
Riflessioni sull'adozione dell'arbitrato e della mediazione nella risoluzione dei conflitti per la quantificazione del danno per infrazione degli artt. 101 o 102 del TFUE

Alessandro Massolo

*Dottorando di ricerca in Law & Economics presso l'Università
LUISS «Guido Carli» di Roma*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'arbitrato nel diritto della concorrenza e la sua utilità nella quantificazione del danno. - 2.a. L'arbitrato e il diritto della concorrenza. - 2.b. La quantificazione dei danni per infrazione degli artt. 101 o 102 del TFUE. - 2.c. L'arbitrato nella quantificazione dei danni per infrazione degli artt. 101 o 102 del TFUE. - 3. I limiti dell'arbitrato. - 3.a. Pericoli concorrenziali e aspetti negativi dell'arbitrato. - 3.b. Tecniche per rallentare e indebolire il procedimento arbitrale. - 3.c. La mediazione: un confronto con l'arbitrato. - 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Ciascun cittadino europeo ha diritto ad essere indennizzato per i danni che avrebbe sofferto dall'infrazione, da parte di un terzo per violazione delle norme *antitrust* europee, sulla base degli artt. 101 e 102 del Trattato del Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) ⁽¹⁾. L'art. 101 stabilisce che «sono vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno» ⁽²⁾. Inoltre, l'art. 102 vieta «lo sfrutta-

(1) COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM/2008/0165, Bruxelles, Belgio, 2008, disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:IT:NOT>. Si veda anche NICITA, *Consumatori, Antitrust e risarcimento del Danno. Le prospettive del Libro Bianco CE*, in *Consumatori Diritti & Mercato*, 2008, n. 2, p. ...ss.

(2) UNIONE EUROPEA, *Versione consolidata del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*, Bruxelles, 2008, in *G.U.U.E.*, C115/49, all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/J0Index.do?year=2008&serie=C&textfield2=115&Submit=Cercare&submit=Cercare&ihtmlang=it>.

mento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo»⁽³⁾.

Tuttavia, la quantificazione di tale tipologia di danno è un processo molto complicato che richiede delle analisi economiche e quantitative molto raffinate. Inoltre, essendo tale analisi molto difficile e capziosa, ha indotto ciascuno stato membro ad adottare la propria procedura nazionale da seguire. Ciò ha contribuito a rendere ancor più difficile, per i consumatori danneggiati, il ricorso alla giustizia per tutelarsi. Si pensi ad esempio a un eventuale conflitto fra un consumatore francese e un'impresa polacca. I consumatori potrebbero avere in effetti maggiori difficoltà a tutelarsi nell'ambito di controversie derivanti da operazioni commerciali transfrontaliere rispetto a quelle nazionali.

Al fine di rendere ancor più accessibile il diritto alla compensazione dei danni a tutti i cittadini dell'Unione Europea, la Commissione Europea ha pubblicato, nel 2010, delle linee guida per la quantificazione del danno causato dall'infrazione degli artt. 101 o 102 del TFUE⁽⁴⁾. Lo scopo era di cercare di uniformare tale procedura per tutti gli Stati Membri. Il vero grande obiettivo della Commissione Europea, però, è di incoraggiare sempre più il ricorso alle azioni private per la risoluzione delle controversie, tra le quali sono ricomprese certamente anche quelle che derivano dall'infrazione del diritto della concorrenza. In effetti «la prassi decisionale della Commissione europea ha mostrato un deciso *favor* nei confronti dell'istituto dell'arbitrato con specifico riferimento al tema delle controversie *antitrust*»⁽⁵⁾. In particolare, la stessa sta cercando di rendere tali azioni private ancor più efficienti, soprattutto da un punto di vista dei costi e dei tempi di durata dei procedimenti. Promovendo l'utilizzo di metodi alternativi per la risoluzione dei conflitti, conosciuti più semplicemente come ADR⁽⁶⁾, ciò è iniziato già dal 2011 attraverso la pubblicazione di due proposte normative: una direttiva e un regolamento nel 2011⁽⁷⁾, entrati poi in vigore a maggio 2013.

(3) *Ibidem*.

(4) COMMISSIONE EUROPEA, *Bozza di documento di Orientamento su: Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell' art. 101 o 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*, Bruxelles, Belgio, 2011, non pubblicato in G.U.U.E. ma disponibile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_it.pdf.

(5) PACE, *Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*, voce 37, *Arbitrato commerciale internazionale e diritto antitrust*, a cura di Bastianon, Napoli, 2013, p. 370.

(6) ADR, *Alternative Dispute Resolution method*.

(7) COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva al Parlamento Europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, recante modifica*

Questo studio è una breve riflessione sull'utilizzo di tali metodi alternativi per la risoluzione dei conflitti. Più precisamente, partendo dalle direttive emesse dall'Unione Europea, e quindi ragionando in maniera generale senza scendere nei meccanismi delle giurisdizioni nazionali, si è affrontata la questione circa il fatto che l'arbitrato possa essere realmente l'ADR più efficace ed efficiente per risolvere i conflitti derivanti dalla quantificazione del danno per infrazione ex art. 101 o art. 102 TFUE, o se invece non vi possano essere altri metodi quali la mediazione per una soluzione più rapida ed efficace.

