parti, dedotto lo sconto del dieci per cento che l'agente praticava su ogni pacchetto venduto. Il giudice non include nel computo del mancato utile i possibili costi di gestione legati alle maggiori vendite che l'agente avrebbe potuto realizzare, rilevando che, in un'attività di intermediazione quale quella di Bluvacanze, i costi variabili sono trascurabili e, in ogni caso, essi sarebbero stati coperti dalla somma fissa, denominata "spese dossier", che viene richiesta al consumatore per ciascuna prenotazione. E' rigettata, infine, l'eccezione secondo cui, durante l'interruzione dei rapporti commerciali, l'agente avrebbe potuto sostituire le forniture negategli con pacchetti turistici di altre imprese, dato il basso grado di intercambiabilità tra i prodotti dei diversi *tour operator*, quantomeno nel breve periodo.

Considerato che la difficoltà di quantificare con precisione il mancato utile realizzato a causa di una pratica anticoncorrenziale costituisce uno dei principali fattori che scoraggiano il ricorso alla tutela giurisdizionale in *subiecta materia*, la dettagliata disamina della richiesta di risarcimento effettuata dalla corte di appello utilizzando strumenti di analisi economica non può che essere salutata con particolare favore.

Singolare, invece, la quantificazione del danno all'immagine e alla reputazione commerciale subito dall'agente, che è liquidato, in via equitativa, in misura pari a 50.000 euro, "avendo come riferimento per la liquidazione la somma di L. 100.000.000 che la stessa difesa de I Viaggi del Ventaglio [una delle parti dell'intesa restrittiva, *ndr*] ha indicato come idonea a ristorare il danno che assumeva di aver subito in forza dell'esecuzione del provvedimento cautelare ottenuto da Bluvacanze" [*sic*].

### **Il rigetto della domanda di inibitoria definitiva**

Alcuni brevi cenni sul rigetto dell'inibitoria del comportamento escludente richiesta dall'agente. Come noto, nonostante l'art. 33, comma 2, l. 287/90 contempli solo l'azione di nullità e quella di risarcimento del danno, la dottrina prevalente ha da tempo sottolineato la necessità di riconoscere l'ammissibilità dell'inibitoria finale, quale strumento di tutela complementare rispetto alla misura risarcitoria, posto che quest'ultima non consente di soddisfare le esigenze di tutela preventiva del soggetto leso e, a volte, neppure di ristabilire lo *status quo ante*, in particolare qualora la pratica anticoncorrenziale metta a repentaglio l'esistenza stessa della vittima<sup>28</sup>. La costante giurisprudenza di merito, peraltro, ha escluso la configurabilità dell'azione inibitoria definitiva, aderendo alla lettera dell'art. 33, comma 2, l. antitrust<sup>29</sup>; una recente pronuncia della corte d'appello di Torino ha confermato tale orientamento, precisando che, ai sensi dell'art. 15 della l. 287/90, ogni intervento di tipo interdittivo-precettivo è riservato, per legge, all'Autorità garante<sup>30</sup>.

Nel caso in esame, la corte rigetta la richiesta di inibitoria definitiva, non per la sua astratta improponibilità, ma perché ritenuta non più attuale, non essendo più in corso rapporti commerciali tra le parti al momento della pronuncia di merito; implicitamente, quindi, la sentenza in epigrafe sembra aprire i primi spiragli nella direzione di una più efficace protezione delle posizioni soggettive dei privati lese da pratiche anticoncorrenziali, sebbene – a fronte della chiara lettera dell'art. 33, comma 2, l. antitrust – il percorso verso il superamento del vuoto di tutela che sembra esistere nel nostro ordinamento appaia ancora accidentato.

---

<sup>28</sup> Per una ricognizione delle principali teorie formulate in dottrina a sostegno dell'ammissibilità della misura inibitoria definitiva, cfr. M. TAVASSI-M. SCUFFI, *op. cit.*, nonché G. CAPUTI, *Il diritto privato e le regole antitrust, un rapporto ancora problematico*, in *Diritto e formazione*, 2002, 1359; sul punto, v., altresì, M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 649.

<sup>29</sup> V., in particolare, App. Cagliari, 23 gennaio 1999, *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 132; App. Milano, 18 luglio 1995, *id.*, 1996, I, 276, con nota di A. BARONE, *Danni da abuso di posizione dominante e giurisdizione ordinaria*.

