

Bruxelles, XXX
[...] (2013) XXX draft

DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE

GUIDA PRATICA

**QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NELLE AZIONI DI RISARCIMENTO
FONDATE SULLA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 101 O 102 DEL TRATTATO
SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA**

che accompagna la

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE

**relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla
violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea**

INDICE

Parte I — Contesto e approccio generale nella quantificazione del danno nei casi relativi alla concorrenza.....	8
I. Contesto giuridico	8
A. Il diritto al risarcimento del danno	8
B. Norme nazionali sulla quantificazione e presente Guida pratica	8
II. Approccio generale alla quantificazione del danno nei casi relativi alla concorrenza.....	11
III. Struttura della Guida pratica	13
Parte 2 — Metodi e tecniche.....	15
I. Panoramica	15
II. Metodi comparativi.....	16
A. Metodi per la determinazione di uno scenario di non infrazione.....	17
(1) Confronto temporale sullo stesso mercato	17
(2) Confronto con i dati provenienti da altri mercati geografici.....	20
(3) Confronto con i dati provenienti da altri mercati del prodotto.....	22
(4) Combinazione fra confronti temporali e tra mercati	22
B. Attuazione pratica del metodo: tecniche per stimare il prezzo o altre variabili economiche nello scenario di non infrazione.....	23
(1) Tecniche semplici: rilevazioni singole dei dati, medie, interpolazioni e semplici correzioni.....	24
(2) Analisi di regressione.....	26
a. Nozione e scopo dell'analisi di regressione	26
b. Esempi e illustrazioni	28
c. Requisiti per l'applicazione dell'analisi di regressione	31
(3) Scelta delle tecniche	34
III. Modelli di simulazione, analisi basata sui costi, analisi basata sugli aspetti finanziari e altri metodi	35
A. Modelli di simulazione.....	35
B. Metodi basati sui costi e metodi basati sugli aspetti finanziari.....	38
C. Altri metodi	41
IV. Scelta dei metodi.....	41
Parte 3 – Quantificazione del danno causato da un aumento dei prezzi.....	43
I. Effetti delle infrazioni che comportano un aumento dei prezzi.....	43
II. Quantificazione del sovrapprezzo.....	45
A. Quantificazione dei sovrapprezzi generati dai cartelli	46

(1)	Effetti dei cartelli.....	46
(2)	Sovrapprezzo iniziale corrisposto dal cliente diretto	48
a.	Confronto temporale	49
b.	Altri metodi comparativi	51
(3)	Il trasferimento dei sovrapprezzi.....	52
B.	Quantificazione dei sovrapprezzi causati da altri tipi di infrazioni che generano un danno da sovrapprezzo.....	55
III.	Quantificazione del danno generato dall'effetto sui volumi.....	55
PARTE 4 - Quantificazione del danno generato da pratiche di esclusione		57
I.	Effetti delle pratiche di esclusione	57
II.	Quantificazione del danno per i concorrenti	58
A.	La dimensione temporale delle pratiche di esclusione.....	58
B.	Approccio generale alla quantificazione dei mancati guadagni.....	59
C.	Concorrenti esistenti.....	61
(1)	Confronto temporale	61
(2)	Altri metodi comparativi	65
D.	Barriere all'ingresso di nuovi operatori	65
E.	Risarcimento per perdite future.....	67
III.	Quantificazione del danno per i clienti.....	68
A.	Recupero	68
B.	Danno ai concorrenti in qualità di clienti delle imprese autrici dell'infrazione.....	70
Elenco dei casi citati		71

DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE

GUIDA PRATICA

QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NELLE AZIONI DI RISARCIMENTO FONDATE SULLA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 101 O 102 DEL TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

che accompagna la

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE

relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla
violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea

