



*Presidenza  
del Consiglio dei Ministri*

Dipartimento per il coordinamento  
delle politiche comunitarie

OSSERVAZIONI DELLE AUTORITÀ ITALIANE

CONCERNENTI IL

LIBRO BIANCO DELLA COMMISSIONE  
EUROPEA IN MATERIA DI  
RISARCIMENTO DEL DANNO  
PER VIOLAZIONE DELLE NORME  
ANTITRUST COMUNITARIE

16 luglio 2008

### **Premessa**

Le Autorità italiane ringraziano la Commissione europea per il lavoro svolto nella messa a punto del Libro bianco e si augurano che il documento serva da base a tutti gli Stati membri per l'avvio di un processo di riforma del sistema giuridico, che consenta alle vittime di danni antitrust di poter esercitare appieno il diritto al risarcimento del danno.

In proposito, sembra opportuno segnalare, fin da adesso, che alcune delle soluzioni prospettate dalla Commissione risultano difficilmente compatibili con l'assetto normativo vigente nel diritto italiano e rischiano di pregiudicare, a livello nazionale, lo stesso sviluppo delle azioni risarcitorie che si intende promuovere.

Le osservazioni qui di seguito svolte evidenziano i punti pienamente condivisi e segnalano alcune criticità che potrebbero rendere inefficace l'eccellente lavoro fin qui svolto dalla Commissione europea.

### **Punto 1.2 - Obiettivi, principi guida e ambito di applicazione del Libro bianco.**

Le Autorità italiane rilevano con soddisfazione che il Libro bianco ha accolto i principi, fortemente sostenuti anche da parte italiana, del mantenimento della centralità del ruolo del *public enforcement* e condividono l'opportunità di una maggiore apertura verso il *private enforcement*, ritenendo, in particolare, che sia necessario proseguire sulla strada di un coordinamento virtuoso fra funzione pubblica e funzione privata, evitando che quest'ultima interferisca con la prima e ne pregiudichi l'efficace espletamento.

Le Autorità italiane, inoltre, esprimono soddisfazione per l'accoglimento, nel Libro bianco, della tesi della natura solo riparatoria del risarcimento, con esclusione di qualsiasi funzione punitiva od esemplare, in aderenza con i valori più forti della cultura e della tradizione giuridica europea.

### **Punto 2.1 - Legittimazione ad agire: acquirenti indiretti e azioni collettive.**

Su questo punto le Autorità italiane ritengono che occorrerebbe una maggior chiarezza del Libro bianco in ordine alle scelte della Commissione fra l'opzione *opt-in* o *opt-out*.

Infatti, mentre per le azioni collettive si precisa espressamente che sono del tipo *opt-in*, non si fa altrettanto per le azioni rappresentative, che anzi, alla luce di quanto affermato nello Staff working paper (cfr. paragrafo 56), sembrerebbero essere del tipo *opt-out*: la Commissione dovrebbe innanzitutto fare uno sforzo di chiarezza sul punto.

Se, effettivamente, quest'ultima ipotesi dovesse essere avvalorata, si deve rilevare che il meccanismo *opt-out* creerebbe problemi di compatibilità con l'ordinamento italiano, anche a livello costituzionale, sia sotto il profilo dell'estensione del giudicato, sia sotto il profilo della garanzia del contraddittorio.

Pertanto, le Autorità italiane preferiscono l'ipotesi *opt-in*, in cui l'azione è avviata attraverso organismi debitamente riconosciuti.

Tale meccanismo è quello adottato dalla normativa nazionale con l'articolo 2, commi 445-449, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), che ha introdotto l'articolo 140-bis del decreto legislativo 206/2005 (codice del consumo), il quale prevede l'istituto dell'azione risarcitoria collettiva, che rappresenta uno strumento generale di tutela degli interessi dei consumatori.

Tale istituto, peraltro, a seguito della recente proroga (art 36 del DL 112/2008), troverà applicazione a decorrere dal 1° gennaio 2009.

L'opzione *opt-in*, prevista dalla normativa italiana, non esclude la possibilità per l'attore di intervenire in una fase successiva del giudizio.

Tale opzione - che si sposa perfettamente con l'idea, più volte ribadita da parte italiana, della funzione meramente compensativa del risarcimento del danno - implica l'individuabilità dei soggetti che abbiano subito un danno e, conseguentemente, l'individuabilità dei beneficiari del risarcimento. In tal modo si scongiura il rischio che vengano liquidate somme relative a danni subiti da soggetti non individuabili.

