



www.alinvestment.it

Osservazioni Concernenti

Le linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto

Preparate con l'assistenza dell'Avv. Giovanni Scoccini*

Roma, 4 Ottobre 2018

I. Introduzione

A.L.I. Antitrust Litigation Investment Srl (in seguito ALI) apprezza l'iniziativa della Commissione di adottare "*Linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto*" (in seguito le Linee Guida), in quanto mirata a portare maggiore certezza su una questione centrale e particolarmente complessa delle azioni di risarcimento danni causati da violazioni del diritto della concorrenza, che rappresentano uno strumento fondamentale per ripristinare le condizioni di mercato alterate da comportamenti illeciti ed un importante deterrente nei confronti di eventuali futuri comportamenti restrittivi del gioco della concorrenza.

ALI è una società che supporta economicamente e gestisce azioni legali delle parti che non hanno i mezzi economici o preferiscono non impegnare le proprie risorse in costosi contenziosi. Il campo d'elezione privilegiato di ALI sono le cause in materia di illecito antitrust. Questo tipo di cause, essendo caratterizzate da illeciti plurioffensivi permette di conseguire economie di scala organizzando azioni collettive cui possono partecipare una pluralità di soggetti danneggiati. I clienti di ALI sono prevalentemente piccole e medie che senza l'assistenza di ALI si asterebbero dall'agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni arrecati loro da comportamenti anticoncorrenziali in ragione

* Giovanni Scoccini, avvocato nel foro di Roma



www.alinvestment.it

della complessità di questo tipo di azioni, delle spese legali e del rischio di ritorsioni da parte delle responsabili degli illeciti antitrust, che normalmente sono grandi imprese con una notevole forza contrattuale.

Con il presente contributo preparato con l'assistenza dell'Avv. Giovanni Scocchini, in risposta alla consultazione aperta dalla Commissione europea sulla bozza delle Linee Guida, ALI vuole rappresentare la difficoltà che la questione del trasferimento del sovrapprezzo comporta per i soggetti danneggiati da comportamenti anticoncorrenziali, in particolare quando questi sono piccole e medie imprese (in seguito anche PMI), e prospettare possibili soluzioni che siano compatibili con i principi stabiliti sia dalla normativa primaria che da quella secondaria dell'Unione Europea.

II. La rilevanza della questione del trasferimento del sovrapprezzo per le PMI

1. Il trasferimento a valle del sovrapprezzo causato da un comportamento anticompetitivo è una delle questioni centrali e più complesse nelle cause risarcitorie per violazioni del diritto della concorrenza. I soggetti danneggiati da comportamenti anticoncorrenziali si trovano ad affrontare tale questione normalmente nelle cause risarcitorie che instaurano contro le imprese responsabili di illeciti anticoncorrenziali in chiave di eccezione da quest'ultima sollevata. Nello Studio sul trasferimento del sovrapprezzo¹ preparato per la Commissione da RBB Economics e Cuatrecasas, Goncalves Pereira (in seguito lo Studio sul trasferimento del sovrapprezzo) è stato infatti rilevato che la questione del trasferimento è stata utilizzata come eccezione difensiva in 59 casi, mentre in soli 18 casi è stata utilizzata dagli attori per giustificare la richiesta di risarcimento. In particolare le PMI si trovano normalmente ai livelli intermedi della catena di approvvigionamento e, quindi, spesso sono gli acquirenti diretti dei prodotti oggetto degli illeciti, che poi utilizzano nel loro ciclo produttivo.
2. Nelle cause in cui il trasferimento del sovrapprezzo è utilizzato come difesa dalle imprese responsabili della violazione del diritto della concorrenza si evidenziano le seguenti criticità:

¹ Vedi pag. 214 di Study on the Passing-On of Overcharges prepared for the Directorate-General for Competition of the European Commission by RBB Economics and Cuatrecasas, Goncalves Pereira disponibile nella pagine web http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html



