



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
presentate il 30 gennaio 2014¹

Causa C-557/12

KONE AG e altri

(domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberster Gerichtshof austriaco)

«Concorrenza — Diritto in materia di concorrenza — Applicazione su iniziativa di soggetti privati — Domanda di risarcimento del danno — Domanda di risarcimento danni proposta dal cliente di un soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa nei confronti delle imprese partecipanti all'intesa a causa dei prezzi eccessivi fissati dal soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa nella scia dell'intesa — Effetti dei prezzi guida ("Umbrella pricing") — Nesso di causalità diretto — Principio di effettività»

I – Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale offre alla Corte di giustizia l'opportunità di aggiungere un'ulteriore tessera al mosaico della giurisprudenza da essa elaborata in relazione all'applicazione del diritto europeo in materia di concorrenza su iniziativa di soggetti privati. Si tratta della questione, finora irrisolta a livello dell'Unione, se la responsabilità civile per danni dei membri di un'intesa si estenda anche ai cosiddetti «prezzi guida» (in inglese: «umbrella effects» o anche «umbrella pricing»).

2. Si parla di prezzi guida laddove imprese che non partecipano esse stesse ad un'intesa (cosiddetti «soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa»), nella scia delle manovre di tale intesa, per così dire «sotto l'ombrello dell'intesa», fissino i propri prezzi – consapevolmente o inconsapevolmente – ad un livello superiore a quello altrimenti possibile in condizioni di concorrenza. Si pone la questione se il diritto dell'Unione preveda che i clienti dei soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa possano, per i prezzi eccessivi praticati da tali soggetti, chiedere il risarcimento del danno nei confronti dei membri dell'intesa dinanzi ai giudici nazionali. Ovvero se, al contrario, un siffatto obbligo di risarcimento del danno possa essere escluso nell'ambito del diritto civile nazionale, trattandosi di danni troppo remoti, se non indiretti.

¹ — Lingua originale: il tedesco.

3. Tali questioni sono sorte alla luce dell'intesa concernente gli ascensori, della quale la Corte si è già occupata più volte in altro contesto². La ÖBB-Infrastruktur AG, in veste di acquirente, aveva acquistato da un produttore *non* coinvolto in tale intesa degli ascensori per i quali, a suo avviso, era stato fissato, nella scia di detta intesa, un prezzo superiore a quello che sarebbe stato altrimenti lecito attendersi in condizioni di concorrenza. La ÖBB-Infrastruktur AG agisce adesso in giudizio dinanzi ai giudici civili austriaci nei confronti delle quattro imprese partecipanti all'intesa concernente gli ascensori, chiedendo di essere risarcita dei danni subiti.

4. Qualora si volesse esaminare tale domanda di risarcimento del danno unicamente sulla scorta del diritto civile austriaco, essa, secondo il giudice del rinvio, dovrebbe essere respinta a priori, in quanto, in forza dei principi vigenti nel diritto nazionale, il prezzo guida non può essere imputato ai partecipanti ad un'intesa. La Corte è adesso chiamata a stabilire se il diritto dell'Unione osti ad un'esclusione della responsabilità dei partecipanti ad un'intesa per i prezzi guida a tal punto categorica. L'emananda sentenza della Corte sarà senza dubbio determinante per il successivo sviluppo del diritto europeo in materia di concorrenza e, in particolare, per la sua applicazione su iniziativa di soggetti privati.

II – Fatti e controversia nella causa principale

A – *L'intesa concernente gli ascensori*

5. In più Stati membri dell'Unione europea ha operato, nel corso di un lungo periodo di tempo, la cosiddetta «intesa concernente gli ascensori», nel cui ambito importanti produttori europei di ascensori e scale mobili – segnatamente, Kone, Otis, Schindler e ThyssenKrupp – hanno concluso accordi anticoncorrenziali. Nel 2003, la Commissione europea è venuta a conoscenza di tale intesa e, nel 2007, ha inflitto ammende per le manovre dell'intesa concernente gli ascensori sui mercati belga, tedesco, olandese e lussemburghese³.

6. In Austria, la Bundeswettbewerbsbehörde [Autorità federale garante della concorrenza] e il Kartellgericht [tribunale competente in materia di intese] hanno proceduto nei confronti dell'intesa concernente gli ascensori. Le ammende inflitte nel 2007 dal Kartellgericht⁴ sono state confermate nel 2008 dall'Oberster Gerichtshof [Corte suprema austriaca] in funzione di giudice d'appello in materia di intese⁵. La ThyssenKrupp ha assunto il ruolo di testimone richiedente la clemenza.

7. Stando agli accertamenti effettuati nel procedimento austriaco antitrust, fra i partecipanti all'intesa è esistito, dagli anni '80 fino all'inizio del 2004, un accordo, via via sempre riconfermato, inteso alla ripartizione del mercato degli ascensori e delle scale mobili ed eseguito su larga scala, pur se non privo di lacune. L'intesa mirava a garantire all'impresa di volta in volta privilegiata un prezzo più elevato rispetto a quello conseguibile in condizioni di concorrenza. Tramite l'intesa sono state falsate la concorrenza e l'andamento probabile dei prezzi in condizioni di concorrenza.

2 – V., ad esempio, sentenze del 6 novembre 2012, Otis e a. («Otis», C-199/11), e del 18 luglio 2013, Schindler Holding e a./Commissione (C-501/11 P), nonché, a titolo integrativo, le conclusioni da me presentate il 18 aprile 2013 in quest'ultima causa.

3 – V., al riguardo, anche le sentenze Otis e a., punti 18 e segg., e Schindler Holding e a./Commissione, punti 10 e segg., entrambe citate alla nota 2.

4 – Ordinanza dell'Oberlandesgericht Wien in funzione di giudice in materia di intese del 14 dicembre 2007 (Az. 25 Kt 12/07).

5 – Ordinanza dell'Oberster Gerichtshof in funzione di giudice d'appello in materia di intese dell'8 ottobre 2008 (Az. 16 Ok 5/08).

8. I partecipanti all'intesa hanno tentato di coordinarsi in relazione a ben oltre la metà del volume di mercato in Austria per i nuovi impianti. Oltre la metà dei progetti in questione è stata altresì affidata, di concerto fra i partecipanti all'intesa, ad uno di essi. Nel complesso, almeno un terzo del volume di mercato è stato oggetto di accordi concreti fra i partecipanti all'intesa. Due terzi circa dei progetti concordati sono stati realizzati secondo gli accordi stabiliti. Il restante terzo dei casi ha visto l'intervento di soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa o, invece, di un'impresa partecipante all'intesa che non si è attenuta all'accordo presentando un'offerta più favorevole.

9. La condotta dei partecipanti all'intesa ha comportato, nel complesso, che i prezzi di mercato subissero poche variazioni e che le rispettive quote di mercato rimanessero pressoché identiche.

B – L'azione di risarcimento del danno dell'ÖBB-Infrastruktur

10. L'ÖBB-Infrastruktur è una controllata delle Österreichische Bundesbahnen [ferrovie federali austriache] e, in quanto tale, è incaricata della costruzione e della manutenzione delle stazioni ferroviarie in tutta l'Austria. L'ÖBB-Infrastruktur è un cliente importante sul mercato austriaco degli ascensori e delle scale mobili.

11. L'ÖBB-Infrastruktur ha convenuto in giudizio dinanzi ai giudici civili austriaci i partecipanti all'intesa Kone, Otis, Schindler e ThyssenKrupp, chiedendo un risarcimento superiore a EUR 8 milioni. A fondamento della sua domanda, l'ÖBB-Infrastruktur adduce, in sostanza, che essa, a causa delle manovre dell'intesa concernente gli ascensori, aveva pagato prezzi eccessivi per gli ascensori acquistati. Si tratta di ascensori acquistati dall'ÖBB-Infrastruktur quale acquirente in parte diretto, in parte indiretto, dei partecipanti all'intesa e, in parte, quale cliente di soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa.

12. Il presente rinvio pregiudiziale verte unicamente sul capo della domanda di risarcimento del danno con la quale l'ÖBB-Infrastruktur fa valere che un soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa le aveva fatturato, nella scia delle manovre dell'intesa, prezzi manifestamente più elevati rispetto a quelli esigibili in normali condizioni di concorrenza. Tale danno viene quantificato dall'ÖBB-Infrastruktur in ben EUR 1,8 milioni.