<sup>30</sup> App. Torino, 7 agosto 2001, *id.*, Rep. 2002, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 172. Sull'evoluzione giurisprudenziale in materia, v., da ultimo, M. SCUFFI, *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, I, 95. L'Autore sottolinea come, anche volendo riconoscere la configurabilità dell'inibitoria definitiva, questa sarebbe difficilmente eseguibile, considerata la difficoltà di utilizzare il rimedio dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2931 e 2933 cod. civ. a fronte dell'inottemperanza di obblighi aventi ad oggetto prestazioni infungibili. Peraltro, l'ordinanza cautelare emessa dalla corte d'appello di Milano nell'ambito della vicenda processuale in esame ha evidenziato come, in caso di mancato rispetto dell'inibitoria, sussisterebbe pur sempre la garanzia della tutela penale di cui all'art. 388 cod. pen.

### **Il giudice civile ed il diritto antitrust: verso una crescente rilevanza della tutela giurisdizionale?**

A questo punto, la vicenda processuale in esame induce ad alcune riflessioni sul ruolo che può giocare la tutela giurisdizionale nell'*enforcement* del diritto della concorrenza, ora che, a quasi quattordici anni dall'approvazione della l. 287/90, il sistema antitrust nazionale si avvia verso l'età matura. Come noto, mentre nel sistema statunitense l'applicazione giudiziale del diritto antitrust è particolarmente sviluppata – anche in virtù di alcuni istituti che incentivano o facilitano l'azione dei privati, come, in particolare, i c.d. *treble damages*, le *contingency fees* e la *class action* – in Europa i casi di azioni civili promosse dalle vittime di pratiche anticoncorrenziali sono ancora piuttosto limitati. L'esperienza italiana conferma la scarsa propensione delle vittime di pratiche anticoncorrenziali ad adire l'autorità giudiziaria, nonostante la tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive dei privati possa essere ben più efficace di quella garantita, in via riflessa, dall'operato dell'Agcm, diretto a salvaguardare interessi di carattere generale: solo il giudice civile, infatti, può, ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. 287/90, disporre misure cautelari, dichiarare la nullità delle intese restrittive e riconoscere il risarcimento dei danni subiti.

Sebbene non siano mancate, anche di recente, voci a sostegno della superiorità del *public enforcement* e dell'inopportunità di un maggior ricorso alla tutela giurisdizionale<sup>31</sup>, l'orientamento prevalente auspica un consolidamento del *private enforcement*, per rafforzare l'impatto e l'efficacia delle regole di concorrenza – incrementando la funzione deterrente del sistema sanzionatorio nel suo complesso e consentendo alle autorità antitrust di concentrare le proprie risorse nell'individuazione e repressione delle violazioni più gravi – ed assicurare un'adeguata tutela delle posizioni giuridiche dei privati lese da pratiche anticoncorrenziali<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> In tal senso, v. W.P.J. WILS, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 2003, 473, secondo cui l'applicazione del diritto della concorrenza da parte di soggetti pubblici a ciò deputati è intrinsecamente superiore per tre ragioni principali: gli organi amministrativi sono dotati di poteri investigativi e sanzionatori più efficaci; l'azione giurisdizionale dei privati è dettata da intenti egoistici di perseguimento del profitto che differiscono sostanzialmente dall'interesse generale; la tutela giurisdizionale implica costi più elevati.

<sup>32</sup> In tal senso, v., tra gli altri, M. MONTI, *Effective private enforcement of EC antitrust law*, in *European Competition Law Annual: 2001 - Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, a cura di C.D. EHLERMANN-I. ATANASIU, Oxford-Portland Oregon, 2003; C.A. JONES, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford, 1999. Come noto, uno degli obiettivi perseguiti dalla Commissione attraverso la riforma del sistema di applicazione degli art. 81 ed 82 del Trattato, attuata col reg. 1/2003, è promuovere l'applicazione decentrata delle norme comunitarie di tutela della concorrenza da parte dei giudici nazionali.



