

L'attenzione della Commissione si focalizza sugli abusi cosiddetti escludenti, rinunciando ad esaminare altri comportamenti suscettibili di violare l'art. 82, consistenti, in particolare, nello sfruttamento abusivo del potere di mercato a danno dei consumatori, ad esempio "nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque" o nell'adozione di strategie discriminatorie consistenti "nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza".

La Comunicazione è suddivisa in due parti: la prima, di carattere generale, esprime i presupposti di fondo che giustificano l'intervento della Commissione, mentre la seconda si sofferma sulle tipologie di condotte abusive più frequenti, in particolare: accordi di esclusiva, sconti, pratiche leganti, comportamenti predatori, rifiuti di effettuare forniture e compressione dei margini.

Grande rilievo assume, nella parte generale della Comunicazione, l'accertamento della dominanza che costituisce il presupposto indispensabile per la contestazione delle condotte abusive. Gli orientamenti della Commissione, nel confermare il principio secondo il quale la dominanza rappresenta una situazione di indipendenza economica nei confronti dei concorrenti, fornitori e consumatori dell'impresa che ne è titolare, sottolineano che il concetto di indipendenza economica deriva da un considerevole e duraturo potere di mercato. L'accertamento della dominanza si basa, oltre che sul calcolo delle quote delle imprese presenti nel mercato rilevante, anche sull'insieme di tutti gli elementi che caratterizzano la struttura concorrenziale del mercato (probabilità di espansione dei concorrenti già presenti, minaccia di ingresso di concorrenti potenziali, forza negoziale dei clienti). La dominanza a cui la Commissione fa riferimento è, esclusivamente, quella di tipo individuale, essendo la dominanza collettiva esplicitamente esclusa dall'ambito della comunicazione.

Quanto all'accertamento dell'abuso, gli orientamenti della Commissione sottolineano la necessità che gli interventi si concentrino sui tipi di comportamento in grado di esplicare un evidente impatto sul benessere dei consumatori, ossia idonei a incidere negativamente sulle condizioni di prezzo, sulla qualità dei prodotti o sulla possibilità di scelta di beni e servizi. In questa prospettiva, la Commissione considera prioritari gli interventi relativi a condotte idonee ad escludere concorrenti con il medesimo livello di efficienza dell'impresa dominante. Solo tali imprese, infatti, con la loro presenza nel mercato, sarebbero effettivamente in grado di accrescere il benessere

dei consumatori. La Commissione, in altri termini, non si pone l'obiettivo di tutelare i concorrenti in quanto tali, ma solo quelli capaci di migliorare le condizioni della concorrenza in un mercato caratterizzato dalla presenza di un'impresa dominante. La Comunicazione contempla, infine, la possibilità di valutare situazioni in cui l'adozione di condotte escludenti risultano necessarie o indispensabili per produrre efficienze capaci di compensare la perdita di benessere connessa all'effetto escludente. A tal fine, tuttavia, devono essere le stesse imprese a dimostrare che il loro comportamento sia obiettivamente necessario e sia idoneo a produrre le suddette efficienze, mentre la Commissione valuterà a sua volta se il comportamento restrittivo è obiettivamente indispensabile e proporzionato allo scopo assertivamente perseguito dall'impresa dominante.

Regolamento (CE) n. 622/2008 della Commissione che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli e Comunicazione

Nel giugno 2008, la Commissione ha adottato una Comunicazione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'art. 7 e dell'art. 23 del regolamento (CE) n. 1/2003, nonché un regolamento contenente le relative regole di procedura (regolamento (CE) n. 622/2008 che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli).

Lo scopo del pacchetto di misure adottato dalla Commissione è quello di ricompensare con una modesta riduzione della sanzione le imprese che ammettono le loro responsabilità nei procedimenti avviati ai fini dell'applicazione dell'art. 81 del trattato CE nei casi di cartelli. La possibilità di raggiungere una transazione con le parti potrebbe condurre a una più rapida conclusione dei procedimenti e permettere alla Commissione di trattare un maggiore numero di casi. Naturalmente la ricompensa non deve essere tale da condurre a una riduzione delle sanzioni tale da indebolirne l'effetto dissuasivo.

La scelta di ricorrere ai *direct settlements* si fonda sull'assunto che se le parti del procedimento sono disposte a riconoscere la propria partecipazione a un cartello in violazione dell'articolo 81 del Trattato, possono anche contribuire ad accelerare il procedimento che conduce all'adozione della corrispondente decisione ai sensi dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003.

Muovendo da tale considerazione, la procedura di transazione offre alle imprese disposte a riconoscere di avere violato l'art. 81 del Trattato CE attraverso la partecipazione ad un cartello, la possibilità di uno sconto di pena (fino ad un massimo del 10% della sanzione complessiva) in cambio di un impegno che ha per oggetto: *i*) l'accettazione integrale degli addebiti mossi dalla Commissione; *ii*) la rinuncia all'esercizio di alcuni diritti di difesa, ossia l'audizione finale e l'accesso al fascicolo dopo la ricezione degli addebiti.

