



Libro Bianco della Commissione UE in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie

Osservazioni della Confindustria

1. Valutazioni generali

Il Libro Bianco della Commissione Europea in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie affronta una serie di importanti questioni relative all'effettività della tutela dei soggetti danneggiati da illeciti *antitrust*. Il Libro Bianco contiene spunti interessanti per una migliore articolazione del sistema di *private enforcement*, funzionale ad un esercizio più efficace dei diritti da parte di tutti i soggetti interessati.

La Commissione accoglie molte delle considerazioni emerse nel corso della consultazione seguita alla pubblicazione del Libro Verde avvenuta nel 2005 e risponde sotto vari punti di vista ai rilievi presentati dai rappresentanti del mondo industriale.

In particolare, il Libro Bianco segue un approccio equilibrato nel riconoscere una funzione compensativa, e non punitiva, al risarcimento del danno. Questa impostazione è coerente con i principi delle legislazioni dei paesi europei, specie con riferimento al diverso ruolo attribuito ai rimedi privatistici rispetto all'*enforcement* di tipo pubblicistico esercitato dalle autorità della concorrenza.

Vi sono, tuttavia, alcuni importanti aspetti che richiedono una riflessione ed un approfondimento più accurati e sui quali sarebbe opportuno che la Commissione continuasse il confronto ed il dialogo già avviati con il mondo delle imprese prima dell'eventuale adozione di provvedimenti di carattere regolamentare.

Come già evidenziato nella risposta al Libro Verde, Confindustria è favorevole ad un rafforzamento della tutela a favore di tutti i soggetti danneggiati da comportamenti anticoncorrenziali, siano essi imprese o consumatori, tuttavia teme che la creazione di un corpo normativo speciale, valido per la sola materia della concorrenza, possa creare distorsioni regolamentari e posizioni di disuguaglianza tra chi abbia subito un danno da illecito *antitrust* e chi invece sia stato vittima di altre categorie di illeciti civili, di impatto comunque non meno rilevante (si pensi, per citarne soltanto alcuni, ai danni alla salute o al patrimonio derivanti da diverse categorie di illeciti).

Inoltre, il timore già espresso in passato relativo al rischio di un aumento esponenziale della litigiosità non può essere sottovalutato.

Il regolatore deve creare un ambiente in cui l'esercizio dei diritti dei cittadini sia agevole. Perché ciò avvenga è essenziale rimuovere tutti i possibili ostacoli. Questo però non deve tradursi nella creazione di incentivi al ricorso al giudice, anche quando non ci sarebbe un reale interesse o vantaggio per il cittadino e, più in generale, per il buon funzionamento del mercato. Ciò che invece può accadere quando si propongono alcuni meccanismi, quali gli aiuti pubblici ai cittadini che vogliono intentare cause per il risarcimento dei danni o criteri per la ripartizione delle spese astratti dal principio della soccombenza.

L'aumento della litigiosità indotto da alcune delle previsioni ipotizzate nel Libro Bianco avrebbe ricadute gravi per il funzionamento del sistema giustizia in tutti gli Stati membri e, in particolare, in quelli, come l'Italia, dove il livello di conflittualità è già particolarmente elevato e l'organizzazione e l'efficienza del sistema giudiziario altamente insufficienti, e questo con ingenti costi per tutti i soggetti coinvolti e, più in generale, per la collettività.

2. Valutazioni sulle misure proposte

2.1. Legittimazione ad agire: acquirenti indiretti e azioni collettive

È positivo l'approccio seguito dalla Commissione nel Libro Bianco con riguardo al tema della legittimazione ad agire.

In particolare, per quanto attiene alle azioni collettive, è opportuna la decisione di attendere le determinazioni cui giungerà la DG SANCO, che sta affrontando il tema da un punto di vista più generale della tutela dei consumatori, prima di intraprendere azioni al riguardo.