PANORAMICA DEI CONTENUTI

		<i>Par.</i>
PARTE 1	CONTESTO E APPROCCIO GENERALE NELLA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NEI CASI RELATIVI ALLA CONCORRENZA	1-25
I.	CONTESTO GIURIDICO	1-10
A.	<i>Il diritto al risarcimento del danno</i>	<i>1-1</i>
	Il diritto al risarcimento nella normativa europea - Principi di effettività ed equivalenza [1].	
B.	<i>Norme nazionali sulla quantificazione e presente guida pratica</i>	<i>3-10</i>
	Violazione e causalità [3]. Domanda di risarcimento dei danni: contesto nazionale ed europeo [3]. Approcci pragmatici nel diritto nazionale [□]. Scopo degli orientamenti [6]. Status giuridico degli orientamenti [8-0].	
II.	APPROCCIO GENERALE ALLA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NEI CASI RELATIVI ALLA CONCORRENZA	11-20
III.	Campo d'applicazione del termine "risarcimento del danno subito" [11,20]. "Scenario di non infrazione" [12]. Prove accessibili agli organi giurisdizionali [14]. Passi fondamentali nella quantificazione [13-15]. Incertezze inerenti alla quantificazione dei danni [16-17].	21-25
	STRUTTURA DELLA GUIDA PRATICA	
PARTE 2	METODI E TECNICHE	26-125
I.	PANORAMICA	26-31
	Panoramica dei vari metodi [27]. ; Metodi comparativi [27]. Altri metodi [28].	
II.	METODI COMPARATIVI	32-95
	Esempio di analisi comparativa [32]. Vantaggi del metodo comparativo [37].	
A.	<i>Metodi per la determinazione di uno scenario di non infrazione</i>	<i>38-58</i>
	Confronto temporale sullo stesso mercato	
(1)	Diversi punti di riferimento per il confronto [39]. Adeguamento ai dati [40]. Scelta fra vari	38-48

	approcci [42]. Termine dell'infrazione [43]. Mercati oligopolistici [45].	
	Confronto con i dati provenienti da altri mercati geografici	
(2)	Grado sufficiente di somiglianza fra mercati geografici [50]. Mercati contigui [53].	49-53
	Confronto con i dati provenienti da altri mercati del prodotto	
(3)	Combinazione fra confronti temporali e tra mercati	54-55
(4)	Metodo della "differenza nelle differenze" [56]. Punti di forza e di debolezza [58].	56-58
	Attuazione pratica del metodo: tecniche per stimare il prezzo o altre variabili economiche nello scenario di non infrazione	
B.	Possibilità di usare dati direttamente disponibili [60]. Necessità di adeguamento (cause alternative) [61]. Scelta fra vari approcci [62].	59-95
	Tecniche semplici: rilevazioni singole dei dati, medie, interpolazioni e semplici correzioni	
(1)	Dati disponibili [64]. Uso delle medie [66]. Interpolazione lineare [67]. Individuazione dei fattori di differenziazione [68].	63-68
	Analisi di regressione	
(2)	<i>Concetto e scopo dell'analisi di regressione</i>	69-90
a.	Che cos'è un'analisi di regressione? [69]. Tipi di analisi di regressione [71].	69-72
	<i>Esempi e illustrazioni</i>	
b.	Stadi principali dell'analisi di regressione [73-76]. Analisi di regressione con molteplici variabili (analisi multivariata) [77]. Approccio previsionale [80].	73-80
	<i>Requisiti per l'applicazione dell'analisi di regressione</i>	
c.	Rilevazioni dei dati [81-84]. Chiarire le incertezze (significatività statistica) [87-88]. "Analisi in forma ridotta" [90].	81-90
	Scelta delle tecniche	
(3)	Scelta delle tecniche di quantificazione e considerazioni in materia di proporzionalità [92-93].	91-95
III.	MODELLI DI SIMULAZIONE, ANALISI BASATA SUI COSTI, ANALISI BASATA SUGLI ASPETTI FINANZIARI E ALTRI METODI	96-121
A.	Modelli di simulazione	97-105
	Modelli di mercati oligopolistici [98]. Uso di modelli di simulazione [100]. Esempio [100-102]. Punti di forza e di debolezza dell'approccio [103-105].	
B.	Metodi basati sui costi e metodi basati sugli aspetti finanziari	106-118
	Approccio di base [107]. Determinazione dei costi rilevanti [109]. Margine di profitto [111]. Metodo basato sui costi [114-118].	
C.	Altri metodi	119-121
IV.	SCELTA DEI METODI	122-125
PARTE 3	QUANTIFICAZIONE DEL DANNO CAUSATO DA UN AUMENTO DEI PREZZI	126-179
I.	EFFETTI DELLE INFRAZIONI CHE COMPORTANO UN AUMENTO DEI PREZZI	126-135
	Clienti diretti e indiretti [126]. Esempi di infrazioni [127]. Due tipi di danni: "sovraprezzo" ed "effetto sui volumi/effetto quantitativo" [128].	
II.	QUANTIFICAZIONE DEL SOVRAPPREZZO	136-174