13. La sentenza di primo grado, la quale aveva dichiarato infondato tale capo della domanda di risarcimento del danno⁶, è stata annullata nei suoi punti essenziali dall'Oberlandesgericht Wien in funzione di giudice d'appello⁷. La controversia è attualmente pendente dinanzi all'Oberster Gerichtshof austriaco nella sua qualità di giudice di ultimo grado.

14. Secondo l'Oberster Gerichtshof, il danno fatto valere dall'ÖBB-Infrastruktur non è imputabile ai partecipanti all'intesa per motivi di diritto. Da un lato, difetterebbe il nesso di causalità adeguata postulato dal diritto austriaco; dall'altro, il danno fatto valere non sarebbe contemplato dall'obiettivo di tutela delle regole di concorrenza. Alla luce del controverso dibattito condotto in dottrina sul corretto trattamento giuridico dei prezzi guida, l'Oberster Gerichtshof nutre tuttavia dubbi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione – e, in particolare, con il principio di effettività – di tale conclusione, fondata unicamente sul diritto civile nazionale.

6 — Sentenza parziale dello Handelsgericht Wien del 19 settembre 2011 (Az. 19 Cg 21/10z-57).

7 — Ordinanza dell'Oberlandesgericht Wien in funzione di giudice d'appello del 21 dicembre 2011 (Az. 1 R 272/11v-65).

III – Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

15. Con ordinanza del 17 ottobre 2012, l'Oberster Gerichtshof⁸, giudice del rinvio, ha sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 101 TFUE (articolo 81 CE, articolo 85 del Trattato CE) debba essere interpretato nel senso che chiunque possa esigere dai partecipanti ad un'intesa anche il risarcimento del danno arrecatogli da un soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa stessa il quale, nella scia dell'aumento dei prezzi di mercato, abbia alzato i prezzi dei propri prodotti più di quanto avrebbe fatto in assenza di tale intesa ("umbrella pricing" – prezzo guida), cosicché il principio di effettività stabilito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea ne imponga il riconoscimento in base al diritto nazionale».

16. Alla fase scritta del procedimento pregiudiziale hanno preso parte, da un lato, l'ÖBB-Infrastruktur in qualità ricorrente nel procedimento principale, dall'altro, la Kone, la Otis, la Schindler e la ThyssenKrupp in qualità di resistenti nel procedimento principale, nonché il governo austriaco, il governo italiano e la Commissione europea. Fatta eccezione per i due governi, queste parti hanno presentato osservazioni anche all'udienza del 12 dicembre 2013.

IV – Valutazione

17. Il giudice del rinvio chiede, in primo luogo, l'interpretazione dell'articolo 101 TFUE, mentre sembra richiamare solo in subordine l'articolo 81 CE e l'articolo 85 del Trattato C(E)E. Poiché, tuttavia, le manovre dell'intesa concernente gli ascensori si sono svolte prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, segnatamente, in parte nell'ambito di applicazione *ratione temporis* dell'articolo 81 CE, in parte, persino, ancora nella vigenza dell'articolo 85 del Trattato C(E)E, solo queste ultime due disposizioni sono rilevanti ai fini della soluzione della domanda di pronuncia pregiudiziale. Le mie considerazioni sono tuttavia senz'altro trasponibili anche all'articolo 101 TFUE, sostanzialmente identico sotto il profilo del contenuto.

18. Secondo una giurisprudenza consolidata, i soggetti danneggiati da un'intesa che rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 81 CE ovvero dell'articolo 85 del Trattato C(E)E possono esigere dalle imprese partecipanti all'intesa il risarcimento dei danni⁹. Non è stato chiarito, peraltro, se tali pretese risarcitorie includano anche quei danni dovuti ad aumenti dei prezzi, posti in essere da soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa, superiori al livello che sarebbe stato lecito attendersi in condizioni di concorrenza, ossia siano riconducibili ai prezzi guida. In dottrina, tale tema è oggetto di una vivace discussione¹⁰. Pertanto, non stupisce particolarmente che anche le parti della presente controversia sostengano tesi estremamente diverse, tanto più che le conseguenze finanziarie sono considerevoli.

8 — Az. 7 Ob 48/12b.

9 — Sentenze del 20 settembre 2001, *Courage e Crehan* (C-453/99, Racc.pag. I-6297, punti 25 e 26); del 13 luglio 2006, *Manfredi e a.* («Manfredi», da C-295/04 a C-298/04, Racc. pag. I-6619, punti 60 e 61); del 14 giugno 2011, *Pfleiderer* (C-360/09, Racc. pag. I-5161, punto 28); *Otis*, citata alla nota 2, punti 41 e 43, nonché del 6 giugno 2013, *Donau Chemie e a.* («Donau Chemie», C-536/11, punto 21).

10 — Sullo stato delle opinioni su entrambe le sponde dell'Atlantico v., ex multis, R.D. Blair e V.G. Maurer, «Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis», in: *Utah Law Review* 1982, pag. 763; J.M. Lave, «Umbrella Standing: the tradeoff between plaintiff suit and speculative claims», in: *Antitrust Bulletin* 48 (2003), pag. 223; F.W. Bulst, *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht*, Baden-Baden 2006, pag. 255; F.W. Bulst, in: W. Möschel e F. Bien (a cura di), *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen*, Baden-Baden 2010, pag. 225 (pagg. 242 e segg.); G. Meeßen, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines europäischen Kartelldeliktsrechts*, Tubinga 2011, pagg. 256 e segg.; I. Hartung, «"Umbrella claims": Schadensersatz bei Kartellverstößen auf Um- oder Abwegen?», in: *ecolex* 2012, pag. 497; H. Beth e C.-M. Pinter, «Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bußgeld- und Schadensersatzverfahren», in: *Wirtschaft und Wettbewerb* (WuW) 2013, pag. 228; R. Inderst, F. Maier-Rigaud e U. Schwalbe, «Umbrella Effects», in: *IESEG Working Paper Series* 2013-ECO-17.

19. Sotto il profilo giuridico, la possibilità di far valere la responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa anche per i prezzi guida è un problema di *nesso di causalità*. Si pone la questione se fra l'intesa e i danni riconducibili ai prezzi guida conseguenti all'intesa stessa sussista un nesso sufficientemente stretto, ovvero se si sia in presenza di danni troppo remoti, il cui risarcimento non possa essere ragionevolmente imputato ai partecipanti all'intesa.

20. In prosieguo illustrerò, in primo luogo, che il problema della responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa per i prezzi guida costituisce una questione di diritto dell'Unione e non, ad esempio, una questione di diritto nazionale (v. subito infra, sezione A). Rivolgerò poi l'attenzione ai requisiti giuridici concreti che possono essere imposti, sotto il profilo del diritto dell'Unione, all'accertamento di un nesso di causalità fra un'intesa ed eventuali prezzi guida (v. al riguardo infra, sezione B).

A – La responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa per i prezzi guida: una problematica attinente al diritto dell'Unione

21. Il giudice del rinvio e numerose parti nel procedimento ritengono che la responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa per i prezzi guida sia disciplinata principalmente dal diritto nazionale e che, sotto il profilo del diritto dell'Unione, tutt'al più i principi di equivalenza e di effettività possano limitare il potere discrezionale degli Stati membri. La Kone invoca, in tale contesto, anche il principio di sussidiarietà.

22. Effettivamente, ad un esame prima facie, tale tesi sembra trovare conforto nella sentenza Manfredi, nella quale la Corte di giustizia ha affermato che «stabilire le modalità di esercizio» del diritto al risarcimento dei danni, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di «nesso di causalità», «spetta all'ordinamento giuridico interno», invitando, in tale contesto, al rispetto dei principi di equivalenza e di effettività¹¹.

23. Tuttavia, ad un esame più attento della sentenza Manfredi, come anche di alcune recenti sentenze della Corte, emerge che non tanto l'*esistenza* di diritti risarcitori (ossia, la questione se debba essere accordato il risarcimento del danno) dipende, allo stato attuale, dal diritto nazionale, quanto piuttosto i *dettagli* dell'applicazione e le *modalità* della concreta attuazione di tali diritti (ossia la questione di *come* debba essere accordato il risarcimento del danno), vale a dire, in particolare, competenze, procedimento, termini e produzione della prova¹².