www.alinvestment.it

- a) **L'eccezione di trasferimento del sovrapprezzo a valle rende difficile l'integrale risarcimento** del danno sofferto dall'acquirente diretto a causa della difficoltà di quantificare il danno rappresentato dalla riduzione delle vendite derivante dal trasferimento del sovrapprezzo a valle.
 - b) **L'eccezione di trasferimento del sovrapprezzo rende molto più complesse ed onerose le azioni risarcitorie per gli attori** in giudizio, perché li espone ad estensivi ordini di esibizione. Le convenute responsabili dell'illecito anticoncorrenziale, con la giustificazione di non conoscere il mercato a valle dove opera l'acquirente diretto, sono solite chiedere al giudice di ordinare l'esibizione di un'enorme mole di documenti, quali fatture, contratti, documenti interni e etc. La prospettiva di tali richieste istruttorie ai sensi dell'art. 5 della Direttiva, utilizzate spesso con fini defatigatorie, in considerazione anche delle sanzioni previste dall'art. 8 della Direttiva costituisce un altro elemento che scoraggia l'instaurazione di azioni risarcitorie.
 - c) **L'eccezione di trasferimento del sovrapprezzo permette alle imprese responsabili delle violazioni del diritto della concorrenza di trattenere parte degli illeciti profitti realizzati**, in quanto è molto improbabile che i consumatori finali agiscano per ottenere il risarcimento. Il sovrapprezzo, infatti, man mano che viene trasferito lungo la catena di approvvigionamento si parcellizza fino a diventare irrilevante per il consumatore finale, che, quindi, non ha alcuna convenienza economica ad instaurare un'azione giudiziaria per poche decine di euro. Il consumatore finale, inoltre, anche ove volesse agire in giudizio è molto improbabile che abbia conservato prova dell'acquisto del prodotto, in quanto non è tenuto a conservare le scritture contabili e le infrazioni normalmente hanno avuto luogo molti anni prima della loro scoperta.
3. In sintesi, l'eccezione di trasferimento del sovrapprezzo a valle aumenta considerevolmente l'incertezza in merito all'esito delle azioni risarcitorie e alla possibilità di stimare in anticipo il risarcimento danni ottenibile in giudizio. Tale incertezza scoraggia i soggetti danneggiati dal proporre le azioni risarcitorie e costituisce un serio ostacolo allo sviluppo del *private antitrust enforcement* e alla sua funzione di deterrente nei confronti di eventuali future violazioni del diritto della concorrenza.



www.alinvestment.it

III. Le osservazioni alle Linee Guida

4. Apprezzando l'iniziativa della Commissione di adottare delle linee guida che possano aiutare i giudici nell'affrontare la problematica e al contempo ridurre l'incertezza che questa comporta nei giudizi sarebbe auspicabile che le stesse tenessero in considerazione la posizione dei soggetti danneggiati ed in particolare delle piccole e medie imprese, ove si volesse facilitare il loro accesso alla giustizia.
5. Come sopra evidenziato, l'eccezione di trasferimento del sovrapprezzo presenta il problema della sotto-compensazione del danno subito dagli acquirenti diretti, dell'aggravio degli oneri processuali per gli attori e della possibilità per le imprese responsabili di violazioni della concorrenza di trattenere i profitti illeciti. Si osserva che le Linee Guida dovrebbero avere come finalità facilitare il pieno risarcimento del danno, che costituisce l'obiettivo ultimo della **Direttiva 2014/104/UE** sul risarcimento del danno (in seguito la "Direttiva"), come espressamente affermato nell'art. 3. In particolare, dovrebbero facilitare il pieno risarcimento del lucro cessante, rappresentato dalla riduzione dei volumi di vendite.
6. Nel pieno rispetto dei principi dell'Unione europea, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (in seguito "TFUE") e della Direttiva, sarebbe auspicabile che le Linee Guida:
 1. Ribadissero che la presunzione di esistenza del danno prevista dall'art. 17 comma 2 della Direttiva in caso di violazioni consistenti in cartelli include tanto il danno emergente quanto il lucro cessante rappresentato dalla riduzione delle vendite che soffre l'acquirente diretto nel mercato a valle a causa dell'aumento dei prezzi nel caso in cui trasferisca totalmente o parzialmente il sovrapprezzo.
 2. Introducessero un metodo semplificato di quantificazione del danno rappresentato dalla riduzione della vendite determinato dal trasferimento.
7. I paragrafi seguenti illustrano i motivi, l'ambito e la conformità ai principi dell'Unione europea, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (in seguito "TFUE") e della Direttiva delle suddette osservazioni alle Linee Guida.