Attraverso le procedure transattive, la Commissione si propone di giungere ad un'intesa con le parti del procedimento, per quanto riguarda l'ambito dei potenziali addebiti e la stima della forcella delle probabili ammende inflitte dalla Commissione. Nella scelta dei casi adatti per una conclusione transattiva la Commissione gode di un ampio margine di discrezionalità. Per esempio, la Commissione potrà prendere in considerazione la possibilità di concludere entro un termine ragionevole un accordo con le parti interessate, sulla base di fattori quali il numero di parti in causa, le prevedibili posizioni contrastanti in merito all'attribuzione di responsabilità ed il livello di contestazione dei fatti.

La Comunicazione si sofferma sulla necessità di permettere alle parti di decidere con cognizione di causa se accedere o meno alla transazione. A tale fine è previsto l'invio di una "comunicazione preliminare" alle parti da parte della Commissione, attraverso cui esse sono informate "in merito agli elementi essenziali presi in considerazione fino a quel momento, quali i fatti contestati, la loro classificazione, la gravità e la durata della cartello, l'imputazione della responsabilità, una stima della forcella delle ammende applicabili, nonché gli elementi probatori utilizzati a sostegno degli eventuali addebiti". Nel caso in cui le discussioni procedano e la Commissione fissi un termine per la presentazione di una proposta definitiva di transazione, la comunicazione preliminare deve essere inviata alle parti prima della fissazione di detto termine.

Quanto alla proposta di transazione che le parti devono presentare per accedere alla procedura, essa deve contenere un riconoscimento della responsabilità per l'infrazione, un'indicazione dell'importo massimo dell'ammenda che le parti sono disposte ad accettare, la conferma di essere state sufficientemente informate degli addebiti che la Commissione intende muovere, la rinuncia all'accesso al fascicolo e all'audizione orale e il consenso a ricevere la comunicazione degli addebiti e la decisione definitiva in una lingua concordata della Comunità europea. Tale proposta,

che può essere presentata anche oralmente, avviene in un momento anteriore alla comunicazione degli addebiti, al fine di consentire alla Commissione di tenere conto del punto di vista delle parti già al momento della redazione di tale comunicazione.

Quando la comunicazione degli addebiti notificata alle parti rispecchia il contenuto delle loro proposte di transazione, le parti interessate rispondono a detta comunicazione confermando che i due documenti corrispondono e mantenendo l'impegno a seguire la procedura. In assenza di siffatta risposta, la Commissione prenderà atto della violazione della parte del suo impegno e potrà non prendere in considerazione la richiesta della parte di seguire la procedura di transazione.

Ad ogni modo, la Commissione ha il diritto di adottare una comunicazione degli addebiti che non rispecchi la proposta di transazione delle parti, nel qual caso le ammissioni formulate dalle parti si intendono ritirate e non possono essere utilizzate come prove nel procedimento; viene inoltre fissato un nuovo termine in modo che le parti possano, su richiesta, presentare elementi a propria difesa, inclusa la possibilità di accedere al fascicolo e di chiedere un'audizione orale.

Nell'ipotesi in cui la comunicazione degli addebiti rispecchi il contenuto delle proposte delle parti e queste abbiano confermato nella loro risposta l'impegno di giungere ad una transazione, la Commissione può procedere all'adozione di una decisione definitiva, previa consultazione del comitato consultivo, avendo le parti rinunciato all'audizione orale e all'accesso al fascicolo. La Commissione può ricompensare una parte con cui ha raggiunto una transazione, riducendo del 10% l'ammontare della sanzione prevista; nel caso in cui siano coinvolte imprese che hanno chiesto di beneficiare del trattamento favorevole, detta riduzione sarà aggiunta alla ricompensa concessa alle imprese a titolo di trattamento favorevole.

Le modifiche apportate al Regolamento (CE) n. 773/2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE si sono rese necessarie al fine di introdurre la procedura di transazione nel quadro normativo vigente. Tra le più importanti modifiche apportate vi è la previsione di una maggiore flessibilità procedurale, in particolare grazie alla possibilità di avviare il procedimento prima dell'emissione della comunicazione degli addebiti, ossia nel momento in cui la Commissione ha richiesto alle parti di manifestare il proprio interesse ad avviare discussioni in vista della transazione, e l'introduzione dell'art. 10 bis, in cui è regolata la procedura di transazione nei casi di cartelli.

Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/04 del Consiglio e del Regolamento (CE) n. 802/04 della Commissione.

Nell'ottobre 2008 è stata adottata una nuova Comunicazione sugli impegni in materia di concentrazioni, che ha sostituito la precedente comunicazione n. 68 del 2 marzo 2001, e che contiene le linee guida relative alla presentazione e valutazione di impegni finalizzati a rimuovere i problemi concorrenziali sollevati da operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria.