24. Tuttavia, il principio in forza del quale chiunque può esigere il risarcimento del danno subito, se fra tale danno e un'infrazione delle regole di concorrenza sussiste un nesso di causalità, risulta dal diritto dell'Unione stesso e, più precisamente, dal divieto di intese di cui all'articolo 81 CE ovvero all'articolo 85 del Trattato C(E)E (divenuto articolo 101 TFUE)¹³. Tale collocazione diretta nel diritto dell'Unione è comune alla responsabilità civile delle imprese per le loro violazioni del divieto di intese e alla responsabilità degli Stati membri per le loro violazioni del diritto dell'Unione¹⁴, nonostante tutte le differenze che, sotto il profilo concettuale, possono altrimenti sussistere fra questi strumenti¹⁵.

11 — Sentenza Manfredi, citata alla nota 9, punti 64 e 92.

12 — Sentenze Courage e Crehan, punto 29; Manfredi, punti 62, 64 e 77; Pfeleiderer punto 30, e Donau Chemie, punto 25, tutte citate alla nota 9.

13 — V., al riguardo, sentenze Courage e Crehan, punti 25 e 26, e Manfredi, punti 60 e 61, entrambe citate alla nota 9. Anche la Commissione riconosce tale principio nella sua proposta dell'11 giugno 2013 di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, COM(2013) 404 def. (in prosieguo: la «proposta di direttiva»), nella quale essa parla di «diritto, garantito dall'Unione, di ottenere un risarcimento per il danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione» (v. considerando 11 del preambolo della proposta di direttiva).

14 — Sulla responsabilità degli Stati membri, v. fondamentali sentenze del 19 novembre 1991, Francovich e a. (C-6/90 e C-9/90, Racc. pag. I-5357, punti da 35 a 37), nonché del 5 marzo 1996, Brasserie du pêcheur e Factortame (C-46/93 e C-48/93, Racc. pag. I-1029, punto 31).

15 — In tal senso, anche l'avvocato generale Van Gerven nelle conclusioni presentate il 27 ottobre 1993 nella causa Banks, decisa con sentenza del 13 aprile 1994 (C-128/92, Racc. pag. I-1209, paragrafi da 36 a 45).

25. La circostanza che, nel caso specifico dell'obbligo risarcitorio dei partecipanti ad un'intesa, si sia in presenza di un tipico principio di diritto dell'Unione, è riconducibile non da ultimo, come correttamente sottolineato dal governo italiano, alla natura giuridica e all'importanza del divieto de quo: siffatto divieto è applicabile direttamente nei rapporti fra privati, fa sorgere, in forza del diritto primario, obblighi in capo a tutte le imprese che operano sul mercato interno e può essere fatto valere da chiunque¹⁶. La piena efficacia pratica – l'«*effet utile*» – del divieto di intese risulterebbe compromessa se non fosse garantita a chiunque la possibilità di chiedere il risarcimento del danno arrecatogli da violazioni dell'articolo 81 CE ovvero dell'articolo 85 del Trattato C(E)E (divenuto articolo 101 TFUE) commesse da imprese¹⁷.

26. Pertanto, la Corte, nella sentenza *Manfredi*, riconosce il «diritto del singolo di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza», senza far dipendere in alcun modo la sussistenza di tale diritto dal diritto nazionale degli Stati membri¹⁸.

27. Ma v'è di più: dalla sentenza *Manfredi* si desume che sia la cerchia dei soggetti legittimati ad esigere dai partecipanti all'intesa il risarcimento del danno per violazione del divieto di intese («*chiunque*»), sia i tipi di danni che i partecipanti all'intesa sono eventualmente tenuti a risarcire, sono predeterminati sotto il profilo del diritto dell'Unione. In tal senso, è già stato chiarito che un soggetto che abbia subito un danno deve poter chiedere il risarcimento non solo del danno emergente (*damnum emergens*), ma anche del lucro cessante (*lucrum cessans*), oltre interessi¹⁹.

28. Trasposto al caso in esame, tutto ciò consente di concludere nel senso che anche la problematica della responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa per i prezzi guida costituisce una questione di diritto dell'Unione. Qualora si tratti, infatti, di valutare se i membri di un'intesa debbano risarcire il danno sorto a causa dei prezzi guida, l'esame non riguarderà unicamente le modalità dell'attuazione e della quantificazione dei diritti risarcitori, nonché la produzione della prova dinanzi ai giudici nazionali (ossia il «*come*» del risarcimento del danno). L'interesse è focalizzato, piuttosto, sulla ben più fondamentale questione se i partecipanti all'intesa possano in generale incorrere in una responsabilità civile per questo tipo di danni e se possano essere convenuti in giudizio da soggetti che non siano i loro acquirenti diretti o indiretti (ossia l'«*an*» del diritto al risarcimento del danno). Tale questione non può essere rimessa unicamente agli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

29. Qualora i criteri giuridici sulla scorta dei quali i giudici nazionali valutano la responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa ai sensi dell'articolo 81 CE oppure dell'articolo 85 del Trattato C(E)E per determinati tipi di danni e nei confronti di determinati soggetti differissero in maniera sostanziale da Stato membro a Stato membro, sussisterebbe il rischio di una disparità di trattamento degli operatori economici. Ciò sarebbe contrario non solo agli obiettivi del diritto europeo della concorrenza, consistente nell'istituzione di un contesto normativo il più possibile uniforme per tutte le imprese operanti sul mercato interno («*level playing field*»²⁰), ma inviterebbe anche al «*forum shopping*».

30. In definitiva, l'obiettivo di un'applicazione uniforme ed efficace delle regole di concorrenza del mercato interno impone dunque una soluzione uniforme per tutta l'Unione della questione di principio se i danni dovuti ai prezzi guida debbano essere risarciti o meno dai partecipanti ad un'intesa.

16 — V. sentenze *Courage e Crehan*, punti 19 e 23 e *Manfredi*, punti 39 e 57, entrambe citate alla nota 9, rispettivamente con la giurisprudenza ivi citata.

17 — Sentenze *Courage e Crehan*, punto 26, e *Manfredi*, punti 60, 89 e 90, entrambe citate alla nota 9.

18 — Sentenza *Manfredi*, citata alla nota 9, punto 95.

19 — Sentenza *Manfredi*, citata alla nota 9, punti 95 e 96.

20 — Sulla nozione di «*level playing field*» v., ad esempio, le conclusioni da me presentate il 29 aprile 2010 nella causa *Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals/Commissione*, decisa con sentenza del 14 settembre 2010 (C-550/07 P, Racc. pag. I-8301, paragrafo 169); l'8 settembre 2011 nella causa *Toshiba Corporation e a.*, decisa con sentenza del 14 febbraio 2012 (C-17/10, paragrafo 118); il 6 settembre 2012 nella causa *Expedia*, decisa con sentenza del 13 dicembre 2012 (C-226/11, paragrafo 37), nonché il 28 febbraio 2013 nella causa *Schenker e a.*, decisa con sentenza del 18 giugno 2013 (C-681/11, paragrafo 48).

B – *I requisiti attinenti all'accertamento del nesso di causalità fissati dal diritto dell'Unione*

31. Restano da chiarire i requisiti concreti che possono essere fissati, sotto il profilo del diritto dell'Unione, con riferimento all'accertamento del nesso di causalità fra un'intesa ed eventuali prezzi guida.

32. Come mostra già l'espressione «chiunque» impiegata dalla Corte, l'obbligo di risarcimento dei danni incombente ai partecipanti all'intesa non può essere interpretato restrittivamente. Le intese sono in grado di causare danni economici considerevoli non solo nella cerchia più ristretta dei partecipanti all'intesa, bensì ben oltre. Sarebbe pertanto inopportuno restringere in termini tali la cerchia di soggetti legittimati ad agire da consentire a priori solo a determinati operatori del mercato – come, ad esempio, le controparti contrattuali dei partecipanti all'intesa o gli acquirenti diretti o indiretti delle loro merci o dei loro servizi – di chiedere il risarcimento dei danni. Una siffatta restrizione non garantirebbe, infatti, la piena efficacia del divieto di intese previsto dal diritto dell'Unione.

33. D'altra parte, è senz'altro legittimo, in sede di esame del nesso di causalità, fissare criteri che garantiscano che non si giunga ad un obbligo infinito di risarcimento del danno in capo ai partecipanti all'intesa per tutti i possibili danni, anche lontani, la cui causa, nel senso di una conditio sine qua non (nota anche come «causalità equivalente» oppure causalità «but-for») possa essere ravvisata nel loro comportamento anticoncorrenziale.

