

OSSERVAZIONI IN MERITO AL LIBRO BIANCO IN MATERIA DI AZIONI DI RISARCIMENTO DEL DANNO PER VIOLAZIONE DELLE NORME ANTITRUST COMUNITARIE

La Commissione europea ha pubblicato un Libro bianco che propone un nuovo sistema per definire il risarcimento di consumatori e imprese vittime di violazioni delle norme antitrust.

Ai fini di un'efficace applicazione delle disposizioni (in materia di concorrenza) di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE - che vietano, rispettivamente, le pratiche commerciali restrittive e lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato – si ritiene infatti necessario che le vittime delle violazioni di tale disciplina (sia consumatori che imprese) abbiano il diritto di ricevere un risarcimento per il danno subito.

Tutti gli Stati membri, a tal proposito, prevedono già la possibilità per i soggetti danneggiati a seguito della violazione delle norme *antitrust* di agire per il risarcimento dei danni subiti. In particolare, l'ordinamento italiano assimila la violazione degli artt. 81 e 82 sopra richiamati agli illeciti extra-contrattuali di cui all'art. 2043 c.c.

Ciononostante, la Commissione ritiene che nella maggior parte dei Paesi dell'UE esistano ancora seri ostacoli che scoraggiano i consumatori e le imprese dal ricorso in tribunale per richiedere, a livello privato, un risarcimento dei danni derivanti da una violazione delle norme antitrust.

Già nel Libro verde del 2005, la Commissione aveva constatato che le tradizionali norme e procedure sulla responsabilità civile in vigore nella maggior parte degli Stati membri sembravano essere inadeguate per i casi di risarcimento danni causati dalla violazione della disciplina antitrust in quanto tali violazioni presentano particolari peculiarità riguardo a:

- la necessità di un'analisi fattuale ed economica molto complessa;
- l'inaccessibilità e l'occultamento di prove determinanti in possesso del convenuto;
- il rapporto rischi/benefici spesso sfavorevole per l'attore.

Il Libro bianco, pertanto, contiene alcune proposte volte a rendere più efficienti le domande di risarcimento presentate dai danneggiati, assicurando nel contempo il rispetto delle tradizioni e dei sistemi giuridici europei.

Il modello elaborato dalla Commissione presenta una serie di raccomandazioni volte a garantire che i soggetti danneggiati da questo tipo di violazioni abbiano accesso a meccanismi di tutela veramente efficaci in modo da poter essere interamente risarciti per il danno subito.

Queste raccomandazioni si propongono di fornire una soluzione equilibrata rispetto ai sistemi di risarcimento attualmente esistenti, attraverso misure capaci di integrare – ma non di sostituire o compromettere - l'applicazione delle norme ad opera delle autorità pubbliche degli Stati membri, evitando al tempo stesso un eccesso di incentivi all'azione giudiziaria che potrebbero determinare abusi a livello di controversie, così come avviene in alcune giurisdizioni non europee (sistema statunitense).

L'armonizzazione dei rimedi civilistici e, più in generale, delle norme che regolano i processi civili nei diversi Stati membri è però una questione ben più ampia, che richiederebbe una riflessione di carattere più generale. Pertanto pur comprendendo le esigenze da cui muove la Commissione, non manca di suscitare talune perplessità innanzitutto la scelta, di carattere metodologico, di creare un sistema speciale per la materia concorrenziale nonché, in secondo luogo, talune soluzioni adottate in merito alle questioni di seguito riportate.

Legittimazione ad agire

Il principio fondamentale affermato dalla Commissione attraverso il Libro Bianco è quello secondo il quale chiunque (ivi compresi gli acquirenti indiretti) abbia subito un danno causato da una violazione di norme antitrust deve poterne chiedere il risarcimento dinanzi ai tribunali, qualora vi sia di un nesso di causalità fra tale danno e la violazione delle norme di concorrenza.