La Comunicazione tiene conto, oltre che dell'esperienza applicativa maturata dalla Commissione, delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria e degli esiti di uno studio specifico, promosso dalla stessa Commissione e dedicato all'analisi della applicazione degli impegni e dei loro effetti sui mercati interessati.

In particolare la Comunicazione: a) integra e chiarisce, rispetto al passato, i presupposti e le condizioni di accettabilità degli impegni, offrendo indicazioni apposite in relazione alle diverse tipologie di strumenti/misure concretamente adottabili; b) definisce più chiare procedure di presentazione degli impegni, curando di precisare, in particolare, il set informativo da fornire alla Commissione; c) illustra, con maggiore dettaglio che in precedenza, i meccanismi di esecuzione degli impegni, prendendo, seppure brevemente, in considerazione, non solo i casi di dismissione, ma anche altri tipi di impegno. Dal punto di vista procedurale viene introdotto un apposito formulario per la presentazione degli impegni e viene codificata la prassi della Commissione di affidare ad un fiduciario remunerato dalle imprese interessate la verifica della corretta esecuzione di alcune tipologie di impegni.

Con riguardo alle condizioni di accettabilità degli impegni, la Comunicazione chiarisce che gli impegni devono essere tali da fornire una risposta a tutte le preoccupazioni concorrenziali sollevate dalla Commissione. Fin dal principio, inoltre, la proposta di impegni deve essere formulata in modo da consentire chiaramente di valutarne la effettiva attuabilità e il monitoraggio della loro corretta esecuzione. Con riguardo alle possibili differenti tipologie di impegni, la Comunicazione esplicita una chiara e ragionevole preferenza per i rimedi c.d. strutturali consistenti nella cessione a terzi di complessi produttivi di proprietà delle imprese soggette a concentrazione o nella rimozione di legami esistenti con imprese concorrenti.

Altri impegni come la messa a disposizione di risorse cruciali o la cessazione di rapporti contrattuali di lunga durata possono ritenersi suscettibili di accettazione solo in circostanze specifiche, che evidenzino come l'esecuzione degli stessi sia effettivamente equivalente, in termini di impatto competitivo agli esiti di un cessione.

Infine, impegni concernenti unicamente i comportamenti che le imprese interessate dalla concentrazione dovrebbero tenere nel mercato (e concernenti, ad esempio, i livelli dei prezzi da applicare o la rinuncia a certi marchi) possono ritenersi accettabili solo in circostanze eccezionali.

Con riguardo alla possibilità di modifica in corso d'esecuzione degli impegni, essa è considerata eccezionale negli impegni di dismissione, e in quelli relativi all'accesso a risorse cruciali.

Nella nuova Comunicazione, la Commissione presta grande attenzione a un problema sostanzialmente trascurato nella Comunicazione precedente, ossia il reperimento di tutte le informazioni necessarie a valutare adeguatamente gli impegni proposti e il loro potenziale impatto sul mercato.

Muovendo dalla premessa che le imprese interessate siano i soggetti maggiormente in grado di fornire queste informazioni, la Comunicazione accresce considerevolmente gli oneri informativi richiesti, e dispone che la proposta di impegni debba essere redatta conformandosi ad un apposito formulario che la Commissione introduce, modificando il regolamento di procedura.

Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie

Nell'aprile 2008, la Commissione europea ha pubblicato il Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, che conclude l'ampio processo di consultazione avviato dalla Commissione nel dicembre 2005 con la pubblicazione di un Libro verde in materia¹.

L'obiettivo principale perseguito dalla Commissione consiste nella rimozione degli ostacoli che finora impediscono alle vittime degli illeciti concorrenziali di accedere al pieno ristoro delle situazioni giuridiche pregiudicate dall'infrazione. Il risarcimento integrale dei danni subiti in conseguenza di una violazione delle norme

¹ COM(2005) 672 def.

comunitarie antitrust rappresenta dunque il presupposto del futuro intervento della Commissione. Per conseguenza, le proposte formulate nel Libro bianco trovano applicazione indipendentemente dalla natura dei soggetti danneggiati (imprese o consumatori finali, acquirenti diretti o indiretti), della tipologia dell'infrazione accertata o dell'esistenza di un pregresso accertamento dell'infrazione da parte di una autorità di concorrenza.

Nel Libro bianco la Commissione suggerisce l'introduzione di azioni risarcitorie collettive, individuando a tale proposito due soluzioni complementari (che andrebbero, dunque, adottate cumulativamente da parte degli Stati): da un lato, le azioni rappresentative, intentate da soggetti qualificati, quali le associazioni di consumatori o di imprese, o organismi statali; dall'altro, delle vere e proprie azioni collettive, con le quali i soggetti danneggiati decidono espressamente di consolidare le proprie pretese risarcitorie individuali in un'unica azione. Tale proposta appare problematica in relazione all'ordinamento giuridico italiano sotto due profili, segnatamente: l'ambito di applicazione e la portata delle azioni collettive; le condizioni di adesione alle azioni rappresentative e i soggetti legittimati a proporre le azioni di classe.