Le Autorità italiane colgono inoltre l'occasione per rimarcare due esigenze:

- la libertà del singolo di esercitare in qualsiasi momento una azione individuale, anche recedendo dall'azione collettiva;
- la necessità di evitare il rischio di risarcimenti multipli. A questo fine, si ribadisce l'esigenza di coordinare le possibili azioni - collettive, rappresentative e singole - che possono riguardare una medesima fattispecie.

Infine, nel ribadire la necessità del coordinamento fra *public e private enforcement*, si propone di inquadrare quest'ultimo nell'ambito di un sistema più generale di tutela che si adatti alle diverse condotte, non solo quando esse rilevino sotto il profilo antitrust, ma anche quando esse rilevino sotto il profilo delle pratiche scorrette relativo agli interessi dei consumatori nel loro complesso.

In tal senso, è opportuno tenere presente che il legislatore nazionale non ha ritenuto di introdurre alcuna distinzione tra le pretese risarcitorie derivanti da illeciti antitrust e i sistemi di tutela diretti alla protezione dei consumatori.

In proposito, al fine di un approccio unitario delle azioni collettive, sembra opportuno verificare la possibilità di predisporre meccanismi procedurali unitari in materia di illeciti di massa, anziché prevedere specifici strumenti per la sola materia antitrust.

Al riguardo, la Commissione potrebbe trarre vantaggio dai due studi - commissionati nel marzo 2007 - riguardanti le possibili azioni rappresentative in materia di tutela dei consumatori, le quali non riguardano in modo specifico il tema della concorrenza, ed analizzano, sia i diversi sistemi di azioni rappresentative già in vigore in alcuni Stati membri, sia gli effetti economici sui consumatori, sulle imprese e sul mercato, dei risarcimenti ottenuti dai consumatori stessi.

## ***Punto 2.2 – Accesso alle prove: divulgazione inter partes.***

Il Libro bianco limita l'esame del problema dell'accesso alle prove alle richieste *inter partes* e, in tale ambito, basandosi sull'approccio della Direttiva sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, concede la possibilità, seppure in casi circoscritti ed entro certi limiti, di divulgare categorie precise di prove rilevanti.

Tale previsione ampliherebbe le possibilità previste dalla normativa nazionale italiana (articolo 210<sup>1</sup> del Codice di procedura civile), che consente al giudice, su istanza di parte e nel rispetto di determinate cautele, di ordinare l'esibizione delle prove alla parte o al terzo.

---

<sup>1</sup> L'articolo 210 cpc prevede che: "Negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'articolo 118 l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di parte, può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Nell'ordinare l'esibizione, il giudice dà i provvedimenti opportuni circa il tempo, il luogo e il modo dell'esibizione. Se

In particolare, tale sistema tende a rimediare al problema della differente posizione delle parti del processo rispetto alla disponibilità della prova della quale si conosca l'esistenza.

Al contempo, l'articolo 94<sup>2</sup> delle disposizioni attuative impedisce che l'ordine di esibizione possa essere generico e venir utilizzato ai fini della ricerca della prova.

Pertanto, non si concorda con le proposte formulate dalla Commissione nel Libro bianco, che intendono consentire all'attore l'accesso ad elementi di prova che non gli siano noti in maniera sufficientemente dettagliata.

Al riguardo, in primo luogo, si sottolinea nuovamente, confermando quanto già rilevato nelle osservazioni inviate ad ottobre 2007, l'esigenza di prendere in considerazione un impianto basato sul controllo del giudice e su una articolata verifica del merito della istanza di accesso, nonché adeguate forme di tutela della riservatezza e di segreti aziendali nella sede giudiziale, evitando "*unwelcome externalities*".

In secondo luogo, si ritiene che, nelle ipotesi di accesso alle prove *inter partes*, si dovrebbe evitare l'eventualità di interferenze fra le autorizzazioni dei giudici alle richieste di accesso e le ispezioni dell'Autorità, senza d'altra parte ridurre in alcun modo le possibilità del giudice di ordinare la produzione di documenti *inter partes*, secondo quanto previsto dagli ordinamenti nazionali, anche tenuto conto del principio di sussidiarietà dell'azione normativa comunitaria.

In particolare, si concorda con la Commissione<sup>3</sup> sulla necessità di prevedere una protezione adeguata per le dichiarazioni rilasciate dalle imprese che presentino richiesta di trattamento favorevole e per le indagini delle Autorità di concorrenza. In tal senso, ad esempio, l'autorità giudiziaria potrebbe differire l'ordine di esibizione della prova o adottare particolari cautele, o comunque adottare i provvedimenti di sua competenza dopo aver sentito l'Autorità.