Altresì condivisibile è la determinazione a non seguire l'impostazione propria del sistema statunitense, bensì di pensare ad un modello europeo di azioni collettive. Nel fare ciò, tuttavia, la Commissione dovrà tener conto delle esperienze – positive e negative – maturate negli Stati membri che già prevedono meccanismi di *collective redress*, come ad esempio l'Italia, per assicurare una regolamentazione corretta ed equilibrata.

In ogni caso, una buona regolamentazione delle azioni collettive non dovrebbe prescindere dai seguenti elementi essenziali:

- a) l'attribuzione della legittimazione ad agire non soltanto ai consumatori, persone fisiche, danneggiati da un comportamento illecito, ma anche alle imprese;
- b) la definizione di criteri chiari ed univoci con riguardo alle *representative actions*;

- c) la previsione di meccanismi di *opt-in* da esercitare entro un periodo di tempo circoscritto;
- d) la previsione di un giudizio preventivo di ammissibilità dell'azione da parte del giudice (*certification*);
- e) il divieto di ripetere azioni collettive verso la stessa impresa, per il medesimo atto o fatto illecito, una volta che sia stata proposta la prima azione;
- f) la previsione di un meccanismo obbligatorio di conciliazione preventivo rispetto al giudizio.

2.2. *Accesso alle prove: divulgazione inter partes*

La Commissione propone un sistema speciale relativo all'accesso alle prove applicabile alle sole azioni di risarcimento conseguenti ad illeciti *antitrust*. Sebbene il sistema proposto preveda alcune garanzie, ci si chiede, anche in questo caso, quanto il diritto della concorrenza possa legittimare la definizione di un set di regole speciale rispetto a quelle generalmente applicabili ad altri fatti illeciti.

Con riguardo poi alle singole proposte relative all'accesso alle prove, la possibilità per l'attore di ottenere documentazione dal convenuto dovrebbe essere appositamente regolamentata, stabilendo precisi limiti in grado di evitare che la difesa divenga eccessivamente onerosa.

In particolare, quanto alle garanzie proposte, sarebbe opportuno prevedere meccanismi che consentano di assicurare una maggiore riservatezza alle informazioni commerciali segrete, e questo non soltanto quando ci siano interazioni con i programmi di *leniency*. Tra le limitazioni a tutela della segretezza della documentazione esibita, sarebbe necessario prevedere la possibilità di segretare tale documentazione anche all'interno del processo, nonché divieti di divulgazione, corredati da sanzioni. È infatti concreto il rischio che l'attore possa richiedere determinati documenti o informazioni dell'impresa concorrente per ragioni estranee al giudizio in corso, cioè per venire a conoscenza di segreti industriali o commerciali del concorrente.

2.3. *Effetto vincolante delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza*

La previsione di un effetto vincolante delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza solleva una serie di problemi. Al contrario della Commissione, infatti le autorità nazionali non possono adottare decisioni di accertamento negativo. Di conseguenza, non rilevando ai fini della vincolatività per il giudice i casi di archiviazione, l'accertamento autoritativo vincolante si limiterebbe alle sole ipotesi di constatazione dell'infrazione.

Questa circostanza assume una rilevanza sotto due diversi profili: l'impresa destinataria di una decisione di infrazione sarebbe spinta a ricorrere avverso la decisione dell'autorità fino all'ultimo grado di giudizio, anche nei casi in cui

normalmente non avrebbe avuto interesse a farlo (es. decisioni che non prevedano l'irrogazione di sanzioni) temendo l'azione di risarcimento conseguente all'accertamento dell'autorità. Essa potrebbe altresì disincentivare le imprese dall'assumersi impegni – nei casi in cui le legislazioni *antitrust* nazionali lo prevedano – temendo queste le conseguenze di tali decisioni in termini di impatto su eventuali successivi procedimenti giudiziari.