In primo luogo, il legislatore nazionale non ha ritenuto opportuno introdurre una distinzione tra le pretese risarcitorie derivanti da illeciti antitrust e le iniziative giudiziali radicate nella violazione di altri precetti intesi alla protezione degli interessi dei consumatori, quali le disposizioni del d. lgs. n. 146 del 2 agosto 2007 in materia di pratiche commerciali scorrette. La scelta di non predisporre uno strumento processuale *ad hoc* il cui ambito di applicazione fosse limitato al diritto antitrust appare del tutto condivisibile, alla luce delle finalità perseguite dal legislatore ed è d'altronde conforme agli auspici formulati dall'Autorità già in sede di commento al libro verde del 2005.

Il rischio insito in una considerazione settoriale dell'illecito antitrust è che si creino nel tempo dei sotto-sistemi normativi per cui, a fronte della lesione dei medesimi interessi, i consumatori dispongano di meccanismi procedurali di reazione almeno in parte non coincidenti. Questa situazione, risultando in una accresciuta incertezza, potrebbe scoraggiare il ricorso dei consumatori alle azioni collettive, specie in quelle ipotesi in cui la medesima condotta possa rilevare sia quale illecito concorrenziale che come violazione della disciplina settoriale a tutela dei consumatori (ad esempio, in materia di pratiche commerciali scorrette o di clausole vessatorie). Pertanto in sede di recepimento a livello nazionale di eventuali decisioni della Commissione in materia,

sarebbe opportuno completare gli approfondimenti già in corso in materia di ristoro collettivo degli interessi dei consumatori e predisporre meccanismi procedurali unitari in materia di illeciti di massa, piuttosto che specifici per la sola materia antitrust.

In secondo luogo, quanto all'adesione dei soggetti danneggiati all'azione rappresentativa, nell'esperienza giuridica è possibile individuare due modelli alternativi. Il primo modello (c.d. *opt in*) prevede che per l'adesione all'azione sia necessaria una positiva manifestazione di volontà del consumatore. Nel secondo modello (c.d. *opt out*), ogni consumatore che abbia subito un danno derivante dalla condotta asseritamente illecita oggetto dell'accertamento partecipa automaticamente all'azione, a meno che non manifesti esplicitamente la volontà di dissociarsene.

La nuova disciplina nazionale preferisce il sistema di *opt in*, prevedendo che “*i consumatori o utenti che intendano avvalersi [dell'azione collettiva risarcitoria] devono comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva*”. Questa scelta appare condivisibile. Infatti, la legittimazione della formazione associativa ad agire per la tutela di una serie di interessi individuali dei quali essa non è titolare discende dall'esistenza di un interesse pubblico alla definizione contestuale delle pretese risarcitorie associate alla lesione di tali interessi.

Questa considerazione milita decisamente in favore dell'adozione di un sistema di *opt in*; evidentemente, infatti, qualora si escludessero dall'azione i soli consumatori che abbiano espresso positivamente la propria volontà di dissociarsene, l'inerzia di una parte considerevole degli aderenti potrebbe derivare da un deficit informativo o culturale o da una semplice mancanza di interesse: il che revocherebbe in dubbio la stessa legittimazione “esponentiale” del soggetto abilitato e la sussistenza di un interesse pubblico al ricorso all'azione collettiva risarcitoria.

Il Libro bianco individua nella difficoltà di accesso alle prove rilevanti da parte dei potenziali attori uno dei principali ostacoli ad una maggiore diffusione delle azioni risarcitorie conseguenti alle violazioni della normativa antitrust. In effetti, in relazione all'accertamento degli illeciti concorrenziali, gli elementi di prova decisivi risultano spesso nell'esclusiva disponibilità del convenuto – e comunque non sono agevolmente conoscibili da parte dei soggetti danneggiati. La Commissione propone pertanto, al fine di agevolare l'accesso alla prova, che ai giudici nazionali sia conferito il potere di ordinare alle parti in causa o a terzi l'esibizione di determinate classi di prove rilevanti.

Al riguardo, pur condividendo la diagnosi della Commissione relativamente alle difficoltà di accesso alle prove, l'Autorità auspica che il rafforzamento dei poteri del giudice, nel senso prospettato dal libro bianco non interferisca con l'applicazione dei poteri inquisitori dell'Autorità e. In particolare, la possibilità di ottenere l'ordine di esibizione di categorie di documenti potrebbe vanificare l'attività istruttoria dell'Autorità, specie con riferimento alle ispezioni, eliminando l'effetto sorpresa che risulta essenziale per acquisire quegli elementi di prova "occasional", facilmente eliminabili da parte dell'impresa quanto decisivi per la prova dell'illecito. In tal senso, l'approfondimento dei poteri istruttori del giudice richiederebbe un raccordo con l'azione dell'Autorità che – pur senza prefigurare una vera e propria pregiudiziale amministrativa – consenta la salvaguardia delle indagini eventualmente già svolte e dell'esito degli accertamenti ispettivi programmati.