Per rispondere a tale domanda, vedremo in primo luogo quali sono gli aspetti positivi legati all'utilizzo dell'arbitrato nella risoluzione di conflitti di questo tipo, cercando di evidenziare quanto tale metodo consentirebbe alle parti un guadagno in termini di flessibilità ed efficienza. In secondo luogo, vedremo invece come l'arbitrato potrebbe non essere l'ADR più efficace e faremo un confronto con la mediazione. Infine, concluderemo sull'efficacia dell'arbitrato per la risoluzione dei conflitti derivanti dall'infrazione degli artt. 101 o 102 TFUE.

del regolamento (CE) n. 2006/2004 e della direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), COM/2011/0793, 2011, non pubblicato su G.U.U.E. ma disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52011PC0793:EN:NOT>; Id., *Proposta di Direttiva al Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori (regolamento sull'ODR per i consumatori)*, COM/2011/0794, Bruxelles, 2011, Bruxelles, 2011, non pubblicata su G.U.U.E. ma disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52011PC0794:EN:NOT>; PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, *Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori)*, Bruxelles, 21 Maggio 2013, in G.U.U.E., L 168, disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:SOM:IT:HTML>; Id., *Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori)*, Bruxelles, 21 Maggio 2013, in G.U.U.E., L 168, disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:SOM:IT:HTML>.

2. *L'arbitrato nel diritto della concorrenza e la sua utilità nella quantificazione del danno*

2.a. *L'arbitrato e il diritto della concorrenza*

«L'arbitrato può essere definito come una situazione nella quale un giudice o un arbitro privato, designato dalle parti, tramite un accordo comune, riceve un mandato per risolvere una controversia, emettendo una decisione arbitrale»⁽⁸⁾.

Più precisamente, l'arbitrato può svolgersi sia seguendo una procedura istituzionale, nel caso in cui vi sia una camera arbitrale che si occupa di gestire tutto il procedimento; o attraverso una procedura *ad hoc* quando sono le parti stesse a gestire l'intero processo tramite un accordo⁽⁹⁾.

Come tutti i metodi alternativi per la risoluzione dei conflitti, l'arbitrato fa della sua rapidità, confidenzialità e dei suoi più ridotti costi amministrativi, i suoi punti di forza rispetto ad un processo tradizionale dinanzi un tribunale nazionale. È proprio grazie a tali vantaggi, che l'arbitrato è una via spesso adottata soprattutto dalle imprese. Ad esempio, grazie alla sua confidenzialità esso consente di mantenere segrete alcune informazioni private sulle attività delle imprese partecipanti al conflitto.

Per ciò che concerne i conflitti legati all'infrazione del diritto della concorrenza, l'arbitrato conserva sempre i suoi aspetti positivi di efficienza e di flessibilità. Infatti, le parti hanno la libertà di poter scegliere quando servirsi dell'arbitrato, vale a dire che esse possono farlo sia *ex ante* o *ex post* rispetto al conflitto. L'unica condizione è un accordo scritto. L'utilizzo dell'arbitrato nel diritto della concorrenza può dunque avvenire in ogni momento: sia in seguito alla decisione dell'autorità della concorrenza nazionale o della Commissione Europea, in tal caso si ha generalmente un'azione privata per la richiesta di danni sofferti da altre imprese o consumatori danneggiati; sia tramite l'iniziativa di una delle parti che sostiene di essere stata vittima di una pratica anti concorrenziale. Inoltre, «se si segue ciò che è stato deciso nella decisione Eco/Suiss della Corte europea di giustizia, sembrerebbe che la tendenza sia di imporre agli arbitri il dovere di sollevare qualunque questione riguar-

(8) OCSE, Arbitration and Competition, DAF/COMP (2010) 40, p. 7, Competition Law & Policy OCSE, Parigi, 2010.

(9) Per maggior informazioni si veda anche LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, p. 91.

dante il diritto della concorrenza durante una procedura arbitrale»⁽¹⁰⁾. Pertanto, l'arbitrato può essere considerato come un ADR comunemente utilizzato per risolvere i conflitti in materia di diritto della concorrenza.

2.b. La quantificazione dei danni per infrazione degli artt. 101 o 102 TFUE

Come già accennato, la quantificazione del danno per infrazione ex artt. 101 e 102 TFUE, è un tema molto discusso in questo momento all'interno dell'Unione Europea; soprattutto perché la Commissione Europea ha pubblicato una proposta di linee guida nel 2010, che sono state a lungo oggetto di consultazione pubblica e che sono state rese ufficiali a giugno 2013⁽¹¹⁾.