A.L.I. Antitrust Litigation Investment Srl

Via Cassia, 35
00191 Roma IT

Tel. (+39) 06.9292.8730 Fax (+39) 06.2111.2569
P.IVA e C.F. 13477011004



www.alinvestment.it

III.1 Presunzione del danno complessivo del lucro cessante causato dalle violazioni consistenti in cartelli

8. Sarebbe auspicabile che in conformità con quanto previsto dall'art. 17 comma 2 della Direttiva, nelle Linee Guida fosse esplicitato che la presunzione di danni causati dai cartelli include il danno da lucro cessante, rappresentato dalla riduzione delle vendite che soffre l'acquirente diretto nel mercato a valle a causa dell'aumento dei prezzi nel caso in cui trasferisca totalmente o parzialmente il sovrapprezzo.
9. In particolare, si osserva che il paragrafo 19 delle Linee Guida potrebbe erroneamente suggerire che l'onere di provare la riduzione delle vendite sia sempre in capo all'attore. Il paragrafo 19 recita, infatti: *“Se l'eccezione del trasferimento ha esito totalmente o parzialmente positivo, l'attore può comunque richiedere un risarcimento per il lucro cessante derivante dal trasferimento. In questo caso, l'onere della prova dell'effetto sul volume correlato al trasferimento spetta all'attore.”* Il paragrafo dovrebbe essere integrato con l'avvertenza che nei casi di cartello, ove il sovrapprezzo sia stato trasferito a valle, si presume che questi abbiano causato un danno a causa della riduzione dei volumi di vendite.
10. L'estensione della presunzione di danno in caso di cartelli al lucro cessante è conforme con il tenore letterale dell'art. 17, co. II, della Direttiva e coerente con l'intenzione del legislatore.
11. L'art. 17 co. II della Direttiva recita, infatti: “Si presume che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno”. La norma fa riferimento al danno nella sua interezza, che comprende sia il danno emergente sia il lucro cessante. Nessuna limitazione al solo danno emergente è prevista, né avrebbe senso.
12. Come spiega il considerando 47 della Direttiva, la presunzione è stata introdotta per ovviare alle difficoltà che presenta la quantificazione del danno e sulla scorta della scienza economica che ha rilevato che nella prassi i cartelli determinano un aumento dei prezzi. La difficoltà di quantificare il danno rappresentato dalla riduzione delle vendite causato dal trasferimento è indubbiamente maggiore della quantificazione del danno emergente, in quanto richiede, come la stessa bozza delle



www.alinvestment.it

linee guida evidenzia, oltre 1) alla quantificazione del sovrapprezzo causato dal cartello, ulteriori passaggi quali 2) la stima del trasferimento del sovrapprezzo sul prodotto correlato, 3) la stima degli effetti del trasferimento sui volumi di vendita del prodotto correlato ed infine 4) la quantificazione del profitto perso identificando un margine controfattuale. In ragione della difficoltà di provare la perdita di profitti dovuta alla riduzione delle vendite derivate dal trasferimento appare ancora più necessario e giustificato presumere che il danno causato dai cartelli comprenda il lucro cessante.

13. La riduzione del volume delle vendite in caso di trasferimento del sovrapprezzo appare, infine, coerente con la teoria economica, come le stesse Linee Guida spiegano al par. 52 “L’effetto sul volume deriva dal fatto che di solito l’acquirente si trova di fronte a un curva della domanda che tende verso il basso”. I mancati profitti conseguenza della riduzione delle vendite sono, quindi, probabili in caso di trasferimento a valle del sovrapprezzo determinato dal cartello e sono anch’essi conseguenza dell’effetto dei cartelli sui prezzi.
14. La presunzione del danno da riduzione delle vendite in conseguenza del trasferimento del sovrapprezzo, per cui è ammessa prova contraria dall’autore dell’infrazione è importante perché nel caso in cui in giudizio né l’attore né il convenuto riescano a fornire prova o meno della riduzione dei volumi, il giudice dovrà stimare secondo equità il danno comprensivo del lucro cessante ai sensi della seconda parte del I comma dell’art. 17 della Direttiva.

III.2 Un metodo semplificato per la quantificazione del danno da riduzione dei volumi di vendite a causa del trasferimento.

15. Come la stessa Direttiva chiarisce, la quantificazione del danno rimane onere delle parti in giudizio, in quanto la presunzione non riguarda l’effettivo ammontare del danno. A tal riguardo si apprezza che le Linee Guida dedichino la sezione 4.4. alla quantificazione e stima degli effetti sul volume del trasferimento, in quanto passaggio necessario per la quantificazione del lucro cessante a causa del trasferimento. Accanto ai metodi già indicati nelle Linee Guida, sarebbe auspicabile che Linee Guida



www.alinvestment.it

prevedessero un metodo semplificato per la quantificazione del lucro cessante determinato dal trasferimento.