Il Libro bianco propone di dotare di efficacia vincolante le decisioni delle autorità di concorrenza definitive o confermate dal giudice competente. In particolare, a fronte di un provvedimento che accerta una violazione della normativa antitrust comunitaria, il giudice nazionale non potrebbe disattenderla, ma dovrebbe accettarla quale prova inconfutabile dell'infrazione nell'ambito delle successive cause civili per il risarcimento dei danni. L'eventuale nesso causale tra illecito e danni, il loro accertamento e quantificazione rimarrebbero nella disponibilità dei giudici nazionali.

Tale efficacia vincolante non sarebbe limitata alle decisioni assunte dall'autorità nazionale, ma si estenderebbe a tutte le decisioni assunte dalle autorità facenti parte della rete europea della concorrenza (ECN). Il divieto per i giudici nazionali di assumere decisioni in contrasto con i provvedimenti definitivi o confermati delle autorità di concorrenza lascerebbe tuttavia impregiudicato il diritto o l'obbligo di richiedere chiarimenti alla Corte di Giustizia ex art. 234 CE.

La proposta della Commissione non sembra adeguata alla situazione italiana. In primo luogo, essa non migliora la posizione processuale dei soggetti danneggiati da un illecito antitrust. In secondo luogo, rischia di avere delle impreviste conseguenze pregiudizievoli sul contenzioso inerente ai provvedimenti adottati dall'Autorità. Allo stato, i giudici nazionali investiti di azioni risarcitorie fondate su un precedente accertamento dell'illecito concorrenziale da parte dell'Autorità hanno di fatto ritenuto tale provvedimento sufficiente a provare l'esistenza dell'infrazione. In verità, il giudice civile che intendesse discostarsi da una decisione dell'Autorità già favorevolmente

delibata nell'ambito del giudizio amministrativo dovrebbe assolvere ad un onere motivazionale particolarmente elevato. In pratica, le corti hanno già attribuito un rilievo decisivo ai provvedimenti dell'Autorità (confermati dal giudice amministrativo) nell'ambito dei giudizi di risarcimento danni, fino a configurare una "quasi vincolatività" delle decisioni dell'organo amministrativo, divenute definitive, all'esito di un sindacato giurisdizionale amministrativo penetrante ed improntato su standard comunitari.

In questa situazione, la previsione di un effetto vincolante *ex lege* appare privo di utilità pratica che giustifichi il potenziale *vulnus* del principio costituzionale per cui il giudice è sottoposto esclusivamente alla legge. La regola proposta dalla Commissione, peraltro, mal si concilia con un ordinamento giuridico, qual è il nostro, che non prevede una pregiudiziale amministrativa, né il principio di *stare decisis* neppure rispetto a precedenti giurisprudenziali.

Peraltro la posizione già espressa dal Governo italiano in relazione al Libro Verde del 2005 appare al riguardo più equilibrata, prevedendo una inversione dell'onere della prova circa l'esistenza dell'illecito antitrust a favore del danneggiato, in presenza di una decisione di accertamento dell'Autorità, confermata dai giudici amministrativi.

Un capitolo del Libro bianco è dedicato alla questione del trasferimento a valle da parte dell'acquirente diretto dell'eventuale sovrapprezzo derivante da una pratica anticoncorrenziale (c.d. *passing-on*). Il Libro bianco suggerisce che al convenuto sia riconosciuto il diritto di invocare a propria difesa l'avvenuto trasferimento a valle del sovrapprezzo da parte dell'attore, stabilendo – in conformità ai principi generali – che l'onere della prova incomba al convenuto che eccepisca il trasferimento. Inoltre, al fine di agevolare la proposizione delle azioni risarcitorie da parte degli acquirenti indiretti, il libro bianco prevede che essi possano contare su una presunzione semplice che il sovrapprezzo derivante dalla pratica concorrenziale sia stato loro trasferito integralmente.

La scelta di consentire al convenuto di eccepire il *passing on* appare in linea con il principio della natura compensativa del risarcimento. L'inaammissibilità dell'eccezione di trasferimento avrebbe infatti comportato un arricchimento senza causa dell'attore che avesse in effetti traslato il sovrapprezzo; inoltre, l'esigenza di evitare un'indebita compensazione multipla a carico del convenuto avrebbe determinato l'esclusione

dell'azionabilità della pretesa risarcitoria da parte degli acquirenti indiretti cui il sovrapprezzo fosse stato trasferito, in contrasto con la giurisprudenza comunitaria, che riconosce il diritto al risarcimento a chiunque abbia subito un danno ingiusto e possa dimostrare un sufficiente nesso causale con l'infrazione.