34. Così, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale delle istituzioni dell'Unione ai sensi dell'articolo 340, paragrafo 2, TFUE, una costante giurisprudenza esige un *nesso di causalità sufficientemente diretto* fra la condotta lesiva e il danno asserito²¹. Proprio tale criterio dovrebbe essere trasposto, per ragioni di coerenza, a tutti gli altri casi aventi ad oggetto pretese risarcitorie fondate sulla violazione del diritto dell'Unione, a prescindere dalla questione se tali pretese possano essere sollevate dai singoli nei confronti di Stati membri²² o – come nella specie – fra soggetti privati, al fine di far valere la responsabilità civile dei partecipanti all'intesa per i danni causati da questi ultimi sul mercato²³.

35. Anche il summenzionato criterio del carattere diretto deve naturalmente essere precisato. Al fine di specificare cosa si debba concretamente intendere per «nesso di causalità sufficientemente diretto», occorre in definitiva procedere ad una valutazione normativa, come è usuale anche negli ordinamenti giuridici nazionali in relazione alle rispettive norme sulla responsabilità extracontrattuale²⁴. Le nozioni che possono essere impiegate al riguardo («legal causation», «causalità adeguata» etc.), possono divergere a seconda dell'ordinamento giuridico. Sotto il profilo sostanziale, tuttavia, siamo in presenza delle stesse considerazioni sottese anche alla nozione di nesso di causalità sufficientemente diretto.

21 — È fondamentale, al riguardo, la sentenza del 4 ottobre 1979, Dumortier e a./Consiglio (64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 e 45/79, Racc. pag. 3091, punto 21): «in modo sufficientemente diretto»; v., inoltre, sentenze del 30 aprile 2009, CAS Succhi di Frutta/Commissione (C-497/06 P, non pubblicata nella Raccolta, punto 67), nonché del 18 marzo 2010, Trubowest Handel e Makarov/Consiglio e Commissione (C-419/08 P, Racc. pag. I-2259, punto 53).

22 — Sentenze Brasserie du pêcheur e Factortame, citata alla nota 14, punto 51, nonché del 14 marzo 2013, Leth (C-420/11, punto 41).

23 — Dopo che già l'avvocato generale Van Gerven nelle sue conclusioni nella causa Banks, citata alla nota 15, paragrafi da 49 a 54, si era pronunciato in senso favorevole, il criterio del nesso di causalità diretto ha fatto recentemente il suo ingresso in maniera esplicita, con la sentenza Otis, citata alla nota 2, punto 65, nella giurisprudenza relativa all'obbligo di risarcimento dei danni in capo ai partecipanti ad un'intesa.

24 — Si muovono in tale direzione le riflessioni del gruppo di studio per un codice civile europeo, secondo le quali il danno da risarcire nell'ambito della responsabilità extracontrattuale deve essere un «danno giuridicamente rilevante»: «(...) loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention (...); v. C. von Bar e E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference*, Monaco di Baviera 2009, vol. 4, libro VI, capitolo 2, VI.-2:101.

36. Occorre anzitutto sottolineare, al riguardo, che il nesso di causalità diretto non può essere equiparato ad un nesso causale esclusivo. La circostanza, sottolineata dal giudice del rinvio e da alcune parti nel procedimento, secondo cui la formazione dei prezzi di un soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa poggia sulla libera decisione imprenditoriale di quest'ultimo non può, pertanto, di per sé, acquisire rilevanza al fine di negare l'imputazione ai partecipanti all'intesa di eventuali danni dovuti ai prezzi guida. Piuttosto, per assumere un nesso di causalità diretto, è sufficiente che l'intesa abbia perlomeno *contribuito a causare* i prezzi guida²⁵.

37. La giurisprudenza dei giudici dell'Unione non presume affatto, sempre e forfettariamente, un'interruzione della catena causale, qualora la condotta di un terzo abbia contribuito a causare il danno verificatosi. Piuttosto, rilevano sempre le circostanze concrete del singolo caso di volta in volta considerato²⁶. In casi come quello di specie, mi sembra che la catena causale riconducibile all'intesa non venga interrotta dall'intervento del soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa, ma che addirittura venga proseguita, allorché tale soggetto, nel fissare i propri prezzi, si orienta (anche) alle corrispondenti condizioni di mercato e riprende al riguardo – in maniera senz'altro prevedibile²⁷ – gli impulsi sui prezzi provenienti dall'intesa.

38. Quanto irrilevante sia al riguardo la libertà della decisione imprenditoriale del soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa emerge, del resto, anche da un breve sguardo su una problematica affine: la responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa per i danni subiti dai loro acquirenti indiretti (ossia i clienti dei loro clienti). Anche in tale contesto, il sorgere di un danno dipende, in definitiva, nel caso di un acquirente indiretto, dalla libera decisione imprenditoriale di un terzo (dell'acquirente intermedio); infatti, solo qualora questi ripercuota sui propri clienti i prezzi dei partecipanti all'intesa, alzati in maniera eccessiva in violazione della concorrenza, tali clienti subiscono un danno. Le manovre dei partecipanti all'intesa non costituiscono, dunque, l'unica causa dei danni subiti dai loro acquirenti indiretti. Ciò non toglie che, in tempi recenti, si sia imposta la tesi secondo cui i danni subiti da acquirenti indiretti sono risarcibili²⁸.

39. Anche in relazione ai danni controversi nella specie, risultanti dai prezzi guida, sarebbe inappropriato assumere a presupposto della responsabilità civile dei partecipanti all'intesa una monocausalità. Raramente i prezzi sono dovuti ad un'unica causa. Ciò non esclude, tuttavia, che i partecipanti ad un'intesa che – come nella specie – abbiano contribuito, con le loro manovre anticoncorrenziali, ad una distorsione dei normali meccanismi di formazione dei prezzi sul mercato vengano chiamati a rispondere dei danni che ne sono derivati.

40. Ciò premesso, il criterio del nesso di causalità sufficientemente diretto è inteso a garantire, da un lato, che un soggetto, in conseguenza del suo comportamento illecito, sia tenuto a rispondere solo per i danni il cui verificarsi esso poteva ragionevolmente prevedere (v. al riguardo subito, sezione 1). Dall'altro, un soggetto deve riparare soltanto i danni il cui risarcimento sia conforme alle finalità delle norme dal medesimo violate (v. infra, sezione 2).

25 — Diversamente l'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, il quale, nelle conclusioni presentate il 3 febbraio 2009 nella causa Commissione/Schneider Electric, decisa con sentenza del 16 luglio 2009 (C-440/07 P, Racc. pag. I-6413, paragrafo 140), ha chiesto che il danno da risarcire derivasse «dall'atto illecito in maniera diretta, immediata ed *esclusiva*» (il corsivo è mio). Per quanto è dato vedere, questa formula particolarmente rigorosa non ha tuttavia mai fatto il suo ingresso nella giurisprudenza dei giudici dell'Unione.

26 — V., da un lato, le sentenze del 16 luglio 2009, Commissione/Schneider Electric (C-440/07 P, Racc. pag. I-6413, punto 222); CAS Succhi di Frutta/Commissione, citata alla nota 20, punti 61 e 62; del 28 febbraio 2013, Inalca e Cremonini/Commissione (C-460/09 P, punto 120), e del 10 luglio 2012, Interspeed/Commissione (T-587/10, punto 40), nelle quali si è rispettivamente partiti dal presupposto di un'interruzione della catena causale, nonché, dall'altro lato, la sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2005, CD Cartondruck/Consiglio e Commissione (T-320/00, non pubblicata nella Raccolta, in particolare punto 177), dove viene negata un'interruzione della catena causale.

27 — Sulla prevedibilità del comportamento del soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa, v., per un'analisi più completa, paragrafi da 41 a 52 infra delle presenti conclusioni.

28 — V. al riguardo, a livello nazionale, in particolare la sentenza del Bundesgerichtshof [Corte suprema federale tedesca] del 28 giugno 2011, «ORWI» (KZR 75/10, BGHZ 190, pag. 145). In senso analogo si è pronunciato, nel presente caso, anche l'Oberster Gerichtshof [Corte suprema austriaca] (ordinanza del 17 ottobre 2012, Az. 7 Ob 48/12b). Lo stesso vale per la proposta di direttiva della Commissione (v. ivi, in particolare, i considerando 11 e 33 del preambolo della proposta di direttiva, nonché i suoi articoli 12 e 13).