A.	<i>Quantificazione dei sovrapprezzi generati dai cartelli</i>	137-171
(1)	Effetti dei cartelli Definizione di infrazione della normativa antitrust [139]. Analisi empirica/studi economici sull'effetto generale dei cartelli [141-145].	139-145
(2)	Sovrapprezzo iniziale corrisposto dal cliente diretto Presentazione di un esempio pratico di danno causato da cartelli a clienti diretti [147].	146-160
a.	<i>Confronto temporale</i> Applicazione del confronto temporale nell'esempio pratico [149]. Adeguatezza dei prezzi post-infrazione per confronto [153].	149-154
b.	<i>Altri metodi comparativi</i> Confronto con i prezzi di un altro mercato geografico [155]. Prezzi di un altro mercato del prodotto [160].	155-160
(3)	Il trasferimento dei sovrapprezzi Trasferimento ed effetto di calo delle vendite/dei volumi [162]. "Difesa contro il trasferimento" e azioni dei clienti indiretti contro l'autore dell'infrazione [163]. Approcci per attori e convenuti per sostenere la propria pretesa [166]. Caratteristiche del mercato che possono influenzare il livello del trasferimento [167].	161-171
B.	<i>Quantificazione dei sovrapprezzi causati da altri tipi di infrazioni che generano un danno da sovrapprezzo</i>	172-174
III.	QUANTIFICAZIONE DEL DANNO GENERATO DALL'EFFETTO SUI VOLUMI	175-179
PARTE 4	QUANTIFICAZIONE DEL DANNO GENERATO DA PRATICHE DI ESCLUSIONE	180-216
I.	EFFETTI DELLE PRATICHE DI ESCLUSIONE Esclusione di concorrenti dal mercato [180]. Effetti delle pratiche di esclusione [181-181].	180-182
II.	QUANTIFICAZIONE DEL DANNO PER I CONCORRENTI	184-208
A.	<i>La dimensione temporale delle pratiche di esclusione</i>	185-187
B.	<i>Approccio generale alla quantificazione dei mancati guadagni</i> Costruire lo scenario controfattuale [188]. Calcolare i mancati guadagni [189-190]. Possibilità di presentare una richiesta soltanto per una parte del danno subito [191].	188-193
C.	<i>Concorrenti esistenti</i>	194-199
(1)	Confronto temporale Esempio pratico [195-196]. Uso delle quote di mercato [197].	195-198
(2)	Altri metodi comparativi	199
D.	<i>Barriere all'ingresso di nuovi operatori</i> Problemi specifici [200]. Esempio pratico [202-204].	200-205
E.	<i>Risarcimento per perdite future</i>	206-208
III.	QUANTIFICAZIONE DEL DANNO PER I CLIENTI	209-216
A.	<i>Recupero</i> Esempio di un caso di prezzi predatori [210-212]. Esempio di impresa esclusa [213].	210-214

B.	<i>Danno ai concorrenti in qualità di clienti delle imprese autrici dell'infrazione</i>	215-216
-----------	--	----------------

PROSPETTO DEGLI ESEMPI ILLUSTRATIVI

Il cartello della farina [32], [147]

Rifiuto di fornire un fattore di produzione essenziale per solventi commerciali [194], [195], [196], [208]

Il caso delle apparecchiature mediche [203], [205]

Recupero in un caso di prezzi predatori [211], [214]

Parte I — Contesto e approccio generale nella quantificazione del danno nei casi relativi alla concorrenza