La collegata proposta formulata dalla Commissione, intesa ad alleviare l'onere della prova gravante sull'acquirente indiretto, presenta invece marcati profili di problematicità. L'assunto di partenza del libro bianco è che gli acquirenti che si trovano a valle nella catena di distribuzione (e in particolare quindi i consumatori finali) sopportano spesso il più rilevante pregiudizio economico in conseguenza delle violazioni della normativa antitrust. La Commissione propone pertanto di stabilire la presunzione che il sovrapprezzo sia stato integralmente trasferito agli acquirenti indiretti. Incomberà dunque al convenuto fornire la prova che il sovrapprezzo sia stato totalmente o parzialmente assorbito a stadi anteriori della catena distributiva.

Questa presunzione semplice, in realtà, appare assai difficile da giustificare, sia sul piano della disponibilità degli elementi di prova rilevanti che dal punto di vista economico, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*. In primo luogo, occorre rilevare che il convenuto - al pari dell'attore acquirente indiretto - non ha agevole accesso agli elementi di prova rilevanti per dimostrare che il sovrapprezzo derivante dall'illecito concorrenziale sia stato in tutto o in parte assorbito ad un livello anteriore della catena distributiva e non sia stato quindi integralmente trasferito a valle. Tali elementi di prova, infatti, saranno normalmente nella disponibilità dei soggetti operanti ai livelli intermedi della catena distributiva. Pertanto, l'inversione dell'onere della prova realizzato mediante la presunzione semplice prospettata dalla Commissione finirebbe per gravare il convenuto della prova negativa di un evento (il mancato trasferimento a valle del supplemento), che egli non è in grado di controllare né determinare - una vera e propria *probatio diabolica* che il convenuto non sarà in grado di fornire se non in ipotesi eccezionali, con conseguente rischio di arricchimento indebito degli acquirenti indiretti cui il sovrapprezzo non sia stato integralmente trasferito.

Inoltre, la presunzione semplice non sembra giustificabile dal punto di vista economico. Infatti, è ben vero che il sovrapprezzo discendente dall'illecito antitrust rappresenta una voce di costo per gli acquirenti diretti, che normalmente tenderanno a trasferire tale onere aggiuntivo sui propri aventi causa. Tuttavia, la capacità degli acquirenti diretti di procedere con successo al trasferimento del sovrapprezzo dipende

dalle condizioni del mercato rilevante nel quale operano gli acquirenti diretti. Le condizioni del mercato possono ostacolare il trasferimento del sovrapprezzo (ad esempio, in un mercato concorrenziale in cui solo alcuni operatori risentano dei maggiori oneri derivanti da un concerto tra i loro fornitori, essi potrebbero – almeno nel breve periodo – internalizzare completamente il sovrapprezzo, sopportando una limatura dei profitti o perfino delle perdite). In ogni caso, non appare ragionevole presumere che il sovrapprezzo potrà senz'altro essere trasferito a valle nella sua interezza.

In questa situazione, qualora si intenda – come risulta effettivamente opportuno – agevolare l'azione risarcitoria proposta dagli acquirenti indiretti, sembra preferibile affidare al giudice il compito di modulare l'onere probatorio gravante sull'attore in relazione al trasferimento a valle del sovrapprezzo, sulla base di una analisi accurata delle dinamiche dei mercati interessati. Così, se in talune ipotesi sarà ragionevole assumere il trasferimento del sovrapprezzo in presenza di allegazioni minime da parte dell'attore, in altre circostanze il giudice potrà richiedere all'acquirente indiretto uno sforzo motivazionale maggiore o bilanciare le posizioni delle parti, presumendo ad esempio che solo una parte del supplemento sia stata effettivamente trasferita a valle.

La regola proposta nel Libro bianco, invece, introduce elementi di rigidità non necessari, che pregiudicano indebitamente la posizione del convenuto. L'Autorità ritiene pertanto preferibile un approccio che si fondi su una valutazione caso per caso.

Infine, la promozione delle azioni risarcitorie promosse da imprese e consumatori in materia antitrust non deve pregiudicare l'efficacia dell'azione delle autorità pubbliche mirante alla scoperta ed alla repressione degli illeciti concorrenziali. In particolare, il Libro bianco sottolinea l'esigenza che lo sviluppo del *private enforcement* non attenui gli incentivi delle imprese ad aderire ai programmi di clemenza, che rappresentano uno strumento essenziale nella lotta contro i cartelli segreti. L'impresa che chiede un trattamento sanzionatorio favorevole ai sensi del programma di clemenza, interrompendo la propria partecipazione al cartello e informandone l'autorità di concorrenza, sarebbe posta in una situazione di relativo svantaggio rispetto ai coautori dell'infrazione qualora nella sede risarcitoria fosse consentito l'accesso e la divulgazione delle dichiarazioni confessorie rese in vista dell'accesso al beneficio clemenziale.