1. Prevedibilità dei danni dovuti ai prezzi guida

41. In primo luogo, occorre chiarire in quali circostanze i danni dovuti ai prezzi guida possano essere previsti dai partecipanti ad un'intesa. Si tratta, in altri termini, della questione se possa sussistere un *nesso di causalità adeguata* fra tali danni e le manovre illecite dell'intesa.

42. Sono prevedibili (o caratterizzati da un adeguato rilievo causale) tutti i danni che, in base alla comune esperienza, i partecipanti all'intesa devono ragionevolmente attendersi, in contrapposizione ai danni dovuti ad una catena del tutto eccezionale di circostanze e, dunque, ad una sequenza causale atipica.

43. Il giudice del rinvio – al pari della Kone, della Otis, della Schindler e della ThyssenKrupp, nonché il governo austriaco – ritiene che i danni dovuti ai prezzi guida non sarebbero sufficientemente prevedibili per i partecipanti all'intesa e non potrebbero, pertanto, essere caratterizzati da un adeguato rilievo causale. I prezzi guida costituirebbero unicamente un «effetto secondario» dell'intesa.

44. Tale tesi dev'essere respinta.

45. È pur vero che, per la formazione dei prezzi da parte di soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa nell'ambito della loro libera decisione imprenditoriale, può risultare rilevante una pluralità di fattori²⁹. Tuttavia, tale circostanza non esclude, di per sé, la prevedibilità, per i partecipanti all'intesa, dei danni dovuti ai prezzi guida.

46. In un'economia di mercato, infatti, rientra nel comportamento corrente delle imprese l'osservazione attenta del funzionamento del mercato e la sua considerazione al momento dell'adozione di decisioni commerciali. Ciò premesso, è tutt'altro che imprevedibile e sorprendente che soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa fissino i loro rispettivi prezzi tenendo conto del comportamento di mercato delle imprese partecipanti all'intesa; che essi siano a conoscenza o meno delle manovre anticoncorrenziali di tali imprese non rileva. Piuttosto, ciò rientra nel normale ordine delle cose.

47. Ciò vale a maggior ragione qualora i partecipanti all'intesa – come nella specie – coprano, alla luce della loro elevata quota congiunta di mercato, una parte significativa del mercato rilevante³⁰, e anche le loro manovre anticoncorrenziali riguardino una parte considerevole di tale mercato³¹, il che non presuppone affatto che essi manipolino la parte più significativa del mercato. Più importante è la posizione dell'intesa sul mercato di cui trattasi, tanto più è probabile che l'intesa inciderà in maniera determinante sul livello dei prezzi di tale mercato nel suo complesso, e tanto più è improbabile che un soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa influisca esso stesso in maniera significativa sul prezzo di mercato mediante impulsi propri.

48. Per il soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa è certamente tanto più agevole ispirarsi, per la formazione dei propri prezzi, ai comportamenti commerciali dei partecipanti all'intesa, quanto più omogeneo e trasparente sia il mercato del prodotto rilevante. Tuttavia, non se ne può affatto desumere, a contrario, che su mercati non omogenei e poco trasparenti, caratterizzati da

29 — Vi possono rientrare, ad esempio, la strategia imprenditoriale (accento posto su un'immagine di marchio, vendita a prezzi maggiorati, etc.) e la personalità dell'imprenditore, ma anche il potere di acquisto dei clienti.

30 — Stando alle informazioni dell'ÖBB-Infrastruktur, che non è stata contraddetta sul punto, all'intesa concernente gli ascensori in Austria partecipavano i più grandi produttori del settore, i quali disponevano di una quota congiunta di mercato pari a circa l'80%.

31 — Secondo gli accertamenti effettuati nel procedimento principale, perlomeno un terzo del volume di mercato era oggetto di accordi concreti fra i partecipanti all'intesa, ed era stato persino tentato un coordinamento per nuovi impianti in relazione a ben più della metà del volume di mercato in Austria (v. supra, paragrafo 8 delle presenti conclusioni).

prodotti «su misura» – come, ad esempio, alcuni mercati degli ascensori e delle scale mobili in questione –, non ci si possa mai aspettare un prezzo guida provocato da un'intesa³². Operatori del mercato attenti, infatti, sono tendenzialmente ben al corrente, anche su detti mercati, del livello dei prezzi prevalente e del comportamento adottato dai singoli prestatori operanti sul mercato.

49. Persino il fatto che gli ascensori e le scale mobili, soprattutto nel caso di rilevanti ordinativi da parte dei poteri pubblici, vengano spesso acquistati nell'ambito di una procedura d'appalto poco influisce su tale conclusione. I risultati di tali procedure di gara, infatti, come affermato dall'ÖBB-Infrastruktur, che non è stata contraddetta al riguardo, non restano in alcun caso celati agli altri operatori del mercato³³, cosicché essi possono servire da punto di riferimento per il livello dei prezzi prevalente in occasione di appalti futuri.

50. Può essere che un soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa, il quale abbia capacità disponibili, sia tentato di fissare i propri prezzi al di sotto dei prezzi dell'intesa, al fine di trovare in tal modo quote di mercato a spese dei partecipanti all'intesa. Persino in questo caso, tuttavia, il soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa continua ad essere fortemente indotto ad esigere dai propri clienti un prezzo più alto rispetto a quello altrimenti possibile in condizioni di concorrenza. Qualora si assuma, ad esempio, che il prezzo praticato dall'intesa sia pari a 120 e che il prezzo altrimenti conseguibile in condizioni di concorrenza ammonterebbe a 100, il soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa potrebbe, ad esempio, fissare il proprio prezzo a 110. Un siffatto comportamento non sarebbe assolutamente insolito, bensì economicamente razionale e tutt'altro che imprevedibile per i partecipanti all'intesa.

51. Viceversa, ai fini del successo degli accordi anticoncorrenziali delle imprese partecipanti all'intesa, riveste grande interesse il fatto che anche i prezzi dei soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa aumentino e si avvicinino a quelli dei partecipanti all'intesa. Infatti, quanto più sale complessivamente il livello dei prezzi, tanto più possono imporsi in via permanente sul mercato i prezzi praticati dai partecipanti all'intesa stessi. Anche per tale motivo si potrebbe presumere che partecipanti ad un'intesa che operino in modo razionale, i quali portino alle estreme conseguenze la logica delle loro manovre anticoncorrenziali, non siano sorpresi dai prezzi guida, bensì, al contrario, debbano addirittura attendersi la loro comparsa. A ciò ha fatto giustamente riferimento l'ÖBB-Infrastruktur.

52. Alla luce di tali premesse, occorre partire complessivamente dal presupposto che i danni dovuti ai prezzi guida non costituiscono danni il cui verificarsi è sempre atipico o imprevedibile per i partecipanti ad un'intesa. Sarebbe incompatibile con l'efficacia pratica dell'articolo 81 CE ovvero dell'articolo 85 del Trattato C(E)E (divenuto articolo 101 TFUE) escludere a priori il risarcimento di siffatti danni richiamandosi ad un'interpretazione relativamente restrittiva del criterio della causalità adeguata.

2. Compatibilità del risarcimento dei danni dovuti ai prezzi guida con l'obiettivo delle regole di concorrenza violate

53. In secondo luogo, occorre ancora verificare se il risarcimento dei danni dovuti ai prezzi guida sia conforme alla finalità dell'articolo 81 CE ovvero dell'articolo 85 del Trattato C(E)E (divenuto articolo 101 TFUE).

32 — In senso analogo, H. Beth e C.-M. Pinter, WuW 2013, pag. 228 (232): «Auch bei solchen Produktunterschieden sind Preisschirmeffekte nicht unwahrscheinlich, jedoch werden diese geringer ausfallen als bei einem hohen Homogenitätsgrad».

33 — In tale contesto, l'ÖBB-Infrastruktur ha richiamato le norme in vigore in Austria concernenti l'apertura delle offerte nell'ambito di una procedura d'appalto.