La quantificazione del danno per infrazione del diritto della concorrenza è un processo molto complesso che spesso richiede l'utilizzo di tecniche econometriche. Ciò è dovuto al fatto che nella maggior parte dei casi, per stimare i danni che una vittima potrebbe aver sofferto, bisognerebbe, in linea generale, paragonare un potenziale scenario nel quale l'infrazione del diritto della concorrenza non è stata compiuta con quello, reale, in cui l'infrazione è avvenuta.

Per esempio, nel caso d'infrazione ex art. 101, per pratica collusiva anticoncorrenziale fra imprese, tramite la costituzione di un cartello, i consumatori potrebbero aver subito un incremento illecito di prezzi. Tale incremento consentirebbe loro di chiedere un risarcimento danni⁽¹²⁾. In tal caso, bisognerebbe fare una cosiddetta *but for price analysis*, vale a dire un paragone dei due scenari prima e dopo il cartello per stimare quale è stato l'incremento dei prezzi ed in seguito quantificare i danni che i consumatori avrebbero sofferto.

Tuttavia, tale analisi non si limita solamente ad identificare di quanto sono aumentati i prezzi. Essa deve prendere in considerazione altri elementi che hanno un impatto diretto sul valore dei danni da calcolare. A tal fine, bisogna, innanzitutto, fare una distinzione fra consumatori

(10) LA CHINA, *ibidem*.

(11) COMMISSIONE EUROPEA, *Guida pratica: Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'art. 101 o 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*, SWD/2013/205, Strasburgo, 11 Giugno 2013, non pubblicata su G.U.U.E. ma disponibile all'indirizzo <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

(12) Si veda anche BASTIANON, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 1996.

diretti e indiretti. I primi sono imprese che hanno tipicamente una relazione di tipo verticale con le imprese che fanno parte del cartello, come ad esempio i grossisti. I secondi sono più generalmente conosciuti come i consumatori finali, i quali acquistano i prodotti venduti dai grossisti sui mercati al dettaglio. Questa distinzione è di notevole importanza, nella quantificazione del danno *antitrust*, perché permette di valutare se vi è stato un cosiddetto *passing on*, vale a dire un aumento dei prezzi dei prodotti venduti sul mercato al dettaglio causati da un aumento dei prezzi sul mercato all'ingrosso. Più precisamente, l'aumento dei prezzi a seguito della creazione del cartello, si traduce come un aumento dei costi di produzione per i grossisti. Questi ultimi potrebbero dunque, a loro volta, aumentare i prezzi dei loro prodotti sul mercato al dettaglio. Inoltre, nel caso più estremo di *complete passing on*, ovvero un trasferimento totale dei maggior costi di produzione sui prezzi al dettaglio, i soli consumatori, legittimati a chiedere un risarcimento dei danni, sarebbero quelli indiretti.

L'analisi diviene ancor più complessa se si pensa al caso dove sia realmente possibile effettuare un *passing on* e determinare se sia "completo" o "incompleto". In effetti, si dovrebbe analizzare il mercato a valle per cercare di capire se il grossista abbia un potere di mercato tale da consentirgli di aumentare i prezzi o se si tratta di un mercato concorrenziale e se la domanda sia elastica o inelastica.

Nella quantificazione dei danni non si può tener conto soltanto dei danni patrimoniali ma si devono considerare anche quelli non patrimoniali ⁽¹³⁾. Nel diritto *antitrust* sembrerebbe infatti pratica utilizzata la quantificazione del danno per diritti di immagine. Ad esempio, ad agosto 2013, Telecom Italia è stata condannata per abuso di posizione nel settore della telefonia fissa ⁽¹⁴⁾. A seguito di tale condanna, Vodafone ha chiesto un risarcimento danni per 1,029 miliardi di euro ⁽¹⁵⁾. Fra i danni richiesti vi erano anche quelli di immagine. Quest'ultimo può essere interpretato nella seguente maniera. Si pensi, ad un consumatore che vuole cambiare operatore per la sua linea telefonica fissa passando da Telecom Italia a Vodafone perché attratto dal pacchetto internet più vantaggioso. Vodafone chiederà quindi l'accesso alla rete di Telecom Italia

(13) Si veda anche CHINDEMI, *Il danno da perdita di chances*, Milano, 2010, p. 49 e p. 91.

(14) AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, A428 - Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia, Provvedimento 24339, disponibile all'indirizzo <http://www.agcm.it/concorrenza/intese-e-abusi/open/41256297003874BD/69A7B76ACCC96899C1257B7900495F93.html>.