A tal fine viene prevista una forma di **ricorso collettivo**, per consentire l'aggregazione delle istanze dei singoli consumatori ma anche delle piccole imprese; in particolare di coloro che, subendo un danno diffuso e di valore relativamente basso, sono spesso scoraggiati, a causa dei costi e ritardi, dall'intentare un'azione individuale per danni.

A tal fine la Commissione suggerisce l'interazione di due meccanismi complementari:

1. *azioni rappresentative*, intentate da soggetti qualificati, quali associazioni dei consumatori, organismi statali o associazioni commerciali, a nome di vittime identificate
2. *azioni collettive con modalità opt-in*, nelle quali le vittime decidono espressamente di aggregare in una sola azione le proprie richieste individuali di risarcimento.

La Commissione ritiene inoltre importante che le vittime non vengano private del loro diritto di intentare un'azione per danni individuale se lo desiderano. Dovrebbero tuttavia essere contestualmente previste, da parte degli Stati membri, specifiche salvaguardie volte ad evitare che lo stesso danno venga risarcito più di una volta.

La valutazione in ordine all'impatto derivante dall'introduzione di un'azione collettiva di questo genere, oltre a destare perplessità non può tuttavia prescindere da un esame molto accurato del quadro giuridico, sia comunitario che nazionale, nel quale il nuovo strumento potrebbe essere impiegato e rispetto al quale è assolutamente indispensabile una specifica opera di raccordo e coordinamento che tenga conto delle caratteristiche precipue dei singoli ordinamenti nonché dei sistemi procedurali dei rispettivi Stati membri.

Nel merito sono altresì condivisibili, e pertanto meritevoli di una più approfondita riflessione, le preoccupazioni rilevate dalla stessa Commissione in merito alla possibilità che un tale strumento si presti ad abusi quali l'aumento di azioni pretestuose, l'ingolfamento del sistema giudiziario, la possibile imposizione di una doppia sanzione per le imprese che, di fatto, determinerebbe l'introduzione di un sistema analogo a quello dei c.d. "*danni punitivi (punitive damages)*" rispetto ai quale il Libro bianco preferisce l'opzione dei danni c.d. "*compensativi*".

Qualora tuttavia si ritenesse di dover comunque procedere nella direzione intrapresa, risulta di assoluto interesse, nonché decisamente condivisibile, l'esplicito inserimento delle piccole imprese nel novero dei soggetti cui viene espressamente riconosciuto il diritto al risarcimento del danno nonché la previsione delle associazioni commerciali tra i soggetti qualificati legittimati a proporre la relativa azione risarcitoria.

Siffatta previsione, infatti, accoglie un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato della Corte di Giustizia Europea che conferisce un riconoscimento formale agli interessi delle piccole imprese e delle associazioni di categoria che le rappresentano.

Un simile riconoscimento, relativo esclusivamente alla materia delle violazioni antitrust, potrebbe altresì essere riproposto in un contesto più generale, nell'ambito del progetto relativo alla previsione di un'azione risarcitoria collettiva a livello comunitario (c.d. "*collective redress*").

L'apertura delle Istituzioni comunitarie su questo specifico punto potrebbe altresì costituire un autorevole precedente, nonché una valida argomentazione, su cui fondare una richiesta di revisione della disciplina nazionale italiana sull'azione collettiva risarcitoria, che tenga nella dovuta considerazione le legittime quanto fondate istanze delle piccole imprese – del tutto analoghe a quelle che fanno capo ai cittadini consumatori – il cui riconoscimento è stato sino ad oggi costantemente respinto o, al più, limitato al ristretto ambito delle azioni inibitorie.

Accesso alle prove

Poiché gran parte degli elementi di prova decisivi ai fini della definizione di una controversia in materia di violazione di norme antitrust sono spesso nella disponibilità esclusiva del convenuto o di terzi e, di conseguenza, non sono noti in maniera sufficientemente dettagliata all'attore, la Commissione ritiene essenziale superare questa strutturale asimmetria informativa per garantire un procedimento equo in cui entrambe le parti abbiano un accesso equivalente alle prove.