Una simile previsione, peraltro, mal si concilia con i sistemi giudiziari di alcuni Paesi membri, si pensi al sistema italiano e, in particolare, alla previsione costituzionale secondo la quale il giudice è vincolato soltanto dalla legge.

Allo scopo di evitare conflitti con i sistemi e le legislazioni degli Stati membri, sarebbe più corretto definire non un regime di vincolatività delle decisioni delle autorità, bensì un loro valore probatorio rafforzato (es. prova privilegiata con riguardo all'accertamento del fatto, nonché alla sua qualificazione giuridica), che lascerebbe libero il giudice di discostarsene quando giunga ad una diversa determinazione sulla base degli elementi di fatto e di diritto allegati dalle parti.

2.4. Criterio relativo alla colpa

Nel Libro Bianco la Commissione prevede una presunzione relativa di colpevolezza a carico dell'impresa convenuta, confutabile soltanto attraverso la prova dell'esistenza di un errore scusabile.

Questa soluzione, migliorativa rispetto ad alcune delle ipotesi formulate nel Libro Verde, solleva una serie di dubbi, che richiedono una apposita considerazione.

La previsione di una presunzione di colpevolezza non tiene infatti conto della particolarità del diritto *antitrust*, un diritto dai confini labili, non sempre di palese chiarezza applicativa e basato, soprattutto dopo il processo di modernizzazione, su meccanismi di autovalutazione dei comportamenti (accordi, pratiche, ecc.) da parte delle stesse imprese. Questi casi non sono sempre riconducibili alla definizione di errore scusabile fornita nel Libro Bianco. Infatti, secondo quanto specificato al § 179 dello *Staff Working Paper* (404), l'aver fatto affidamento su una consulenza legale errata o su statuizioni ufficiali scorrette di pubbliche autorità, quali le autorità della concorrenza o anche i giudici, salvo casi eccezionali, non ha un'efficacia scusante.

Andrebbe pertanto ripensato il ruolo della colpa o, quanto meno, la definizione proposta di errore scusabile, in modo da far sì che rientrino in tale categoria giuridica anche i casi sopra menzionati. In caso contrario si rischierebbe di imputare determinati comportamenti all'impresa a titolo di responsabilità oggettiva.

2.5. Risarcimento del danno

Una scelta apprezzabile operata dalla Commissione è di aver abbandonato l'idea di attribuire una funzione punitiva alle azioni di risarcimento dei danni, a favore di un approccio di tipo compensativo, più coerente con i principi propri degli ordinamenti

della gran parte dei paesi UE. La mancata previsione di danni punitivi e, quindi, la definitiva affermazione del ruolo deterrente esercitato soltanto attraverso il *public enforcement*, è una scelta che va assolutamente mantenuta.

Appare altresì corretto il metodo ipotizzato di quantificazione del danno a fini risarcitori. Tuttavia, un simile metodo non dovrebbe essere oggetto di regolamentazione vera e propria, bensì di Linee Guida, in quanto tali giuridicamente non vincolanti, considerata la difficoltà di cristallizzare in un atto normativo una metodologia che dipende strettamente dalla cultura giuridica e dalle tradizioni seguite nei sistemi giudiziari dei diversi Stati membri.

È invece estremamente utile il richiamo della Commissione rivolto agli Stati membri di incoraggiare le transazioni attraverso la previsione di specifiche norme procedurali. Tale approccio è coerente con una serie di altre iniziative comunitarie volte a favorire il ricorso a meccanismi di *alternative dispute resolution*, nonché con l'obiettivo di deflazionare i tribunali, assicurando così una giustizia più rapida ed efficiente.

2.6. Trasferimento del sovrapprezzo

La previsione della c.d. *passing-on defence* così come l'attribuzione della legittimazione ad agire all'acquirente indiretto sono coerenti con il principio, affermato nel Libro Bianco, della natura compensativa del risarcimento del danno.