54. Il giudice del rinvio – al pari della Kone, della Otis, della Schindler e della ThyssenKrupp, nonché del governo austriaco – afferma che i danni dovuti ai prezzi guida fuoriescono dalla finalità di tutela delle regole di concorrenza del diritto dell'Unione. I partecipanti ad un'intesa non potrebbero essere chiamati a rispondere civilmente di siffatti danni, difettando il «Rechtswidrigkeitszusammenhang» (nesso di antigiuridicità).

55. Anche questo argomento è privo di fondamento.

56. Obiettivo delle regole di concorrenza contenute negli articoli 81 CE e 82 CE ovvero negli articoli 85 del Trattato C(E)E e 86 del Trattato C(E)E (divenuti articoli 101 TFUE e 102 TFUE) è l'istituzione e il mantenimento di un regime di concorrenza non falsata nel mercato interno. I meccanismi di applicazione del diritto della concorrenza, sia su iniziativa dei privati sia da parte dell'autorità pubblica, sono intesi al soddisfacimento di questa esigenza, fondamentale per l'integrazione europea³⁴.

57. Che proprio il riconoscimento di una responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa per i danni dovuti ai prezzi guida sia incompatibile con la suddetta finalità, è difficile da sostenere. Come esporrò nel prosieguo, l'obbligo di risarcimento de quo si inserisce senza problemi nel regime in cui vengono applicate le regole europee di concorrenza (v. al riguardo subito, sezione a), ed è inoltre idoneo a correggere le conseguenze negative per gli altri operatori del mercato, e specialmente per i consumatori, delle violazioni della concorrenza commesse dai partecipanti ad un'intesa (v. al riguardo infra, sezione b).

a) Collocazione nel regime di applicazione delle regole di concorrenza

58. Occorre anzitutto affrontare la questione se un obbligo di diritto civile dei partecipanti ad un'intesa di risarcire i danni dovuti ai prezzi guida sia, in linea generale, coerente con il regime nell'ambito del quale vengono applicate nell'Unione europea le regole di concorrenza dei Trattati.

59. È pacifico che l'applicazione delle regole europee di concorrenza si regge su due colonne. Si tratta, da un lato, dell'applicazione pubblica, incumbente alle autorità garanti della concorrenza, mediante strumenti repressivi (chiamata anche «public enforcement») e, dall'altro, dell'applicazione privata, fondata sull'iniziativa del singolo, mediante strumenti del diritto civile (chiamata anche «private enforcement»)³⁵.

60. Al fine di garantire l'efficacia pratica delle regole di concorrenza, è indispensabile che sia il regime dell'applicazione da parte dell'autorità pubblica sia il regime dell'applicazione su iniziativa dei privati si sviluppino nel modo migliore possibile³⁶. La forza vincolante delle regole di concorrenza verrebbe notevolmente indebolita qualora, in relazione a determinati fenomeni quali i prezzi guida, si volesse rinunciare a priori agli strumenti di applicazione su iniziativa dei privati e si facesse affidamento unicamente sull'applicazione da parte dell'autorità pubblica, come sembrano assumere alcuni membri dell'intesa concernente gli ascensori.

34 — Sentenza *Courage e Crehan*, citata alla nota 9, punti 20 e 21. Sull'importanza delle regole di concorrenza per il funzionamento del mercato interno, v., inoltre, sentenza del 1° giugno 1999, *Eco Swiss (C-126/97)*, Racc. pag. I-3055, punto 36), nonché – con riferimento alla situazione giuridica dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – sentenze del 17 febbraio 2011, *TeliaSonera (C-52/09)*, Racc. pag. I-527, punto 20), e del 17 novembre 2011, *Commissione/Italia (C-496/09)*, Racc. pag. I-11483, punto 60).

35 — Sentenze *Courage e Crehan*, citata alla nota 9, punto 27; *Pfleiderer*, citata alla nota 9, punto 29; *Otis*, citata alla nota 2, punto 42, e *Donau Chemie*, citata alla nota 9, punto 23.

36 — V., in tal senso, sentenze *Courage e Crehan*, citata alla nota 9, punto 26; *Manfredi*, citata alla nota 9, punti 60, 89 e 90, nonché *Otis*, citata alla nota 2, punto 41. Riguardo all'importanza del «private enforcement», v. anche il «Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie», presentato dalla Commissione europea il 2 aprile 2008 [COM(2008) 165 def.]. Nel suo Libro bianco, la Commissione propone misure «concepite per creare un sistema efficace di applicazione delle norme [antitrust] da parte dei privati mediante azioni di risarcimento danni che integrano, ma non sostituiscono o compromettono, l'applicazione di dette norme da parte delle autorità pubbliche» (pag. 4, sezione 1.2). Anche la Corte EFTA ha avuto di recente l'occasione di richiamare l'importanza dell'applicazione del «private enforcement» al diritto della concorrenza, sottolineando che essa rientra nel pubblico interesse (sentenza del 21 dicembre 2012, *DB Schenker/Autorità di sorveglianza EFTA*, E-4/11, punto 132).

61. Certamente lo strumentario del «private enforcement» – parimenti a quello del «public enforcement» – deve essere configurato ed applicato in maniera tale che il suo impiego non si riveli controproducente con riferimento all'effettività delle regole di concorrenza. Tuttavia, diversamente dalla ThyssenKrupp, non ho l'impressione che l'inclusione dei prezzi guida nella responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa possa introdurre incentivi sostanzialmente sbagliati, i quali potrebbero alla fine avere effetti più nocivi che benefici in sede di applicazione delle regole di concorrenza.

62. Il contraddittorio scritto e orale nel procedimento dinanzi alla Corte verteva, in particolare, sulla possibile correlazione fra la responsabilità civile, da un lato, e i programmi di ravvedimento operoso della Commissione europea e delle autorità nazionali garanti della concorrenza, dall'altro.

63. È certamente possibile che la prospettiva di un'azione civile promossa nei loro confronti da parte di operatori del mercato che abbiano subito un danno possa far desistere taluni partecipanti all'intesa dallo scoprire le proprie carte e dal collaborare con le autorità garanti della concorrenza. Tuttavia, si pone la questione se ciò costituisca una ragione per disattendere completamente i legittimi interessi dei soggetti lesi ad una riparazione economica. È sicuramente opportuno gettare le basi per il ritorno alla legalità dei partecipanti all'intesa mediante programmi di ravvedimento operoso e contribuire alla scoperta di infrazioni; tuttavia, ciò non deve avvenire a spese dei legittimi interessi di altri operatori del mercato.

64. In un eventuale procedimento di risarcimento del danno, può essere giustificato tenere nella dovuta considerazione la posizione di un'impresa che si avvalga del ravvedimento operoso in senso tale che le pretese risarcitorie si rivolgano primariamente contro altri partecipanti all'intesa, come proposto anche dalla Commissione³⁷. A mio avviso, sarebbe tuttavia errato fondarsi su un asserito «chilling effect» per i programmi di ravvedimento operoso, risultante dal risarcimento del danno – semprché esso sia misurabile –, per escludere categoricamente qualsiasi responsabilità civile dei partecipanti all'intesa per i prezzi guida.

65. Ciò vale, a maggior ragione, in quanto una prassi restrittiva in sede di concessione del risarcimento dei danni favorirebbe in maniera determinante coloro che partecipino a pratiche anticoncorrenziali o prendano in considerazione l'eventualità di farlo. Per tali soggetti, infatti, i rischi finanziari legati alla partecipazione ad un'intesa sono tanto meglio quantificabili quanto meno numerose sono le richieste risarcitorie alle quali sono esposti nel caso in cui vengano scoperti. Se si desse ai partecipanti all'intesa la certezza di non venire mai chiamati a rispondere per i prezzi guida, sussisterebbe per gli stessi un incentivo supplementare a proseguire nelle loro manovre anticoncorrenziali. L'effetto deterrente – connesso ai meccanismi di «private enforcement» ed espressamente auspicato – nei confronti di imprese³⁸ che abbiano intenzione di infrangere le regole del gioco vigenti nel mercato interno verrebbe capovolto.

66. Diversamente da quanto sembra ritenere la Kone, la finalità del diritto europeo della concorrenza non può essere ridotta a consentire alle imprese operanti nel mercato interno un'attività economica il più possibile efficiente in termini di costi. In un'Unione di diritto, la quale si è prefissata di realizzare un'economia sociale di mercato fortemente competitiva (articolo 3, paragrafo 3, TUE), mercati funzionanti, caratterizzati da rapporti di concorrenza non distorti, hanno un valore intrinseco, al di là di tutte le considerazioni in termini di costi/benefici.