Il Libro Bianco afferma pertanto la necessità di migliorare l'accesso delle vittime alle prove rilevanti, in modo che il giudice possa avere una visione completa del caso, nonché l'ulteriore necessità di evitare gli effetti potenzialmente negativi conseguenti ad obblighi di divulgazione eccessivamente ampi ed onerosi.

A tal fine si afferma che i giudici nazionali, in circostanze tassative, su richiesta di una delle parti, dovrebbero avere il potere di ordinare alle parti in causa o a terzi di divulgare specifiche categorie di informazioni che potrebbero essere utilizzate come prove. L'ordine di divulgazione dovrebbe essere proporzionato all'obiettivo della richiesta mentre le deposizioni eventualmente rese dalle imprese (ammissioni fatte nel contesto di un programma di clemenza) non potrebbero essere divulgate.

La Commissione non ha preso in considerazione altre alternative più incisive, come ad esempio la previsione di un diritto automatico alla consultazione dei documenti, perché giustamente preoccupata dai possibili abusi procedurali che potrebbero determinarsi nel caso in cui un convenuto si convinca a concludere una transazione semplicemente per evitare i considerevoli costi dovuti ad un diritto di consultazione eccessivamente ampio.

La disciplina prospettata dal Libro Bianco lascia tuttavia immutate le perplessità generali in merito alla previsione di sistemi speciali *ratione materiae* e, in particolare, quelle sollevate rispetto ad una possibile diffusione indiscriminata di informazioni sensibili quali, ad esempio, eventuali segreti commerciali.

Un efficace rimedio in tal senso potrebbe essere costituito dalla previsione di un sistema di investigazioni, controlli e registrazioni effettuati dalle stesse Autorità antitrust su disposizione dei tribunali competenti, al fine di garantire il rispetto della confidenzialità di determinate informazioni.

Effetto vincolante delle decisioni delle Autorità antitrust nazionali

Al fine di evitare i tempi e i costi di un nuovo procedimento giudiziario, la Commissione si raccomanda affinché le decisioni definitive adottate dalle Autorità responsabili della concorrenza degli Stati membri in merito all'accertamento di violazioni degli artt. 81 e 82 del Trattato siano considerate come prove vincolanti in un eventuale successivo procedimento civile per il risarcimento dei danni antitrust.

Questa opzione, fatta propria dalla recente riforma della legge tedesca, determinerebbe tuttavia l'introduzione nell'ordinamento italiano di una rigidità che non sembrerebbe, allo stato, indispensabile. Secondo l'ordinamento italiano, infatti, le decisioni delle Autorità amministrative non sono vincolanti ma sono liberamente apprezzabili dal giudice nella formazione del suo convincimento pur rappresentando, di fatto, un importante elemento di valutazione del quale il medesimo deve tenere in debito conto: qualora, infatti, questi intenda discostarsene, deve comunque assolvere ad un elevato onere motivazionale.

Ai fini di un impatto meno dirompente rispetto al sistema probatorio attualmente vigente sembrerebbe pertanto preferibile il ricorso ad una opzione differente tra quelle inizialmente prospettate dal Libro verde: inversione dell'onere della prova o trasferimento o alleggerimento di tale onere nel caso di asimmetria informativa.

Criterio relativo alla colpa

Tra i presupposti della responsabilità civile per la violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato UE il criterio relativo alla colpa non viene ritenuto condizione necessaria ai fini del risarcimento dei danni antitrust.

La Commissione richiama, a tal proposito, la giurisprudenza della Corte di giustizia ed il principio di effettività, affermando che il ricorso al criterio della colpa, ai sensi del diritto nazionale, dovrebbe essere limitato tranne nei casi in cui l'autore dell'infrazione abbia commesso un errore scusabile.

Ne conseguirebbe, pertanto, che qualora la vittima abbia dimostrato una violazione degli articoli 81 o 82, l'autore dell'infrazione dovrebbe essere ritenuto responsabile per i danni causati a meno che non dimostri che la violazione è il risultato di un errore realmente scusabile che, nello specifico contesto della disciplina *antitrust* assume una notevole rilevanza in considerazione della connotazione prevalentemente economica della medesima.