I. CONTESTO GIURIDICO

A. *Il diritto al risarcimento del danno*

1. I soggetti che hanno subito un danno a causa di un'infrazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) hanno il diritto di ricevere un risarcimento. La Corte di giustizia dell'UE ha stabilito che tale diritto viene garantito dal diritto primario dell'UE¹. "Risarcimento" significa ripristinare il soggetto danneggiato nella posizione in cui si sarebbe trovato in assenza dell'infrazione. Per questa ragione, il risarcimento non copre soltanto il danno realmente subito (*damnum emergens*), ma anche il mancato guadagno (*lucrum cessans*) e il pagamento degli interessi². Il concetto di "danno reale" implica una riduzione del patrimonio di un individuo, mentre "mancato guadagno" significa che non vi è stato un aumento del patrimonio, che si sarebbe invece verificato in assenza dell'infrazione³.
2. Sono generalmente i giudici nazionali a pronunciarsi in merito alle azioni di risarcimento⁴. In assenza di una disciplina in materia a livello dell'Unione, è compito degli ordinamenti giuridici interni di ciascuno Stato membro definire le norme dettagliate relative all'esercizio del diritto al risarcimento garantito dal diritto dell'Unione europea. Tali norme non devono però rendere eccessivamente difficile, o praticamente impossibile, l'esercizio dei diritti conferiti ai singoli dalla normativa UE (principio di effettività) e non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano le azioni per il risarcimento del danno causato dalla violazione di diritti simili conferiti dal diritto nazionale (principio di equivalenza)⁵.

B. *Norme nazionali sulla quantificazione e presente Guida pratica*

3. In un'azione di compensazione di un danno causato da un'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE, i giudici nazionali devono definire se l'attore abbia subito un danno

¹ Causa C-453/99, *Courage*, Racc. 2001, pag. I-6297, punto 26; cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Racc. 2006, pag. I-6619, punto 60; causa C-360/09 *Pfleiderer*, Racc. 2011, pag. I-5161, punto 36, e causa C-199/11, *Europese Gemeenschap contro Otis NV e altri*, Racc. 2012, non ancora pubblicata. Queste cause riguardano l'articolo 101 TFUE (ex articolo 81 del trattato CE), ma gli stessi principi si applicano anche all'articolo 102 del TFUE (ex articolo 82 CE) – causa C-360/09 *Pfleiderer*, Racc. 2011, pag. I-5161, punto 36.

² Cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Racc. 2006, pag. I-6619, punto 95.

³ Conclusioni dell'avvocato generale Capotorti nella causa 238/78 *Ireks-Arkady GmbH/Consiglio e Commissione*, Racc. 1979, pag. 2955, punto 9.

⁴ La competenza internazionale dei giudici nazionali è spesso determinata dal regolamento CE n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, GU L 12 del 16.1.2001, pag. 1. Questo regolamento è stato recentemente sostituito dal regolamento (UE) n. 1215/2012, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, GU L 351 del 20.12.2012, pag. 1, che, per la maggior parte, entrerà in vigore il 10 gennaio 2015. Spesso i regolamenti UE definiscono qual è la normativa applicabile in un determinato caso, in particolare l'articolo 6 del regolamento 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (GU L 1999 del 2007, pag. 40). Le norme procedurali applicabili saranno generalmente quelle in vigore nel paese del giudice adito (*lex fori*). Sulle azioni di risarcimento danni possono anche statuire corti arbitrali e giudici di Stati non dell'UE.

⁵ Causa C-453/99, *Courage*, Racc. 2001, pag. I-6297, punto 29, e cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Racc. 2006, pag. I-6619, punto 62.

a seguito dell'infrazione e, se questo è il caso, l'importo da accordargli come risarcimento per tale danno⁶. Determinare ciò – valutare e dimostrare il quantum dei danni – è spesso difficile⁷. Generalmente questa determinazione è necessaria solo quando il giudice nazionale ha statuito sugli altri requisiti giuridici relativi alla domanda di risarcimento, in particolare sull'accertamento dell'infrazione e sul legame di causalità fra l'infrazione e il danno subito dall'attore⁸.

4. Il quadro normativo in cui i giudici trattano la quantificazione del danno è definito dal diritto dell'UE e dal diritto nazionale e comprende disposizioni sui seguenti aspetti:
- le voci di danno soggette a risarcimento e le norme generali di responsabilità che disciplinano tali richieste;
 - requisiti come la causalità o la prossimità, che collegano l'atto illecito e il danno. A tale riguardo la Corte di Giustizia ha chiarito che, nella misura in cui non vi è una disciplina dell'UE in materia, è il diritto nazionale a dover stabilire le norme relative all'applicazione del concetto di "nesso di causalità", a condizione che siano rispettati i principi di equivalenza ed effettività;⁹
 - il quadro procedurale in cui vengono giudicate le domande di risarcimento. Generalmente, le norme nazionali prevedono la ripartizione dell'onere della prova e delle responsabilità delle parti di addurre argomentazioni fattuali dinanzi al giudice¹⁰;
 - il livello di elementi di prova adeguato, che può variare in base alle varie fasi del procedimento ed essere anche diverso nelle questioni relative alla responsabilità per danni e al quantum dei danni stessi;
 - la misura e le modalità secondo cui i giudici hanno la facoltà di quantificare il danno subito sulla base delle stime più attendibili o di considerazioni equitative; e
 - l'ammissibilità e il ruolo delle prove (e, in particolare, delle perizie tecniche) nelle azioni civili e nella loro valutazione.
5. Nell'ambito del proprio quadro normativo di riferimento, i legislatori e i giudici hanno spesso adottato un approccio pragmatico per quanto riguarda la determinazione dell'entità del danno da risarcire, ad esempio, definendo presunzioni. L'onere della prova può essere trasferito nel momento in cui, ad esempio, una parte è in grado di produrre un numero sufficiente di fatti e prove. La normativa degli Stati membri può inoltre prevedere che i profitti illeciti realizzati dalle imprese autrici