37 — All'articolo 11 della sua proposta di direttiva e al corrispondente considerando 28 del preambolo, la Commissione suggerisce di privilegiare, in una certa misura, anche in sede di responsabilità civile un'impresa che abbia ottenuto l'immunità dalle ammende da un'autorità garante della concorrenza nell'ambito di un programma di trattamento favorevole.

38 — Anche se la Commissione ha tentato, in udienza, di minimizzare la rilevanza di siffatto effetto deterrente, la Corte gli attribuisce tuttavia, in una giurisprudenza consolidata, un'importanza considerevole; v. sentenze *Courage e Crehan*, punto 27; *Manfredi*, punto 91; *Pfleiderer*, punto 2, nonché *Donau Chemie*, punto 23, rispettivamente citate alla nota 9.

67. Del resto, non è particolarmente credibile che proprio le imprese che hanno manipolato l'andamento del mercato e hanno mantenuto artificiosamente prezzi elevati siano coloro che richiamano l'attenzione sui costi eccessivi per gli operatori economici e predicano un rischio per l'efficienza dei mercati nel caso in cui i partecipanti all'intesa non vengano posti al riparo da determinate pretese risarcitorie. La tutela più efficace contro i costi connessi ad eventuali pretese risarcitorie può essere apprestata dai partecipanti all'intesa stessi, segnatamente nei limiti in cui essi si astengano a priori dall'infrangere le regole di concorrenza. Al contrario, porre al riparo i partecipanti all'intesa da richieste risarcitorie comporterebbe unicamente che altri operatori economici e, in particolare, i clienti che abbiano subito un danno debbano sopportare gli oneri finanziari delle manovre dell'intesa.

68. Estremamente curioso sembra, in tale contesto, anche l'argomento dedotto dalla ThyssenKrupp, secondo il quale una responsabilità civile dei partecipanti all'intesa per i prezzi guida potrebbe «comportare una diminuzione della concorrenza sul mercato», in quanto le imprese, a fronte dei rischi ai quali sono esposte sotto il profilo della responsabilità, potrebbero essere dissuase dall'impegnarsi sul rispettivo mercato³⁹. Al riguardo è sufficiente ricordare quanto segue: modello per un'attività sul mercato interno dovrebbero essere le imprese che rispettano le regole di concorrenza, e non quelle che intendono ivi avvalersi di pratiche illecite a spese di altri. Qualora il riconoscimento di un obbligo risarcitorio dei partecipanti all'intesa per i prezzi guida serva a tenere lontane dal mercato le pecore nere, ciò difficilmente costituirebbe uno svantaggio per la concorrenza.

69. Poco persuasivo è, infine, l'avvertimento, lanciato isolatamente, riguardo al carico di lavoro eccessivo dei giudici civili degli Stati membri, qualora la Corte dovesse assumere un obbligo dei partecipanti all'intesa di risarcire i danni dovuti ai prezzi guida. Infatti, alla luce degli ostacoli relativamente importanti che lo attendono con riferimento all'onere della prova dinanzi ai giudici civili⁴⁰, ogni ricorrente che asserisca l'esistenza di un prezzo guida («umbrella plaintiff») farebbe bene a ponderare accuratamente probabilità di successo e rischi di un'azione civile nei confronti dei partecipanti ad un'intesa.

70. Qualora, tuttavia, il cliente di un soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa decida di far valere in giudizio nei confronti dei partecipanti all'intesa i danni dovuti ai prezzi guida, non vi è alcun motivo per negargli l'esperibilità dell'iter giudiziario in considerazione di asseriti eccessivi oneri per l'apparato giurisdizionale. Al contrario, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e dell'articolo 47, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, nell'ambito dell'applicazione del diritto europeo della concorrenza, gli Stati membri sono tenuti a stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva⁴¹.

b) Idoneità a correggere le conseguenze negative delle violazioni delle regole di concorrenza

71. Rimane da chiarire, da ultimo, se l'inclusione dei prezzi guida nella responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa sia compatibile con la funzione del risarcimento del danno. In termini del tutto generali, tale funzione consiste nel correggere le conseguenze pregiudizievoli delle violazioni commesse, e proprio tale obiettivo viene perseguito anche dall'obbligo incombente ai partecipanti ad

39 — In risposta ad un mio quesito, il rappresentante processuale della ThyssenKrupp ha relativizzato tale argomento in udienza, definendolo un'«esagerazione teorica».

40 — Singole agevolazioni nella produzione della prova sono, peraltro, previste dalla proposta di direttiva della Commissione.

41 — In senso analogo, v. sentenze *Courage e Crehan*, punto 25; *Manfredi*, punto 89, nonché *Donau Chemie*, punto 22, rispettivamente citate alla nota 9; v. inoltre, specificamente sulla rilevanza dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali nell'ambito di una controversia di diritto civile fra privati, sentenza del 18 marzo 2010, *Alassini e a.* (da C-317/08 a C-320/08, Racc. pag. I-2213, in particolare punto 61).

un'intesa di risarcire nei confronti di chiunque i danni arrecati dalle loro manovre anticoncorrenziali⁴². Al contempo, la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni rafforza la fiducia nelle regole di concorrenza dell'Unione europea e contribuisce in maniera significativa alla loro applicazione effettiva⁴³.

i) Sull'eccezione di preterintenzionalità dei danni dovuti ai prezzi guida

72. Talune parti nel procedimento fanno valere che le imprese partecipanti all'intesa concernente gli ascensori avrebbero effettivamente voluto un aumento dei propri prezzi nei confronti dei loro clienti, ma non un aumento dei prezzi dei soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa nei confronti dei clienti di tali soggetti in forza dei prezzi guida. Non sarebbe pertanto equo agire in via risarcitoria nei confronti dei partecipanti all'intesa con riferimento a tali prezzi.

73. Questo rilievo non è fondato.

74. L'accertamento del nesso di causalità fra un'intesa e determinati tipi di danni che possono aver subito gli operatori del mercato poggia su criteri meramente obiettivi. È ben possibile che, sotto il profilo soggettivo, la responsabilità civile dipenda dalla violazione dolosa o colposa delle regole di concorrenza dei Trattati da parte dei partecipanti all'intesa. Tuttavia, non rileva se questi ultimi abbiano anche causato dolosamente o colposamente i danni concretamente verificatisi. Un siffatto requisito di colpa sarebbe incompatibile con i principi del diritto civile e renderebbe eccessivamente gravosa l'applicazione pratica delle regole di concorrenza.

75. Anche a prescindere da ciò, in un caso come quello di specie, la comparsa di prezzi guida, come ho già ricordato⁴⁴, senz'altro non è imprevedibile per le imprese partecipanti ad un'intesa. È pertanto logico che i membri di un'intesa accettino consapevolmente l'eventualità della comparsa di prezzi guida in occasione delle loro manovre anticoncorrenziali, cosicché ad essi dovrebbe essere imputata, con riferimento ai danni occorsi, perlomeno la colpa, ma forse persino il dolo eventuale (*dolus eventualis*).

ii) Sull'eccezione secondo cui il risarcimento dei danni legato ai prezzi guida non consentirebbe il recupero dei profitti illegittimi

76. Contrariamente a quanto sostenuto da talune parti nel procedimento, è inoltre irrilevante se il risarcimento di danni dovuti ai prezzi guida consenta il recupero degli illegittimi profitti dei partecipanti all'intesa.

77. La possibilità di recuperare tali profitti può costituire, in molti casi, un effetto collaterale benvenuto del risarcimento dei danni in relazione a comportamenti anticoncorrenziali. Tuttavia, tale recupero dei profitti non costituisce una condizione necessaria per l'azione di risarcimento danni nei confronti dei partecipanti all'intesa.

42 — Sentenza *Donau Chemie*, citata alla nota 9, punto 24.

43 — Sentenza *Donau Chemie*, punto 23; analogamente, sentenze *Courage e Crehan*, punti 26 e 27; *Manfredi*, punto 91, nonché *Pfleiderer*, punto 28, rispettivamente citate alla nota 9.

44 — V. *supra*, paragrafi da 41 a 52 delle presenti conclusioni.