(15) http://archiviostorico.corriere.it/2013/agosto/04/Vodafone_chiede_danni_Telecom_co_0_20130804_0268501e-fcc8-11e2-89c2-e13baa58a1b2.shtml.

per fornire il proprio servizio al suo nuovo consumatore. È proprio a tale stadio, che l'operatore *incumbent* può abusare della propria posizione dominante e di proprietario della rete ritardando l'accesso a Vodafone. Tale ritardo potrebbe disincentivare il consumatore a cambiare operatore e potrebbe danneggiare l'immagine di Vodafone in quanto non capace di offrire il proprio servizio in maniera efficiente ovvero in tempi rapidi come Telecom Italia. Il giudice dovrebbe essere quindi in grado di valutare se vi sia un nesso di causa ed effetto fra l'abuso di posizione dominante ed un eventuale danno all'immagine di Vodafone e quantificare tale danno. La determinazione del danno non patrimoniale è, al pari del danno patrimoniale, una valutazione molto complessa, soprattutto nel caso di un illecito *antitrust*. Infatti, il danno all'immagine potrebbe ad esempio variare sensibilmente a seconda della velocità col quale si è verificato un eventuale "passa parola" fra i consumatori e per quanto tempo ciò è avvenuto. Nel caso di un "passa parola" veloce e protratto nel tempo, Vodafone dovrebbe infatti fare un'operazione di *marketing* di notevole importanza per riguadagnare fiducia fra i consumatori.

La quantificazione dei danni, a causa dell'infrazione *ex artt. 101 o 102 TFUE*, è dunque verosimilmente un processo complesso, soprattutto per un giudice nazionale che dovrebbe analizzare tutte le analisi economiche ed econometriche, le quali sono presentate dalle parti e cercano di rispondere alle problematiche appena descritte. Ma non soltanto, egli dovrebbe essere in grado di determinare anche eventuali danni non patrimoniali e quindi avere una buona conoscenza del mercato e delle sue dinamiche per poter valutare l'entità di danni quali quello all'immagine. Il rischio è che si potrebbe arrivare a una quantificazione del danno che si allontana da quello reale. Inoltre, i giudizi potrebbero rivelarsi estremamente lunghi e costosi scoraggiando le richieste di risarcimento danni da parte delle vittime.

Tuttavia, il giudice, se la giurisdizione nazionale lo prevede, potrebbe appellarsi ad un giudizio di equità nel caso di impossibilità di determinazione del danno. Ragionando in termini di analisi economica del diritto, sebbene tale pratica possa aiutare il giudice a velocizzare il procedimento giudiziale e, soprattutto, a consentirgli comunque di poter emettere un giudizio, anche in casi di forte incertezza e difficoltà nella determinazione del danno; non si riuscirebbe, però, in ogni caso ad arrivare ad una quantificazione ottimale del danno.

2.c *L'arbitrato nella quantificazione dei danni per infrazione*
ex artt. 101 o 102 TFUE

Per quanto esposto, l'utilizzazione dell'arbitrato sarebbe quindi auspicabile per risolvere questo tipo di conflitti, specialmente per quanto riguarda la quantificazione dei danni patrimoniali.

In primo luogo, l'arbitrato si caratterizza per la sua flessibilità nella scelta dell'arbitro. Le parti, infatti, nominano l'arbitro in base alle sue conoscenze e competenze tecniche elevate in un determinato ambito o materia, che un giudice di un tribunale potrebbe non avere. Inoltre, l'arbitro può avvalersi di un esperto o di una persona altamente qualificata per l'analisi delle tecniche economiche o econometriche richieste dal conflitto. Ciò permetterebbe quindi di superare alcuni problemi di comunicazione fra le parti e il giudice, i quali, in questa maniera, parlerebbero uno stesso linguaggio tecnico. L'arbitro sarebbe, infatti, un esperto del settore e conoscerebbe tutti gli aspetti tecnici ed economici del mercato, dove è nato il conflitto. La sua decisione potrebbe quindi rivelarsi più equilibrata perché egli avrebbe la possibilità di poter valutare in maniera più approfondita e critica le argomentazioni e le dimostrazioni delle parti.

Si potrebbe allora arrivare a una stima dei danni più vicina alla realtà. La quale consentirebbe di evitare di cadere in errori di valutazione com'è avvenuto in diversi casi, come per esempio nella sentenza *Courage Ltd vs Crehan*⁽¹⁶⁾. Mr. Crehan era il proprietario di un bar e per contratto era obbligato ad acquistare la birra dall'impresa *Inntrepreneur*. Nel 1993, egli ha interrotto il proprio contratto di *leasing* con *Inntrepreneur*, accusando quest'ultimo di applicare un prezzo non concorrenziale. Crehan chiese un risarcimento di danni per l'incremento dei costi che aveva subito fino al 1993, per la perdita di profitti, a causa dell'interruzione del contratto, tra il 1993 fino al 2003 e il valore che il contratto di *leasing* avrebbe assunto se avesse continuato la sua attività fra il 1993 e il 2003. Il giudice concesse a Crehan un indennizzo pari a 1.3 milioni di sterline, una cifra chiaramente irragionevole.

Per quanto riguarda i danni non patrimoniali, il fatto che l'arbitro sia un esperto di settore potrebbe facilitare l'eventuale stima di tale danno. Ad esempio, ritornando al nostro esempio sul caso *Telecom Italia vs Vodafone*, l'arbitro potrebbe avere più sensibilità nel valutare l'entità del "passa parola" fra i consumatori.