16. Le linee guida correttamente affermano che il profitto perso si ottiene moltiplicando il volume perso per il margine di profitto controfattuale. Sia il volume perso, che il margine di profitto sono valori difficili da individuare in quanto non possono essere rilevati nella realtà. A tal riguardo le Linee Guida affermano che il margine-costo osservato nella realtà non è il margine pertinente necessario e che una stima quantitativa dell'elasticità della domanda necessaria per individuare il volume perso richiede una grande quantità di dati concernenti prezzi e quantitativi, che potrebbero non essere disponibili o proporzionati in un caso specifico. Pur comprendendo che l'intento della Commissione sia quello di fornire indicazioni per una stima più precisa possibile, si rileva che le indicazioni contenute nelle Linee Guida sono di poco aiuto per una piccola e media impresa perchè complesse e poco esaudienti. Le PMI non hanno, infatti, risorse per commissionare studi sull'elasticità della domanda nei loro mercati di riferimenti, inoltre, redigono i loro bilanci in forma abbreviata come previsto dalla Direttiva 2013/34/UE.
17. Pertanto, sarebbe auspicabile che le Linee Guida illustrassero anche un metodo semplificato di quantificazione della perdita di profitti con dati facilmente reperibili, che fornisca una prima stima del lucro cessante e che possa essere precisato ove le parti possano fornire dati più specifici.
18. A tal riguardo ci si permette di suggerire un metodo semplificato che individui la riduzione del volume delle vendite a causa del trasferimento ipotizzando una elasticità unitaria della domanda che affronta chi effettua il trasferimento (esempio: ad un aumento del prezzo del 10% corrisponde una riduzione delle vendite del 10%). L'elasticità unitaria della domanda, che entrambe le parti potrebbero confutare con prove sia a sostegno di una maggiore o di una minore elasticità, si basa sul presupposto della razionalità degli agenti economici. Si presume, infatti, che il prezzo originario di equilibrio, prima del trasferimento, era quello che permetteva di massimizzare i profitti, in quanto un aumento del prezzo avrebbe determinato una riduzione dei profitti causata dalla riduzione delle vendite non compensata dal maggior prezzo.



www.alinvestment.it

19. Per quanto riguarda l'individuazione del margine di profitto controfattuale si propone di prendere come riferimento il margine prezzo-costo osservato o l'EBIT, in quanto dati facilmente reperibili. Il danno rappresentato dal minor margine applicato dall'acquirente a seguito di un trasferimento solo parziale del sovrapprezzo è risarcito con il danno emergente. Si tratta, infatti, del sovrapprezzo che l'acquirente non riesce a trasferire a valle.
20. Un altro metodo semplificato di quantificazione del danno da riduzione dei volumi di vendite che sarebbe auspicabile le Linee Guida tenessero presente è quello denominato “approccio del volume controfattuale” nella Sezione IV.A.4.3 dello Studio sul trasferimento del sovrapprezzo². Tale approccio semplificato permette di quantificare il danno economico causato dalla riduzione dei volumi di vendite senza la necessità di calcolare il margine controfattuale. Si basa su una presunta relazione inversa tra il margine unitario dell'impresa e la rilevante elasticità della domanda rispetto al prezzo praticato dall'impresa. La formula è la seguente: “Danno da perdita di volumi di vendita = Aumento del prezzo * Quantità controfattuale”
21. Il vantaggio di questo approccio consiste nella riduzione dei passaggi necessari per addivenire alla quantificazione del danno, eliminando il problema di calcolare il margine controfattuale, che come le stesse Linee Guida ammettono non è di facile soluzione. Utilizzando, infatti, valori già necessari per la quantificazione del sovrapprezzo (danno emergente) e per la valutazione dell'eccezione di *passing-on* (tasso di trasferimento), all'esperto per la quantificazione del danno da riduzione delle vendite rimane solo stimare la quantità controfattuale, come indica l'esempio riportato nello studio: Dato il tasso di trasferimento del 40%, il sovrapprezzo unitario di 20 €, stimata in 11.000 unità la quantità controfattuale che in assenza della violazione anticoncorrenziale sarebbe stata venduta. Il danno da riduzione delle vendite viene calcolato $20€ \cdot 40\% \cdot 11.000 = € 88.000$

A.L.I. Antitrust Litigation Investment Srl

² Vedi pag. 97 di Study on the Passing-On of Overcharges prepared for the Directorate-General for Competition of the European Commission by RBB Economics and Cuatrecasas, Goncalves Pereira disponibile nella pagine web http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html

A.L.I. Antitrust Litigation Investment Srl

Via Cassia, 35
00191 Roma IT

Tel. (+39) 06.9292.8730 Fax (+39) 06.2111.2569
P.IVA e C.F. 13477011004



www.alinvestment.it

A.L.I. Antitrust Litigation Investment Srl
Via Cassia, 35
00191 Roma IT

Tel. (+39) 06.9292.8730 Fax (+39) 06.2111.2569
P.IVA e C.F. 13477011004