78. In ciò risiede la fondamentale differenza fra il diritto al risarcimento del danno e il diritto alla restituzione dell'indebitato. Nel caso del risarcimento del danno, l'obiettivo fondamentale non è prendere all'autore del danno quanto ha in eccesso, bensì accordare alla parte lesa soddisfazione per il pregiudizio subito a causa della condotta illecita dell'autore del danno⁴⁵. Tale funzione è assolutamente compatibile con l'estensione della responsabilità civile dei partecipanti all'intesa ai danni dovuti ai prezzi guida.

iii) Sull'eccezione attinente all'introduzione di un risarcimento dei danni «punitivo»

79. Infine, non risulta fondata neanche l'eccezione, sollevata da più parti nel procedimento, secondo la quale, con il riconoscimento di una responsabilità civile per i prezzi guida, il risarcimento del danno dovuto dai partecipanti all'intesa degenererebbe in un risarcimento dei danni «punitivo».

80. A prescindere dal fatto che il diritto dell'Unione non vieta, in linea di principio, la concessione di un risarcimento danni esemplare o il risarcimento dei danni punitivo⁴⁶, non sussiste alcun indizio nel senso che la responsabilità civile dei partecipanti all'intesa per i prezzi guida possa esplicare un siffatto effetto.

81. Diversamente da quanto avviene normalmente nel caso del risarcimento dei danni punitivo, dai partecipanti all'intesa si pretende unicamente, mediante l'inclusione dei prezzi guida nel loro obbligo risarcitorio, una riparazione di quel danno che essi hanno contribuito a causare sul rispettivo mercato con le loro manovre anticoncorrenziali. Una sovracompensazione di tale danno non ha luogo.

82. Nel complesso, occorre pertanto ritenere che il risarcimento dei danni dovuti ai prezzi guida è conforme alla finalità dell'articolo 81 CE ovvero dell'articolo 85 del Trattato C(E)E (divenuto articolo 101 TFUE).

3. Sintesi

83. Tutto ciò considerato, dunque, i danni dovuti ai prezzi guida non devono, in linea generale, essere considerati imprevedibili per i partecipanti ad un'intesa, e la loro riparazione è conforme alla finalità dell'articolo 81 CE ovvero dell'articolo 85 del Trattato C(E)E (divenuto articolo 101 TFUE). Sarebbe contrario all'efficacia pratica di tali regole di concorrenza escludere categoricamente a priori il risarcimento di tali danni nell'ambito del diritto civile nazionale.

C – Osservazioni finali

84. La soluzione da me suggerita non comporta automaticamente e in ogni caso un obbligo risarcitorio dei partecipanti all'intesa nei confronti dei clienti di soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa, ma non esclude neanche un tale obbligo a priori. Piuttosto, occorre verificare sempre, sulla scorta di una valutazione globale di tutte le circostanze rilevanti, se, caso per caso, siano comparsi prezzi guida in conseguenza dell'intesa.

85. Uno spostamento della problematica dei prezzi guida dal livello meramente teorico al livello della produzione della prova mi sembra il più idoneo a contribuire ad un'applicazione efficace delle regole di concorrenza europee che tenga in debito riguardo gli interessi di tutti gli operatori del mercato.

45 — Tale differenza è stata riconosciuta, in risposta ad un mio quesito, anche dal rappresentante processuale della Otis nell'udienza dinanzi alla Corte.

46 — Sentenza Manfredi, citata alla nota 9, punti 92 e 93.

86. Sicuramente non si troveranno sempre validi studi o altri mezzi di prova che permettano ragionevolmente di concludere nel senso che sul relativo mercato sia comparso un prezzo guida in conseguenza dell'intesa. D'altra parte, un siffatto effetto è tuttavia tutt'altro che escluso, e i danni ad esso connessi non sono affatto così «speculativi» e «incerti»⁴⁷ come talvolta argomentato. Nella specie, l'Oberster Gerichtshof ha ad esempio affermato, nella sua ordinanza di rinvio, che l'intesa concernente gli ascensori ha comportato una distorsione dell'andamento probabile dei prezzi⁴⁸, e l'ÖBB-Infrastruktur rimanda ad uno studio che deve dimostrare la comparsa di prezzi guida⁴⁹.

87. Si noti, per inciso, che l'affermazione di una responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa per i prezzi guida, contrariamente a una certa critica, non è né più né meno «favorevole alle imprese» rispetto alla categorica esclusione di qualsiasi obbligo di risarcimento del danno, come sembra avere in mente il giudice del rinvio. Sono operatori economici, infatti, non solo i partecipanti all'intesa, bensì anche i clienti dai quali vengano pretesi prezzi eccessivi, a prescindere dalla questione se essi intrattenessero rapporti contrattuali con i partecipanti all'intesa stessi o con soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa. Sarebbe particolarmente iniquo favorire unilateralmente, mediante una categorica esclusione dei prezzi guida dalla loro responsabilità civile, proprio i partecipanti all'intesa che si siano resi colpevoli di gravi infrazioni alle regole di concorrenza, tanto più che ciò – come menzionato in precedenza⁵⁰ – introdurrebbe incentivi sbagliati con riferimento all'effettiva applicazione delle regole di concorrenza.

88. La soluzione da me suggerita non è incompatibile neanche con il progetto legislativo sulla parziale armonizzazione delle azioni di risarcimento danni di diritto nazionale recentemente avviato dalla Commissione europea. Come discusso in udienza con le parti nel procedimento, la proposta di direttiva della Commissione non osta alla concessione del risarcimento di danni dovuti ai prezzi guida⁵¹.

89. La circostanza che la giurisprudenza statunitense non sia uniforme con riguardo alle cosiddette «umbrella claims»⁵², e che manchi ancora un chiarimento da parte di un organo giurisdizionale supremo, segnatamente della Corte suprema degli Stati Uniti, non dovrebbe impedire alla nostra Corte di affrontare la problematica dei prezzi guida.

47 — V., in tal senso, in particolare – dalla giurisprudenza dei giudici degli Stati Uniti d'America – le decisioni della United States Court of Appeals (Third Circuit), *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.*, 596 F.2d 573, 597 (1979), e della United States District Court (District of Columbia), *Federal Trade Commission v. Mylan Laboratories*, 62 F.Supp.2d 25, 39 (1999).

48 — V., al riguardo, paragrafo 7 supra delle presenti conclusioni.

49 — Incombe ai giudici nazionali verificare tale argomento e valutare il valore probatorio di tale studio.

50 — V. supra, paragrafi 64 e 65 delle presenti conclusioni.

51 — Detta proposta di direttiva (citata alla nota 13) non è intesa ad armonizzare in maniera esaustiva la materia, bensì ha ad oggetto, come emerge già dal suo titolo, unicamente l'adozione di «determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno» e riconosce espressamente che esistono altri «aspetti non trattati nella presente direttiva» (v. considerando 10 della proposta di direttiva). Inoltre, le disposizioni contenute nella proposta di direttiva sono formulate in maniera sufficientemente aperta da comprendere anche il risarcimento dei danni risultanti da prezzi guida e in ogni caso da non escluderlo (v., segnatamente, articolo 11, paragrafi 2 e 4, della proposta di direttiva, dove si parla di «soggetti danneggiati che non siano [gli] acquirenti o fornitori diretti o indiretti» delle imprese autrici delle infrazioni).

52 — A favore di una responsabilità depongono: United States Court of Appeals (Seventh Circuit), *United States Gypsum Co. v. Indiana Gas Co.*, 350 F.3d 623, 627 (2003); United States Court of Appeals (Fifth Circuit), *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148, 1166 (1979). Contro una siffatta responsabilità depongono invece, inter alia: United States Court of Appeals (Third Circuit), *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.*, 596 F.2d 573, 597 (1979); United States District Court (District of Columbia), *Federal Trade Commission v. Mylan Laboratories*, 62 F.Supp.2d 25, 39 (1999).

V – Conclusione

90. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di risolvere come segue la questione pregiudiziale proposta dall'Oberster Gerichtshof nei seguenti termini:

Gli articoli 85 del Trattato C(E)E e 81 CE ostano ad un'interpretazione e ad un'applicazione del diritto nazionale di uno Stato membro che escludano categoricamente, per motivi di diritto, la responsabilità civile delle imprese partecipanti ad un'intesa per i danni risultanti dal fatto che un'impresa non partecipante a tale intesa, nella scia delle manovre dell'intesa, abbia fissato prezzi superiori a quelli che sarebbe stato altrimenti lecito attendersi in condizioni di concorrenza.