Al pari del giudice nazionale, però, l'arbitro deve essere anche in

(16) C-453/99 *Courage e Crehan*.

grado di valutare il nesso di causa ed effetto fra l'illecito *antitrust* e l'eventuale danno all'immagine.

In secondo luogo, attraverso una procedura di arbitrato, le parti hanno la possibilità di «*trancher leurs litiges par le biais d'une décision définitive. Ce qui marque une différence entre l'arbitrage et les autres méthodes alternatives de résolution des conflits, tels que l'expertise, la transaction, la conciliation et la médiation*»⁽¹⁷⁾. In altre parole, l'arbitrato consente alle parti di porre fine al proprio conflitto perché l'arbitro può adottare, se le parti lo stabiliscono, una decisione definitiva, come in un tribunale nazionale. Ciò è un elemento rilevante che distingue l'arbitrato dagli altri ADR.

Le parti possono, come abbiamo già detto, avvalersi di un regime di confidenzialità durante il procedimento arbitrale. Le loro informazioni private e i fatti accaduti rivelati dalle parti all'arbitro, durante l'arbitrato, non saranno mai resi noti alla controparte. Ciò potrebbe avere l'effetto positivo di salvaguardare i rapporti fra le parti, specialmente se esse hanno una relazione di tipo verticale. Le imprese potrebbero considerare tale aspetto di estrema importanza al fine di mantenere buoni rapporti con la controparte per futuri nuovi accordi di fornitura e avrebbero anche la possibilità di preservare la propria immagine e reputazione sui mercati.

Inoltre, la procedura di arbitrato sarebbe preferita a quella classica di un tribunale nazionale anche in ragione dei suoi costi più bassi. In effetti, l'arbitrato consente di ridurre i tempi impiegati al fine di risolvere il conflitto. Il tempo rappresenta un fattore cruciale per tutte le imprese che non vogliono perdere risorse finanziarie e umane in sentenze che possono a volte durare una decina d'anni. Ciò vale sicuramente per tutte e due le parti. Specialmente il richiedente potrebbe essere la parte che più sarebbe incentivata ad adottare l'arbitrato per ridurre i tempi di giudizio. Per esempio nella sentenza *Manfredi vs Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa*, come affermano Whish and Bailey, «vi erano una serie di regole che rinviavano le azioni private per la quantificazione del danno per infrazione del diritto della concorrenza ad altre corti. Ciò aumentava i costi e la durata dell'intera procedura. In particolare, c'erano delle scadenze da rispettare e delle regole che avrebbero potuto impedire il risarcimento totale dei danni»⁽¹⁸⁾.

(17) DE BOURNONVILLE, *Le phénomène de l'arbitrage*, in *Droit judiciaire: l'arbitrage*, Bruxelles, De Boek & Larquier, 2000, p. 55.

(18) Così WISH e BAILEY, *Competition Law*⁷, Oxford, Oxford University press, 2012, p. 299.

3. I limiti dell'arbitrato

3.a. Pericoli concorrenziali e aspetti negativi dell'arbitrato

Un limite importante dell'arbitrato, potrebbe essere «l'assenza di precedenti»⁽¹⁹⁾. Il fatto che le decisioni arbitrali non siano pubbliche, non consente agli altri arbitri di poter servirsi di altre decisioni arbitrali adottate nel passato. Ciò avrebbe l'effetto di rallentare l'intero processo decisionale a spese delle parti.

In particolare, nella quantificazione del danno per infrazione *ex artt.* 101 e 102 TFUE, la possibilità, per l'arbitro, di poter basarsi su altre passate decisioni arbitrali, faciliterebbe sicuramente la propria valutazione dei documenti; ancor più se si pensa che l'analisi che egli deve eseguire è molto complessa poiché richiede delle conoscenze tecniche e approfondite del mercato.

Per esempio, durante la comparazione dei due scenari di infrazione e non infrazione *ex art.* 101 TFUE, per determinare qual è stato l'incremento dei prezzi causato dalla creazione del cartello, sarebbe di notevole importanza capire qual è stata l'evoluzione, nel passato, dei prezzi e aver la possibilità di poter paragonare una passata situazione di infrazione *ex art.* 101 TFUE con quella in oggetto all'analisi. Tale *benchmarking* è, infatti, una pratica molto incoraggiata dalla Commissione Europea nelle sue linee guida per la quantificazione del danno per infrazione del diritto della concorrenza.

L'arbitro, inoltre, «non possiede dei poteri di istruttoria»⁽²⁰⁾, come un giudice di un tribunale nazionale. Ciò potrebbe rappresentare un grosso limite per il procedimento arbitrale soprattutto durante la presentazione dei documenti di analisi, come eventuali stime di costi di produzione, da parte delle parti in causa.