La Commissione propone pertanto di garantire una tutela ad ogni dichiarazione rilasciata dai soggetti che aderiscono al programma di clemenza, anche a fronte di un ordine di esibizione emanato dal giudice nel conteso di azioni risarcitorie proposte sia nel corso del procedimento di fronte all'autorità di concorrenza che a seguito dell'adozione di una decisione che accerti l'illecito. L'Autorità condivide le preoccupazioni di tutela dei *corporate statements* alla base della proposta della Commissione.

Libro verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori

Nel novembre 2008, la Commissione ha pubblicato un Libro verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori. Il documento esamina gli strumenti di tutela attualmente offerti in ambito europeo per consentire il ristoro dei c.d. danni "di massa", derivanti da comportamenti di operatori commerciali rivolti alla generalità dei propri clienti, al fine di verificare l'opportunità di intensificare la possibilità di tutela anche mediante l'introduzione di sistemi di ricorso collettivo. Sono escluse dal Libro verde le azioni collettive di risarcimento del danno per la violazione delle norme antitrust.

L'iniziativa della Commissione muove dalla considerazione che la disponibilità di meccanismi di tutela efficaci ed omogenei rappresenta una pre-condizione indispensabile in vista del perseguimento dell'obiettivo comunitario di integrazione dei mercati e che, tuttavia, soprattutto con riferimento a certe forme di illecito (e, in particolare, ai comportamenti di un operatore economico destinati a colpire la generalità dei clienti), la risposta attuale dei sistemi giuridici europei rischia di risultare insufficiente.

Gli strumenti tradizionali della tutela risarcitoria ed, essenzialmente, la promozione di una azione giudiziaria di tipo individuale, potrebbero, infatti, non offrire una risposta adeguata nel caso in cui, a fronte di una consistente perdita sociale complessiva, il danno subito dai singoli sia invece sovente di modesta entità. L'azione giudiziaria, infatti, risulta lunga e costosa e, spesso, i costi di promozione del processo rischiano di superare l'ammontare del danno subito dal singolo.

L'introduzione di procedure giudiziarie più snelle ed economiche per le controversie aventi ad oggetto la richiesta di risarcimento di danni di modesta entità e il rafforzamento e la promozione di mezzi di risoluzione stragiudiziale delle controversie

rappresentano, a questo riguardo, una prima, sebbene non esaustiva, risposta al problema.

Una maggiore efficacia degli strumenti indicati - e soprattutto delle Procedure alternative di risoluzione delle controversie - appare peraltro connessa all'esistenza di una gamma completa di strumenti di tutela, che ricomprenda anche la possibilità di promuovere azioni collettive. Al momento, sistemi di ricorso collettivo sono presenti negli ordinamenti di alcuni Stati membri, ma mancano in molti altri. Gli strumenti processuali con i quali sono assecondate le istanze di promozione di "azioni collettive" differiscono, peraltro, da uno Stato membro all'altro, in relazione a profili cruciali. Proprio in quanto di matrice nazionale, i sistemi di tutela indicati rischiano, inoltre, di non offrire una risposta adeguata a fronte di operazioni transfrontaliere. In un contesto di integrazione dei mercati, il Libro verde sottolinea quindi l'opportunità di gestire in modo coordinato l'introduzione di più adeguati strumenti di tutela, attraverso l'adozione di iniziative comunitarie.

In sede di verifica delle possibili opzioni di intervento da adottare, il Libro verde sottopone al dibattito quattro diverse soluzioni che vanno, sulla base di un livello crescente di partecipazione dell'UE, da nessun intervento comunitario all'introduzione di una procedura giudiziaria comune di ricorso collettivo. Le opzioni sono a loro volta composte da diversi elementi che la Commissione non impedisce di associare tra loro.

La prima alternativa propone di attendere l'adozione di qualunque nuova misura per verificare, nei prossimi anni, l'impatto applicativo che potrebbero avere nei sistemi giuridici dei diversi Paesi membri alcuni recenti strumenti di tutela introdotti su iniziativa dell'Unione europea, precisamente il regolamento sulle controversie di modesta entità e la direttiva sulla mediazione.

La seconda opzione propone di rafforzare la tutela dei consumatori attraverso il ricorso alle azioni collettive di diritto nazionale. In questa prospettiva gli Stati membri che possiedono un sistema di ricorso collettivo dovrebbero consentirne l'accesso ai consumatori di altri Stati membri, e gli Stati che ancora non hanno previsto tale meccanismo dovrebbero crearne uno.

La terza alternativa prevede un pacchetto di misure diverse dall'iniziativa giudiziaria, ciascuna delle quali dovrebbe contribuire a migliorare le attuali possibilità di tutela dei consumatori. Tra queste, oltre alla maggiore diffusione di procedure stragiudiziali di risoluzione collettiva delle liti, la Commissione propone la possibilità di un coinvolgimento diretto delle autorità nazionali che, come l'Autorità, già applicano il

Regolamento CE n. 2006/2004 sulla cooperazione nazionale in materia di tutela dei consumatori, attribuendo loro la “facoltà (...) dopo aver constatato un’infrazione intracomunitaria” di “esigere che l’operatore indennizzi i consumatori che hanno subito un danno”.