### ***Punto 2.3 – Effetto vincolante delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza.***

Il Libro bianco vorrebbe statuire la vincolatività delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza nei procedimenti civili per danni, non solo nell'ambito dello Stato membro dove le decisioni sono emesse, ma anche nei riguardi di tutti gli altri Stati membri.

Al riguardo, le Autorità italiane sono fortemente contrarie ad entrambe dette estensioni, tenuto conto che non si rinviene una sufficiente base giuridica, né per l'estensione dell'efficacia delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza agli altri Stati membri, né per l'effetto vincolante nei procedimenti civili e che, quindi, la proposta contenuta nel Libro bianco inciderebbe in maniera

---

*l'esibizione importa una spesa, questa deve essere in ogni caso anticipata dalla parte che ha proposta l'istanza di esibizione".*

L'articolo 118, richiamato dall'articolo 210, prevede che l'esibizione di documenti rilevanti ai fini della decisione della causa debba essere compiuta "*senza grave danno per la parte o per il terzo, e senza costringerli a violare uno dei segreti previsti negli artt. 351 e 352 CPP*" e che "*se la parte rifiuta di eseguire tale ordine senza giusto motivo, il giudice può da questo rifiuto desumere argomenti di prova a norma dell'art. 116 secondo comma. Se rifiuta il terzo, il giudice lo condanna a una pena pecuniaria non superiore a €5*".

A sua volta, l'articolo 116 cpc, secondo comma, prevede che: "*il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo*".

<sup>2</sup> L'articolo 94 prevede che: "*l'istanza di esibizione di un documento o di una cosa in possesso di una parte o di un terzo deve contenere la specifica indicazione del documento o della cosa e, quando è necessario, l'offerta della prova che la parte o il terzo li possiede*".

<sup>3</sup> Cfr. libro bianco punto 2.2 pag. 6.

molto significativa sui diritti di difesa in giudizio senza la certezza circa i diritti di difesa esercitabili negli altri Stati (ad esempio, l'incertezza investirebbe l'opponibilità del limite dell'ordine pubblico)

Inoltre, le Autorità italiane ritengono che la proposta avanzata dalla Commissione non rivesta nessuna utilità, dal momento che da quanto è emerso nel corso delle consultazioni e da una verifica della casistica, i rilievi e le risultanze contenuti nei provvedimenti delle Autorità garanti della concorrenza, di fatto, hanno sempre rappresentato un punto di riferimento privilegiato per i giudici di gran parte degli Stati membri, i quali, nell'ambito del libero apprezzamento delle prove, non si sono mai discostati da tali risultanze.

Il fine di perseguire una certa omogeneità di valutazioni fra Autorità nazionali e giudici potrebbe essere raggiunto – come già rilevato dal Governo Italiano nelle osservazioni al libro verde del 2005 - prevedendo che le decisioni delle autorità nazionali di concorrenza, una volta divenute definitive, determinino in sede di giudizio civile una inversione dell'onere della prova a favore del danneggiato, sulla correttezza e veridicità dei fatti allegati e sulla loro qualificazione giuridica che, comunque, possa essere superata dal giudice sulla base degli elementi addotti dai controinteressati. Infine, occorre tenere presente che la proposta della Commissione europea di rendere vincolanti le decisioni dell'Autorità garante della concorrenza porterebbe ad un prevedibile allungamento dei tempi dei giudizi civili.

Infatti, considerato che il presupposto del proposto effetto vincolante delle decisioni dell'Autorità è che le stesse siano definitive, poichè il periodo medio affinché esse passino in giudicato varia da due a tre anni, ne conseguirebbe una maggior durata dei giudizi civili.

#### ***Punto 2.4 – Criterio relativo alla colpa.***

La proposta del Libro bianco è quella dell'inversione dell'onere della prova, in base alla quale, qualora venga dimostrata la violazione degli articoli 81 o 82 TCE, l'autore dell'infrazione deve essere ritenuto responsabile per i danni causati, a meno che non risulti che la violazione sia il risultato di un errore realmente scusabile.

Al tempo stesso, il Libro bianco propone una definizione puntuale di errore scusabile.

In proposito, nel rilevare che le Autorità italiane non sono contrarie all'eventuale introduzione di una presunzione semplice di colpa, sulla falsariga di quanto previsto, nella normativa nazionale, in materia di concorrenza sleale, si ritiene che non sussista una particolare necessità di innovare la materia, specie sotto il profilo del rapporto costi/benefici, e che andrebbero verificati con estrema attenzione e prudenza i presupposti per l'eventuale introduzione di una eccezione *ratione materiae*.