Se ritorniamo all'esempio precedente del cartello illecito, i costi di produzione di un'impresa sono di fondamentale importanza per stimare i prezzi fissati da un'impresa e valutare se questi ultimi siano anti concorrenziali o meno. L'omissione di tali informazioni, da parte dell'impresa accusata di aver infranto l'art. 101 TFUE, impedirebbe quindi il buon funzionamento del procedimento arbitrale. L'arbitro dovrebbe allora fare un successivo sforzo per ricercare le informazioni che possano consentirgli di adottare una decisione ottimale, vale a dire una quantificazione dei danni che possa avvicinarsi il più possibile a quella reale.

(19) OCSE, *doc. cit.*, p. 7.

(20) OCSE, *ibidem*.

Il rischio potrebbe essere, che le parti possano speculare su tale informazione asimmetrica al fine di rallentare l'intero processo arbitrale, per scoraggiare l'avversario e per spingere l'arbitro a fare un'inappropriata quantificazione del danno.

3.b. Tecniche per rallentare e indebolire il procedimento arbitrale

Come già dimostrato, le parti in lite potrebbero adottare delle strategie con lo scopo di rallentare il procedimento arbitrale o cercare di ottenere un giudizio che possa favorirli il più possibile.

L'arbitrato deve dunque fronteggiare la natura strategica dei comportamenti delle parti che caratterizzano la quasi totalità dei conflitti. Prima di cercare di capire come tali comportamenti possano rappresentare un limite per lo svolgimento del procedimento arbitrale, è utile dare una definizione di azione strategica e di ciò che si intende per *focal coordination point* nella teoria dei giochi.

In primo luogo la teoria dei giochi definisce un'azione strategica come un'azione che influenza la scelta della controparte, poiché influenza le attese che tale controparte si crea su come l'avversario agirà. In altre parole, attraverso un'azione strategica si pongono dei vincoli sulle scelte della controparte. Inoltre, scegliendo una determinata strategia ognuno pone a stesso, a sua volta, dei vincoli su come egli dovrà agire.⁽²¹⁾ In secondo luogo, si intende per *focal coordination point*, «un gioco caratterizzato dalle seguenti regole: due parti non riescono a trovare una soluzione al loro conflitto perché non riescono a determinare un modo per comunicare. Ciascuna delle due parti deve formulare una proposta in maniera indipendente e presentarla ad un terzo che dovrà in seguito prendere una decisione. I pareri delle due parti sono confrontati e nessuno può prendere alcuna "fetta della torta", prima che il terzo decida, ad eccezione del solo caso nel quale le parti propongono la stessa soluzione»⁽²²⁾.

«Il rischio di questo tipo di giochi è che ciascuna delle parti sa che l'altra parte possiede delle informazioni limitate su se stessa e può, di conseguenza, prevedere che la controparte potrà adottare una varietà di soluzioni possibili da proporre al terzo decisore. Ciò avrebbe l'effetto di causare, a sua volta, un altro problema, vale a dire quello per il quale le

(21) Per maggiori approfondimenti si veda SHELLING, *The strategy of conflict*, Cambridge, Mass., Harvard Press, 1960.

(22) <http://www.adrtimes.com/articles/2011/4/6/using-game-theory-part-2.html>

parti sanno che il terzo decisore dovrà scegliere fra un *range* di soluzioni possibili»⁽²³⁾. Pertanto, le parti sarebbero scoraggiate a collaborare. Esse potrebbero essere meno incentivate a fornire informazioni utili ai fini della risoluzione del conflitto. Le parti prevedono che se assumono la strategia di non agire, e quindi di non collaborare, il terzo decisore potrebbe comunque, in ogni caso, arrivare a un tipo di decisione che potrebbe convenire loro. Il risultato è che il processo decisionale sarebbe rallentato e la decisione potrebbe essere non ragionevole. Tutto questo grazie ad un gioco di strategia, come abbiamo appena spiegato.

Allo stesso modo, potremmo applicare tale gioco del *focal coordination point* a un procedimento arbitrale per la risoluzione di un conflitto per la quantificazione del danno causato dall'infrazione ex artt. 101 o 102 del TFUE. Il terzo decisore sarebbe l'arbitro e le parti agirebbero in maniera strategica al fine di aumentare o ridurre l'entità del danno, in base al loro ruolo di attore o convenuto.

Se analizziamo, per esempio, la posizione del convenuto, egli, generalmente, è l'impresa che ha commesso l'infrazione e potrebbe essere la parte non incentivata a collaborare. Più precisamente, seguendo il nostro esempio delle altre sezioni sul cartello, essa conosce perfettamente i suoi costi di produzione e di quanto sono aumentati i prezzi a causa della cartica illecita collusiva.