Sul punto la Commissione precisa inoltre che un errore è considerato scusabile *“se una persona ragionevole che avesse agito con un elevato livello di diligenza non avrebbe potuto essere consapevole del fatto che il comportamento limitava la concorrenza”*.

Sarebbe tuttavia preferibile escludere una simile limitazione del criterio della colpa – seppur mitigata dalla previsione dell'errore scusabile – che, pertanto, dovrebbe essere adeguatamente provata.

Risarcimento del danno

Premessa l'adozione di un sistema che si fonda sul danno compensativo, viene abbandonata l'opzione (prospettata nel Libro verde) relativa ai danni multipli e si afferma il principio secondo cui le vittime di violazioni delle norme sulla concorrenza hanno diritto ad un risarcimento completo, riferito al valore reale del danno subito, intendendo quest'ultimo come perdita effettiva dovuta ad un aumento anticoncorrenziale dei prezzi e mancato profitto causato da una riduzione delle vendite (ivi compreso l'indennizzo per gli interessi capitalizzati).

Per agevolare il calcolo dei danni, spesso molto complicato, la Commissione intende altresì elaborare un quadro di indicazioni pratiche e non vincolanti, ad esempio attraverso metodi approssimati di calcolo o regole semplificate per la stima delle perdite subite.

Sul punto permane la generale perplessità in merito all'opportunità di prevedere meccanismi *ad hoc* per la materia *antitrust* che deroghino ai principi generali in materia di responsabilità civile e risarcimento del danno.

Trasferimento del sovrapprezzo

Il Libro bianco, nei casi in cui il compratore diretto abbia trasferito (parzialmente) il danno derivante dalla violazione (il sovrapprezzo) sui propri clienti (gli acquirenti indiretti), attribuisce al convenuto la facoltà di invocare tale trasferimento come argomento di difesa nei confronti di una richiesta risarcitoria fatta valere dall'acquirente diretto (c.d. *“eccezione di trasferimento”* o *“passing on defense”*).

Al contempo, tuttavia, viene altresì rilevata l'esigenza di tutelare anche gli acquirenti che si trovano all'estremità, o quasi, della catena di distribuzione e che sono spesso i più danneggiati dalle violazioni delle norme antitrust. Vista la loro distanza dall'infrazione, infatti, risulta particolarmente difficile per i medesimi presentare sufficienti prove dell'esistenza e della portata di un trasferimento del sovrapprezzo illegale lungo la catena di distribuzione.

Onde evitare situazioni di questo tipo, la Commissione afferma la necessità che gli acquirenti indiretti possano contare sulla presunzione semplice che il sovrapprezzo illegale sia stato loro trasferito nella sua interezza;

Anche questa soluzione, tuttavia, sebbene volta a ricercare un delicato punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti sopra delineati, non può considerarsi esente da dubbi e perplessità in merito alla previsione di regole specifiche che deroghino al principio di riferimento generale secondo cui il

diritto al risarcimento del danno, e la conseguente la legittimazione ad agire, spetta a colui che abbia subito uno svantaggio patrimoniale e che sia in grado di dimostrarlo.

Termini di prescrizione

I termini di prescrizione a giudizio della Commissione possono costituire un ostacolo considerevole al risarcimento del danno a causa delle difficoltà pratiche che si verificano in caso di infrazione continuata o ripetuta o quando le vittime non possono ragionevolmente essere state consapevoli dell'infrazione.

Quest'ultima ipotesi si verificherebbe in particolare proprio nei casi relativi alle infrazioni più serie e dannose, come i cartelli, che spesso rimangono segreti sia durante che dopo la loro esistenza.