⁶ La presente Guida pratica si occupa soltanto di valutare il danno nel caso di domande di compensazione finanziaria (monetaria). Sebbene non tratti nel dettaglio la determinazione del risarcimento in altri tipi di ricorsi civili, le indicazioni possono essere utili nella formulazione delle determinazioni, in particolare nel caso delle azioni di restituzione.

⁷ Cfr., nel dettaglio, i paragrafi 11 e segg. alla successiva sezione II.

⁸ Articolo 16 del regolamento (CE) n. 1/2003. Il presente documento non tratta nello specifico la questione di sapere se una data pratica costituisce o meno un'infrazione dell'articolo 101 o 102 del TFUE.

⁹ Cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Racc. 2006, pag. I-6619, punti 61 e 64, e causa C-453/99, *Courage*, Racc. 2001, pag. I-6297, punto 29.

¹⁰ Per un esempio di distribuzione di tale onere nei casi relativi alla concorrenza, cfr. *Kammergericht Berlin* (Corte d'appello di Berlino), sentenza del 1° ottobre 2009, causa n. 2 U 10/03 *Kart (Vitaminpreise)*.

dell'infrazione rientrino (direttamente o indirettamente) nella stima del danno subito dalle parti¹¹.

6. Lo scopo della presente Guida pratica è quello di mettere a disposizione dei giudici e delle parti coinvolte in azioni per il risarcimento del danno conoscenze economiche e pratiche che potrebbero rivelarsi utili nell'applicazione delle norme e delle prassi nazionali. A questo scopo, la Guida pratica fornisce indicazioni in merito al danno causato da pratiche anticoncorrenziali proibite dal trattato nonché informazioni sulle principali metodologie e tecniche per la quantificazione di tale danno¹². Può aiutare l'attore ad addurre argomentazioni fattuali dinanzi al giudice relativamente all'entità del danno rivendicato e può assistere il convenuto nel difendere la propria posizione rispetto alle argomentazioni dell'attore. Può inoltre aiutare le parti a raggiungere una risoluzione consensuale delle proprie controversie, sia nel contesto, sia al di fuori di procedimenti giudiziari o tramite meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie.
7. La presente Guida pratica ha un carattere puramente informativo, non è vincolante per i giudici nazionali e non modifica il quadro giuridico applicabile negli Stati membri in materia di azioni per il risarcimento del danno fondate sull'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE¹³.
8. In particolare, la legislazione nazionale, di concerto con i principi normativi summenzionati di effettività ed equivalenza dell'UE, stabilisce se l'uso dei metodi e delle tecniche descritti nel presente documento sia considerato appropriato in un determinato caso, e in caso positivo, di quali di tali metodi e tecniche. Tra le considerazioni rilevanti potrebbero rientrare, ad esempio,
 - la conformità di una determinata metodologia o tecnica con gli standard richiesti in base alle normative nazionali,
 - la possibilità, per la parte che ha l'onere della prova, di disporre di dati sufficienti per applicare il metodo o la tecnica, nonché
 - la proporzionalità degli oneri e dei costi al valore della domanda di risarcimento in questione.

Potrebbero emergere difficoltà eccessive nell'esercizio del diritto al risarcimento del danno garantito dalla normativa UE e, di conseguenza, preoccupazioni relative al principio di effettività, ad esempio, a causa di costi sproporzionati o di requisiti eccessivamente gravosi in merito al livello di certezza e precisione di una quantificazione del danno subito¹⁴.