Tale parte sa bene che la controparte non ha una conoscenza perfetta su tali informazioni e che quindi non potrà effettuare un'esatta quantificazione dei danni subiti. Inoltre, il convenuto sa che l'arbitro potrebbe avere un *range* di possibili soluzioni per la quantificazione dei danni e che quindi la controparte quantificherà un valore di danni che sarà ricompreso in questo *range*. Potremmo, in aggiunta, fare l'ipotesi che l'arbitro abbia una tendenza a scegliere l'opzione che rappresenta la media fra tutte le sue scelte possibili. La strategia migliore per il convenuto sarebbe, allora, quella di "non collaborare" e, quindi, di aspettare la decisione dell'arbitro. Tuttavia, questa strategia funzionerebbe, solamente nel caso in cui l'entità del danno, alla quale l'arbitro perverrebbe, fosse inferiore a quella che si otterrebbe in caso di scelta di "collaborare" da parte del convenuto.

Se così fosse, il risultato sarebbe un rallentamento dell'intero procedimento arbitrale e l'adozione di una decisione non ottimale. In altre parole, si avrebbe un'inefficiente allocazione dei danni fra le parti.

È importante evidenziare che l'analisi di tali comportamenti strategici, non tiene conto dell'onere della prova che ricade su una delle due parti. Infatti, con ogni probabilità, la parte che detiene l'onere della prova do-

(23) *Ibidem.*

vrà fronteggiare un ulteriore vincolo al fine di contemperare i propri interessi. Ad esempio, se l'onere della prova ricade sul richiedente, egli avrà anche l'interesse di provare che ha subito effettivamente un danno. Per tale ragione il suo eventuale comportamento strategico di presentare un danno quanto più alto possibile, sarà limitato dal fatto che egli dovrà fare un'offerta quanto più realistica possibile al fine di vedersi riconosciuta l'effettiva esistenza di tali danni. Ciò potrebbe avere un impatto positivo sul procedimento arbitrale in quanto le offerte delle due parti non tenderebbero più ad essere diametralmente opposte ma convergerebbero maggiormente. L'arbitro potrebbe allora essere facilitato nel suo compito di trovare una soluzione migliore rispetto a quella nel caso di comportamenti strategici liberi e senza vincoli descritta precedentemente.

Ad ogni modo, tale analisi sembrerebbe comunque suggerire, la necessità di trovare un metodo che possa incoraggiare le parti a trovare una soluzione comune che sia soddisfacente per entrambe e che possa superare gli ostacoli derivanti dall'adozione di eventuali loro azioni strategiche, sebbene una delle due parti possa essere limitata perché detiene l'onere di provare di aver subito il danno.

3.c. La mediazione: un confronto con l'arbitrato

La mediazione ha esattamente come obiettivo primario quello di incoraggiare le parti di un conflitto, a trovare una soluzione comune che soddisfi entrambe. Più precisamente, la mediazione è un altro tipo di ADR. Tale metodo concede alle parti di poter scegliere se continuare a partecipare al processo di mediazione o meno fino al momento in cui un accordo vincolante è firmato dalle parti. Al contrario del processo di arbitraggio, un mediatore non emette nessuna sentenza o decisione vincolante ⁽²⁴⁾.

Il processo di mediazione conserva, dunque, tutti gli aspetti positivi dell'arbitrato: flessibilità, confidenzialità e rapidità. Inoltre, come per l'arbitrato, possiamo ritrovare tutti questi aspetti positivi nell'applicazione di tale ADR nella risoluzione dei conflitti causati dall'infrazione del diritto della concorrenza. In effetti, ci sono sostanzialmente due tipi di casi di concorrenza che possono essere mediati: le richieste di risarcimento del danno e le controversie riguardanti i rapporti in corso in un determinato settore ⁽²⁵⁾.

(24) OCSE, *doc. cit.*, p. 7.

(25) OCSE, *ibidem*.

Per esempio, nel caso *British Marine Federation vs British Waterways* ⁽²⁶⁾, le due parti hanno fatto ricorso alla mediazione e sono giunte ad un accordo comune. Nel 2003, *British Marine Federation* aveva avviato la controversia perché sosteneva che *British Waterways*, con le sue operazioni di ormeggio poteva assumere un comportamento anti concorrenziale. Le parti sono allora ricorse a un mediatore, il quale dopo due giorni le ha aiutate a trovare un accordo. *British Marine Federation* e *British Waterways* hanno poi pubblicato l'esito positivo del processo di mediazione e il loro accordo.

Tuttavia, ciò che differenzia la mediazione rispetto agli altri ADR è il ruolo che assume il mediatore e come quest'ultimo conduce e sviluppa l'intero processo di mediazione. Tale processo si caratterizza da diverse fasi: un'introduzione, dove il mediatore ricorda alle parti, quali sono le regole della mediazione. Le parti devono raccontare i fatti da un punto di vista personale, esse dovranno trovare una soluzione comune insieme e il mediatore non prenderà nessuna decisione per loro ma dovrà aiutare le parti a trovarla da sole. Il mediatore, spiega, in seguito, il regime di confidenzialità che caratterizzerà l'intero processo. In una terza fase, vi è l'esposizione dei fatti delle due parti. Poi viene la fase più difficile: il mediatore deve cercare di far muovere le parti da una posizione che loro credono legittima in base al diritto nazionale o europeo e che da loro motivo di pensare di aver ragione, verso l'ammissione dei veri interessi individuali si nascondono dietro tali posizioni di diritto ed il loro atteggiamento di convinzione nascondono. Una volta che le parti entrano in confidenza con il mediatore svelando i loro interessi nascosti, il mediatore cerca di "*ouvrir la tarte*" ovvero di spingere verso una via accessibile, percorribile che accomunerebbe le due parti e che potrebbe spiegare perché queste ultime non riescono a comunicare e che quindi le aiuterebbe a trovare una soluzione. Ed è proprio a partire da questa fase, che il mediatore aiuterà le parti a trovare una soluzione. Una volta che si è trovata un'intesa, il mediatore prepara per iscritto l'accordo, affinché le parti possano metterlo in pratica una volta il processo di mediazione concluso.