Vi sono tuttavia alcune cautele che andrebbero previste per evitare sovracompenzazioni o comunque un operare scorretto di tali meccanismi.

In particolare, andrebbe abbandonata la presunzione relativa secondo la quale l'intero sovrapprezzo illecito sia stato interamente trasferito all'acquirente indiretto. Il convenuto infatti, non avendo accesso alla documentazione e a tutti i materiali che potrebbero consentirgli di confutare la presunzione detenuti dagli acquirenti intermedi, difficilmente riuscirebbe a provare il contrario.

Una più rigorosa applicazione dei principi del diritto civile sarebbe in questi casi necessaria. In particolare, l'onere della prova dell'integrale trasferimento dovrebbe essere attribuito all'attore.

2.7. Termini di prescrizione

Le proposte in tema di prescrizione non sono convincenti. La previsione di meccanismi di interruzione o sospensione della prescrizione, quali quelli proposti dalla Commissione, è infatti suscettibile di indurre notevole confusione, a danno della certezza del diritto.

Essi peraltro non tengono conto del fatto che tutti gli Stati membri UE già prevedono regole in materia di prescrizione e, in particolare, definiscono gli eventi o gli atti/fatti dai quali decorre il *dies a quo*, nonché quelli suscettibili di interromperne o sospenderne il decorso.

Un intervento su questo punto è pertanto inopportuno.

2.8. *Spese relative alle azioni di risarcimento del danno*

La Commissione propone, nel Libro Bianco, di intervenire sui criteri per la ripartizione delle spese di giustizia in maniera da evitare che queste (soprattutto le c.d. *upfront fees*) possano costituire un disincentivo alla proposizione di azioni di risarcimento dei danni.

L'intento, per quanto meritevole, rischia tuttavia di creare incentivi perversi alla proposizione di azioni frivole o pretestuose.

La decisione di agire in giudizio da parte di un soggetto presumibilmente danneggiato da un comportamento illecito è in genere frutto di un'analisi dei costi e dei benefici eventualmente ottenibili a seguito di una tale azione. In questa analisi una posizione prevalente assume il calcolo delle possibilità di vincere l'azione e, quindi, di ottenere un risarcimento che copra altresì i costi di giudizio.

Derogare alla regola della soccombenza – attraverso la previsione di meccanismi di *one-way shifting* dichiarati dal giudice, non in conclusione del giudizio, quando questi avrebbe tutti gli elementi per assumere una simile decisione, ma sin dall'inizio – avrebbe un effetto distorsivo sulla decisione dell'attore di intraprendere un'azione. L'attore potrebbe infatti scegliere di agire in giudizio, anche se poco convinto delle proprie ragioni, allo scopo, ad esempio, di spingere il convenuto ad una transazione o di ottenere comunque altri vantaggi, esuberanti rispetto alla legittima aspettativa di risarcimento del danno (ciò che è accaduto di sovente in altri ordinamenti, ad es. gli USA, nell'ambito delle azioni collettive).

Per tali ragioni non si giustifica l'ipotizzato intervento sui criteri di allocazione delle spese di giustizia, anche considerando che già in molti Stati membri sono comunque previsti meccanismi compensativi applicabili in presenza di determinati presupposti.

Analoghe considerazioni valgono con riguardo all'eventualità, pure ventilata nello *Staff Working Paper* (404), al § 265, di prevedere aiuti pubblici a favore delle vittime di illeciti *antitrust*, per la proposizione di azioni di risarcimento del danno.

Questa previsione, peraltro già regolata dalla Direttiva 2003/8/CE, cui si dovrebbe esclusivamente rinviare, avrebbe l'effetto di deresponsabilizzare totalmente l'attore con riguardo alle conseguenze delle eventuali azioni proposte, con un impatto rilevante in termini di aumento della litigiosità e, quindi, sui tempi della giustizia e dei costi per l'intero sistema.

Roma, 14 luglio 2008