La dottrina ha individuato una serie di ragioni che spiegano lo scarso ricorso alla tutela giurisdizionale nel campo dell'antitrust, tra le quali è possibile annoverare, in particolare: la scarsa familiarità dei giudici con le norme antitrust, che spesso implicano complesse valutazioni di carattere economico; i limitatissimi poteri d'indagine ed investigativi del giudice civile, che deve basare la propria pronuncia sulle prove e sulle deduzioni delle parti, laddove le prove delle violazioni antitrust sono spesso nelle mani dell'autore dell'illecito, o sono comunque difficili e costose da reperire; la già evidenziata difficoltà di fornire la prova dell'ammontare dei danni subiti e del nesso causale tra condotta anticoncorrenziale e danno; la lunghezza, i costi e le incertezze del processo civile; la diffusa percezione che i soggetti responsabili per l'applicazione delle norme antitrust siano gli organi amministrativi a ciò designati; non ultimi, fattori sociali e culturali, quali la minor litigiosità dei cittadini europei rispetto a quelli statunitensi e l'assenza di una radicata cultura della concorrenza<sup>33</sup>.

A fronte degli ostacoli e delle incertezze che si prospettano al privato che intenda adire l'autorità giudiziaria, la via della segnalazione all'Agcm può apparire, *prima facie*, più rassicurante: l'Autorità gode di poteri d'indagine ed investigativi notevolmente più ampi ed incisivi di quelli del giudice civile, sollevando le parti dall'onere di fornire la prova della violazione; è un organo specializzato, dotato delle necessarie competenze tecniche di natura giuridica ed economica; infine – aspetto tutt'altro che trascurabile – i costi di una segnalazione sono notevolmente inferiori a quelli di un giudizio civile.

La situazione, peraltro, pare evolvere lentamente. Alcuni degli ostacoli che, nei primi anni d'applicazione della l. 287/90, scongiuravano il ricorso alla tutela giurisdizionale, soffocando lo sviluppo del *private enforcement* del diritto della concorrenza, sembrano oggi molto meno rilevanti: il livello di specializzazione di molti corti d'appello, infatti, è significativamente cresciuto e la sentenza in epigrafe testimonia una maggiore propensione del giudice civile a riconoscere il risarcimento del danno subito, anche laddove il suo accertamento e la sua quantificazione implicano complesse valutazioni di carattere economico.

Non solo. La vicenda processuale in esame dimostra come la tutela giurisdizionale possa essere significativamente più rapida di quella offerta dall'intervento dell'Agcm. I lunghi tempi richiesti per lo svolgimento dell'attività preistruttoria (generalmente oltre un anno) e, successivamente, per l'espletamento della fase istruttoria impediscono all'Agcm di fornire una pronta risposta al bisogno di protezione delle vittime di pratiche

---

<sup>33</sup> Su tali fattori, cfr., *inter alios*, G. TESAURO, *Private Enforcement of EC Antitrust Rules in Italy: The Procedural Issues*, in *European Competition Law Annual: 2001 - Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, cit., e S. KINGSTON, *A "new division of responsibilities" in the proposed regulation to modernise the rules implementing Articles 81 and 82 E.C.? A warning call*, in *E.C.L.R.*, 2001, 340.

anticoncorrenziali. Nel caso di specie, a pochi mesi dal deposito del ricorso cautelare, la corte d'appello di Milano ha inibito la prosecuzione del boicottaggio collettivo ai danni dell'agente e, in poco più di due anni, è pervenuta alla sentenza di merito con la quale ha riconosciuto alla stessa il risarcimento dei danni subiti.

Il principale ostacolo allo sviluppo del *private enforcement*, allora, resta l'oggettiva difficoltà delle vittime di provare gli estremi dell'infrazione delle norme antitrust, l'entità del danno subito ed il legame di causalità tra il danno e la violazione commessa. La questione indurrebbe ad interrogarsi sulla possibilità e sull'opportunità di introdurre modifiche procedurali e sostanziali che, tenendo conto delle peculiarità dei giudizi civili in materia antitrust, agevolino l'assolvimento dell'onere probatorio che ricade sulla vittima di una pratica anticoncorrenziale; ma questa è un'altra storia. In ogni caso, laddove il privato sia in grado di fornire – quantomeno per presunzioni – la prova della violazione delle regole di concorrenza e dei presupposti per il risarcimento del danno, l'opzione giurisdizionale potrebbe rivelarsi, già oggi, la più rapida ed efficace.