La quarta alternativa, infine, consiste nell’introdurre una procedura di ricorso giudiziario collettivo a livello europeo, attraverso una misura che disciplini in maniera uniforme le caratteristiche principali del tipo di azione, quali in particolare la scelta dei soggetti legittimati ad agire e l’ambito di applicazione delle decisioni, insieme ad ulteriori elementi come il finanziamento della procedura e le modalità per impedire richieste non fondate.

I principi ECA in materia di sanzioni per violazioni del diritto antitrust

La riunione plenaria dell’ECA (European Competition Authorities) tenutasi a Budapest nel maggio 2008 ha approvato dei principi per la convergenza dei meccanismi di determinazione delle sanzioni irrogate per violazioni della normativa antitrust nelle giurisdizioni europee, sulla scorta di un documento elaborato da un apposito gruppo di lavoro, costituito nel 2006 e co-presieduto dall’Autorità e del Conseil de la Concurrence francese.

Il gruppo di lavoro, alle cui attività hanno partecipato rappresentanti di 27 giurisdizioni, ha circoscritto l’ambito della propria indagine alle sanzioni pecuniarie irrogate alle imprese in conseguenza della violazione di norme sostanziali antitrust. Infatti, l’imposizione di sanzioni pecuniarie alle imprese costituisce, allo stato, il principale strumento a disposizione delle autorità di concorrenza per assicurare l’ottemperanza al precetto normativo, comune peraltro a tutti i sistemi giuridici considerati. Il gruppo di lavoro, pur prendendo atto delle differenze esistenti, ha elaborato dei principi relativi alla determinazione delle sanzioni antitrust, sottoposti al vaglio della riunione plenaria ECA di Budapest. La formulazione assai generale di questi principi rispetta l’ambito di discrezionalità rivendicato da tutte le autorità partecipanti nel processo di calcolo delle ammende.

Il documento si articola in tre sezioni, dedicate rispettivamente ai principi generali, alla determinazione del massimo edittale e al processo di quantificazione della sanzione. La prima sezione individua nella deterrenza dell’illecito concorrenziale lo scopo perseguito attraverso l’imposizione delle sanzioni pecuniarie antitrust. In particolare,

l'irrogazione delle ammende è volta a scoraggiare la ripetizione dell'illecito da parte del soggetto che se ne sia reso responsabile, nonché del complesso dei potenziali autori di analoghe infrazioni. Pertanto, la sanzione inflitta all'impresa che violi la normativa sostanziale antitrust deve essere determinata a un livello che consenta di conseguire tale obiettivo.

Dal punto di vista economico, qualora si tralasci il contributo in termini di effetto deterrente apportato dalle sanzioni accessorie gravanti sugli individui (presenti in alcune giurisdizioni) o dalle azioni risarcitorie conseguenti all'illecito concorrenziale (più o meno diffuse nell'ambito dell'Unione europea), la deterrenza effettiva della condotta può essere conseguita in via autonoma solo comminando all'impresa responsabile una sanzione che, moltiplicata per la probabilità che l'illecito sia scoperto da un'Autorità di concorrenza, sia pari almeno all'ammontare dei guadagni attesi dall'infrazione. Tuttavia, nessuna delle giurisdizioni analizzate impiega la nozione di sanzione antitrust ottimale nel processo di computo delle ammende: in assenza di dati affidabili in relazione alla effettiva probabilità di instaurazione del procedimento repressivo, la determinazione della sanzione risulterebbe complessa e aleatoria e l'importo finale rischierebbe di confliggere inaccettabilmente con il principio di proporzionalità.

Per questa ragione, i principi ECA si limitano a constatare la necessità che la sanzione ecceda in linea di principio i profitti ipoteticamente attesi dall'infrazione (senza cioè considerare la probabilità di essere scoperti). Questa regola, se da un lato suggerisce di ancorare il processo di quantificazione ad una misura che sia indice di tali profitti (quale il fatturato realizzato dall'impresa sul mercato interessato dall'infrazione), non comporta tuttavia per l'autorità procedente l'onere, peraltro difficilmente assolvibile, di accertare o quantificare i profitti dalla particolare condotta oggetto dell'accertamento istruttorio nel caso di specie, essendo quelli effettivamente generati non necessariamente rappresentativi di quelli ipotizzati al momento in cui la decisione è stata presa e non avendo mai (o quasi mai) le autorità di concorrenza informazioni specifiche sui profitti effettivamente (e soggettivamente) attesi.

Corollario della funzione deterrente attribuita alla sanzione antitrust è il principio secondo il quale l'importo dell'ammenda non deve eccedere il livello necessario per assicurare il conseguimento degli obiettivi perseguiti: tale regola risulta in un'applicazione specifica del generale principio di proporzionalità, comune agli ordinamenti europei.