Con riferimento alla definizione di errore scusabile, le Autorità italiane esprimono un ampio apprezzamento per l'intenzione della Commissione di chiarire cosa debba intendersi per errore scusabile, ma ritengono che detta eventuale definizione sarebbe inutile e controproducente, in quanto essa irrigidirebbe eccessivamente un concetto che ha natura giurisprudenziale, impedendo ogni evoluzione della giurisprudenza stessa e impedendo al giudice un eventuale adeguamento al caso specifico.

Inoltre, in Italia, il criterio della colpa, applicato a categorie professionali, prevede già il riferimento ad un elevato livello di diligenza contenuto nella definizione proposta dalla Commissione.

Infine, si evidenzia che il diritto della concorrenza, in ragione della sua complessità e della sua forte connotazione economica, non sempre si presta ad una pacifica autovalutazione da parte delle imprese (si pensi al dibattito suscitato dal progetto di riforma in tema di art. 82 del Trattato) e, pertanto, è necessario preservare margini adeguati per la dimostrazione della buona fede del

convenuto, ad esempio nei casi genuini di fattispecie nuove e complesse, tenendo le imprese al riparo dal rischio di un risarcimento dei danni.

In proposito, è anche da tenere presente il possibile effetto depressivo della vocazione delle imprese all'innovazione, generato da una situazione di incertezza giuridica.

### ***Punto 2.5 – Risarcimento del danno***

Non vi sono obiezioni alla proposta della Commissione di adottare linee-guida non vincolanti per la quantificazione dei danni in caso di violazione delle norme antitrust, che anzi potrebbero essere di ausilio ai giudici.

Al contrario, si dissente dalla proposta di codificare in uno strumento normativo comunitario l'attuale *acquis* sulla portata del risarcimento che possono ottenere le vittime delle violazioni delle norme antitrust.

Le Autorità italiane ritengono non opportuna tale proposta, in quanto essa potrebbe cristallizzare una giurisprudenza solo recente e comunque limitata sul punto, precludendo la strada alla elaborazione futura che certo non mancherà, data l'attualità del tema.

La Commissione potrebbe tutt'al più fare il punto sull'*acquis* nell'ambito delle previste linee-guida, in tal modo fornendo un utile orientamento sullo stato dell'arte dell'*acquis* stesso, senza pregiudicare le possibili evoluzioni al riguardo.

Pertanto, in materia di danni, la Commissione potrebbe adottare delle linee-guida non vincolanti in cui:

- proporre metodi di quantificazione, basati su studi economici o derivanti da precedenti giurisprudenziali di particolare interesse, possibilmente fornendo anche esemplificazioni pratiche di tali metodi di calcolo;
- affermare il principio della natura compensatoria del risarcimento, conformemente alla tradizione giuridica europea, escludendo l'eventualità di danni punitivi od esemplari;
- nei casi particolari in cui sia impossibile o difficile quantificare il danno sulla base del pregiudizio effettivamente sofferto, fare rinvio all'uso, da parte del giudice, del metodo equitativo;
- fare il punto sullo stato dell'arte della giurisprudenza comunitaria (diritto alla *full compensation*).

### ***Punto 2.6 – Trasferimento del sovrapprezzo***

Il Libro bianco prevede la possibilità che i convenuti, a fronte di una richiesta di compensazione (*rifusione*) del sovrapprezzo da parte degli acquirenti diretti, possano invocare, come argomento di difesa contro la richiesta di danni, il trasferimento del sovrapprezzo medesimo da parte dell'attore (acquirente diretto).

Per questi casi, il Libro bianco prevede che l'onere della prova non dovrebbe essere inferiore a quello previsto per la dimostrazione del danno da parte dell'attore.

Le Autorità italiane condividono la proposta del Libro bianco, che è in linea con i principi generali in tema di onere probatorio.

Viceversa, con riferimento alle ipotesi in cui l'azione di danni è proposta dagli acquirenti indiretti, in relazione ai quali la eventuale prova del trasferimento del sovrapprezzo risulta più difficoltosa, il Libro bianco prevede una presunzione semplice a favore dell'attore (acquirente indiretto).

Le Autorità italiane non condividono la previsione della presunzione semplice, per le ragioni che seguono.

Tale presunzione semplice graverebbe 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, addossandogli l'onere di una *probatio diabolica* che il convenuto stesso, salvo ipotesi eccezionali, non sarà in grado di fornire, in tal modo determinandosi il rischio di arricchimento indebito degli acquirenti indiretti ai quali il sovrapprezzo non sia stato integralmente trasferito.