La Commissione propone pertanto che le azioni di risarcimento del danno antitrust possano essere avviate entro cinque anni dal momento in cui l'infrazione cessa ovvero, in caso di infrazione continuata o ripetuta, dal momento in cui si possa ragionevolmente presumere che la vittima sia stata a conoscenza dell'infrazione e del pregiudizio che questa le ha causato.

Se un'Autorità responsabile della concorrenza sta procedendo per tale violazione, al fine di evitare l'istituto della sospensione, la Commissione propone inoltre di fissare un nuovo termine di prescrizione di almeno due anni che dovrebbe decorrere dal momento in cui la decisione della medesima Autorità, sulla quale l'attore fonda la propria azione, sia divenuta definitiva.

Spese relative alle azioni di risarcimento del danno

I criteri di ripartizione delle spese relative alle azioni di risarcimento del danno si ritiene che possano costituire un disincentivo decisivo alla proposizione di un'azione giudiziaria in quanto la medesima potrebbe risultare particolarmente costosa nonché più complessa e lunga rispetto ad altri tipi di azione civile.

La Commissione ritiene inoltre che il principio, prevalente negli Stati membri dell'UE, secondo cui "*chi perde paga*" svolga un'importante funzione deterrente rispetto alla proposizione di cause temerarie ma, in determinate circostanze, potrebbe anche scoraggiare le vittime che avanzano richieste fondate.

La Commissione incoraggia pertanto gli Stati membri a:

- elaborare norme procedurali che incoraggino le transazioni, come modo per ridurre i costi;
- stabilire le spese giudiziarie in un modo adeguato onde evitare che diventino un disincentivo sproporzionato alle richieste di risarcimento dei danni antitrust;
- dare ai tribunali nazionali la possibilità di emettere, preferibilmente all'inizio del procedimento, provvedimenti relativi alle spese che deroghino, in determinati casi giustificati, alle regole abituali. Tali provvedimenti dovrebbero garantire che l'attore, anche in caso di soccombenza, non debba sostenere tutti i costi della controparte.

Una simile disciplina delle spese di soccombenza, tuttavia, favorirebbe inevitabilmente un notevole incremento della proposizione di azioni pretestuose – in contraddizione rispetto allo spirito e alle intenzioni della Commissione stessa – comportando, di fatto, l'introduzione di un regime speciale

in materia antitrust, derogatorio rispetto a quello generale, che (oltre ad essere oggetto delle più volte ribadite perplessità di carattere generale) attribuirebbe ai soggetti danneggiati da siffatte violazioni un vantaggio ingiustificato rispetto ai soggetti danneggiati a seguito di illeciti di natura diversa .

Interazione tra i programmi di clemenza e le azioni di risarcimento del danno

La Commissione ritiene che alle imprese che presentano richiesta di trattamento favorevole nelle azioni di risarcimento del danno debba essere garantita una tutela adeguata contro la divulgazione delle dichiarazioni rilasciate dalle medesime, affinché queste non siano svantaggiate rispetto ai coautori dell'infrazione. Diversamente, infatti, la minaccia di divulgazione di eventuali ammissioni potrebbe comportare conseguenze negative sulla qualità delle stesse se non anche un vero e proprio effetto deterrente rispetto alla partecipazione ai programmi di clemenza.

La Commissione propone pertanto l'applicazione di una serie di misure, specificamente indicate, a tutte le dichiarazioni rilasciate da tutti i richiedenti di trattamento favorevole, relativamente ad una violazione dell'articolo 81 del trattato CE (anche quando la normativa nazionale antitrust viene applicata in parallelo) ed indipendentemente dal fatto che la richiesta di trattamento favorevole venga accettata, respinta o non determini alcuna decisione da parte dell'Autorità di concorrenza.

Sul punto, tuttavia, occorre precisare che gli effetti di un rafforzamento delle azioni di risarcimento del danno sui programmi di trattamento favorevole andrebbero maggiormente approfonditi prima di proporre misure specifiche. D'altro canto la stessa Commissione afferma espressamente che andrebbe *"esaminata, in particolare, la necessità di un provvedimento di questo genere e l'effetto che esso avrebbe"*.