Il processo di mediazione potrebbe essere molto utile per risolvere i problemi di asimmetria informativa che caratterizzano qualsiasi conflitto tra due parti che sembrano rappresentare un limite per il buon funzionamento dell'arbitrato.

Come già evidenziato, la mediazione e l'arbitrato sono caratterizzati da un regime di riservatezza. Tuttavia, potrebbe esserci una leggera

(26) <http://www.cedr.com/solve/studies/?param=186>.

differenza di come le parti percepiscono tale riservatezza in questi due tipi di ADR. In effetti, si potrebbe supporre che le parti in un procedimento arbitrale, sono riluttanti a rivelare le loro informazioni e strategie private perché, anche se vi è un regime di riservatezza, le parti temono che le loro comunicazioni possano influenzare la decisione finale dell'arbitro. Al contrario, nella mediazione, il mediatore non prende decisioni e utilizza le informazioni private ricevute dalle parti, solo per aiutarli a comunicare in modo che possano trovare una soluzione per se stessi. In questo caso, quindi, il regime di riservatezza dovrebbe incoraggiare le parti a fare delle rivelazioni rilevanti ai fini della risoluzione del conflitto. Pertanto, le parti sarebbero meno inibite a fornire informazioni sui loro costi di produzione e a spiegare il motivo per il quale hanno quantificato i danni in un modo piuttosto che in un altro.

Inoltre, il mediatore può utilizzare queste informazioni per aiutare le parti a comunicare e a uscire in questo modo, da un ambiente caratterizzato da incertezza, che altrimenti le avrebbe indotte ad adottare azioni strategiche.

4. Conclusioni

Possiamo ora rispondere alla domanda che ci eravamo posti all'inizio del nostro studio.

L'arbitrato per le sue caratteristiche di flessibilità, di efficienza in termini di costi e di tempi e per il suo regime di confidenzialità, sembrerebbe essere un metodo alternativo efficace per la risoluzione dei conflitti per la quantificazione dei danni causati dall'infrazione *ex artt.* 101 o 102 TFUE.

Tuttavia, tale ADR, come abbiamo visto, presenta dei limiti che potrebbero porre dei problemi al suo buon funzionamento e, di conseguenza, parzialmente o totalmente alla sua efficacia nella risoluzione del conflitto. In particolare, le parti potrebbero speculare su un ambiente caratterizzato da asimmetria informativa che potrebbe incoraggiare, come abbiamo visto, le parti ad adottare dei comportamenti strategici a spese dell'intero processo arbitrale. Il risultato sarebbe allora una decisione finale arbitrale che si discosterebbe da quella reale o addirittura, nel caso più estremo, il processo arbitrale potrebbe bloccarsi.

Da quest'analisi si evince, quindi, che l'asimmetria informativa potrebbe rappresentare una minaccia concreta all'efficacia dell'arbitrato per la risoluzione dei conflitti per la quantificazione del danno causato dall'infrazione degli *artt.* 101 o 102 TFUE.

Ci chiediamo, allora, se, a seguito della nostra analisi sui vantag-

gi nell'adozione della mediazione per la risoluzione dei conflitti per la quantificazione del danno *antitrust*, non si dovrebbe lasciar più spazio ad altri ADR, più innovativi, quelli cosiddetti "ibridi", come ad esempio il *med-arb*, il quale raccoglie in se tutti gli aspetti positivi dell'arbitrato e della mediazione

Abstract

The aim of this paper is to assess whether arbitration could be an efficient mechanism of ADR in solving conflicts of quantification of damages arising from the infringement of Art. 101 or Art. 102 of the TFEU. More specifically, this paper analyses the advantages and the flaws of this alternative method for the resolution of such conflicts. In particular, it highlights that the parties involved in such disputes tend to behave strategically. This occurs especially when the conflict is characterised by a regime of asymmetric information. Moreover, arbitration is compared to other valuable ADR methods such as mediation. Indeed, mediation may have a number of advantages which seem capable of overcoming the problem of asymmetric information. Finally, the paper concludes that innovative ADR mechanisms, such as ar-med which brings together the positive aspects of arbitration and mediation, could provide for an even more efficient resolution of quantification of damages conflicts arising from the infringement of Art. 101 or Art. 102 of the TFEU.