In particolare, la presunzione semplice a favore dell'attore potrebbe essere eccessivamente gravosa per il convenuto, il quale potrebbe non essere in grado di ribaltare la presunzione nel caso in cui la distanza fra sé e l'acquirente indiretto sia notevole – come nei casi di mercati a filiera molto lunga. La conseguenza potrebbe essere che l'acquirente indiretto ottenga un risarcimento superiore al danno effettivamente subito.

In secondo luogo, la capacità degli acquirenti diretti di procedere con successo al trasferimento del sovrapprezzo dipende dalle condizioni del mercato rilevante nel quale essi operano. In ogni caso, non appare ragionevole presumere che il sovrapprezzo potrà senz'altro essere trasferito a valle nella sua interezza. Ciò premesso, considerato che la regola della presunzione semplice può rivelarsi utile o dannosa a seconda delle concrete circostanze del caso in esame, si ritiene che la soluzione più opportuna sia quella di affidare al giudice la valutazione, caso per caso, circa la sussistenza dei presupposti che giustifichino la regola della presunzione semplice, sulla base della documentazione presentata dalle parti e delle caratteristiche dei mercati coinvolti.

Inoltre, potrebbe essere opportuno riconoscere allo stesso giudice il potere di utilizzare criteri di alta probabilità logica o presunzioni, al fine di desumere l'esistenza del nesso causale tra condotta e danno lamentato.

Pertanto, 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.

In conclusione, quindi, 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 una motivazione più dettagliata oppure bilanciare le posizioni delle parti, presumendo ad esempio che solo una parte del sovrapprezzo sia stata effettivamente trasferita a valle.

La regola proposta nel Libro bianco, invece, introduce elementi di rigidità che possono pregiudicare la posizione del convenuto. Si ritiene pertanto preferibile un approccio che si fondi su una valutazione caso per caso.

### ***Punto 2.7 – Termini di prescrizione***

La proposta della Commissione di prorogare per altri due anni i termini di prescrizione, non trova d'accordo le autorità italiane che in tal senso si sono espresse anche nelle osservazioni precedenti e che sul punto intendono esprimere ancora parere contrario.

Infatti, tenuto conto dei tempi prevedibili per l'accertamento definitivo, anche in sede giurisdizionale, di una pratica antitrust illecita, la proposta in esame comporterebbe il prolungamento di una situazione di incertezza giuridica, peraltro determinando una disparità di trattamento non giustificata rispetto ad altre ipotesi di illecito civile, attraverso un utilizzo del

regime della prescrizione finalizzato al raccordo tra accertamento amministrativo e giudizio civile, che non sembra trovare base giuridica adeguata.

I diritti dei ricorrenti possono essere ugualmente soddisfatti utilizzando il sistema della sospensione dei termini di prescrizione.

Inoltre, la proposta del Libro bianco differisce anche dalla ricostruzione dell'istituto della prescrizione quinquennale nell'ordinamento italiano operata dalla giurisprudenza della Cassazione, che ha stabilito che il termine prescrizione non decorre dall'accertamento definitivo dell'illecito, vale a dire dal momento in cui la decisione dell'autorità di concorrenza diviene definitiva, ma dal momento in cui si determina la concreta azionabilità del diritto risarcitorio da parte del soggetto danneggiato.

D'altro canto, nel nostro ordinamento, l'azione risarcitoria non è di per sé impedita dal mancato o non esaurito accertamento in sede amministrativa della condotta anticoncorrenziale.

### ***Punto 2.9 – Programmi di clemenza.***

Si concorda con la proposta della Commissione di sottrarre le dichiarazioni rese nei programmi di clemenza alla divulgazione, condividendosi, altresì, le preoccupazioni di tutela dei *corporate statements* che stanno alla base della proposta della Commissione.

Nell'ottica di tenere distinto il *public enforcement* dal *private enforcement*, che hanno natura e funzioni distinte anche se, a volte, complementari, si è favorevoli, in linea di principio, ad una attenuazione del vincolo di solidarietà, purché questo non vada a sfavore dell'interesse dell'acquirente che potrebbe rimanere privo di tutela.

Si dovrebbero trovare sistemi di incentivazione per chi aderisce a programmi di trattamento favorevole, senza che questo determini un pregiudizio per i soggetti danneggiati.

In tal senso, le Autorità italiane, in particolare, ritengono che la disciplina relativa ai programmi di clemenza vada ulteriormente migliorata e sostenuta, anche al fine di non pregiudicare il *public enforcement*.