9. La presente Guida pratica non contiene considerazioni a sfavore dell'utilizzo di approcci più pragmatici, o elementi che incrementino o riducano il livello di prova o il grado di dettaglio delle argomentazioni di fatto richieste alle parti nell'ambito degli ordinamenti giuridici degli Stati membri. In effetti per le parti potrebbe essere sufficiente fornire, in merito al quantum dei danni, fatti e prove meno dettagliati rispetto alle metodologie e alle tecniche discusse nella presente Guida pratica.

¹¹ Cfr. sotto, parte 3, paragrafo 146.

¹² Per la preparazione della presente Guida pratica la Commissione ha trovato un valido supporto nei vari studi commissionati, nonché nei commenti ricevuti da esperti esterni; cfr. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹³ Inoltre, non influisce nemmeno sui diritti e sugli obblighi degli Stati membri e delle persone fisiche o giuridiche ai sensi della normativa UE.

¹⁴ Cfr. anche sotto, i paragrafi 16 e 17.

10. Si osservi inoltre che le conoscenze di natura economica relative al danno causato da violazioni delle norme antitrust e le tecniche per la quantificazione del danno possono evolversi nel tempo, di pari passo con le ricerche teoriche ed empiriche e la prassi giudiziaria in materia. Il presente documento non deve quindi essere considerato esaustivo.

II. APPROCCIO GENERALE ALLA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NEI CASI RELATIVI ALLA CONCORRENZA

11. Il risarcimento del danno subito mira a mettere il soggetto danneggiato nella posizione in cui si sarebbe trovato qualora non si fosse verificata l'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE: la posizione reale del soggetto danneggiato deve quindi essere confrontata con la posizione in cui tale soggetto si sarebbe trovato in assenza dell'infrazione. Questa valutazione viene talvolta chiamata "analisi differenziale" (*but-for analysis*).
12. La questione principale nella quantificazione del danno da violazione delle norme antitrust è quindi quella di definire cosa sarebbe probabilmente successo in assenza dell'infrazione. Questa situazione ipotetica non può essere osservata direttamente ed è necessario creare uno scenario di riferimento con cui confrontare la situazione reale. Questo scenario di riferimento può chiamarsi "scenario di non infrazione" o "scenario controfattuale" (*counterfactual scenario*).
13. In un dato caso, il punto di partenza per stabilire se l'infrazione ha effettivamente danneggiato l'attore e, in caso affermativo, il quantum del danno, sono le specificità del caso e le prove a disposizione dei giudici (comprese le decisioni delle autorità garanti della concorrenza). La (presunta) infrazione concreta in questione e il modo in cui ha potuto incidere su un particolare mercato sono alla base di ogni determinazione del quantum del danno causato.
14. I giudici nazionali possono utilizzare prove dirette per quantificare il danno, come ad esempio i documenti prodotti da un'impresa autrice dell'infrazione relativi agli aumenti di prezzo pattuiti e alla loro attuazione, oppure i documenti attestanti lo sviluppo della sua posizione di mercato. Possono essere utilizzate anche testimonianze orali. La disponibilità di tali elementi probatori può rivestire un ruolo importante nel momento in cui un giudice decide se, e quali, metodi e tecniche definite in appresso possono essere utilizzati da una parte per adempiere al grado di prova richiesto dalla normativa applicabile.
15. Il tipo di danno per cui l'attore richiede un risarcimento determina la tipologia di variabili economiche da considerare (come prezzi, volumi delle vendite, utili, costi o quote di mercato). Ad esempio, nel caso di un cartello che genera un aumento dei prezzi per i clienti dei partecipanti al cartello, sarà necessario elaborare una stima del prezzo di non infrazione per definire un elemento di riferimento con cui confrontare il prezzo effettivamente corrisposto dai clienti. In caso di abuso di posizione dominante con una conseguente esclusione di imprese concorrenti dal mercato, la perdita di utili per le imprese concorrenti può essere calcolata confrontando il fatturato effettivo e i margini di profitto con quelli che sarebbero stati probabilmente realizzati in assenza dell'infrazione.
16. È impossibile conoscere con certezza l'evoluzione esatta di un mercato nel caso in cui non si fosse verificata l'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE. I prezzi, i volumi delle vendite e i margini di profitto dipendono da una serie di fattori e di interazioni complesse, spesso strategiche, tra gli operatori del mercato, e non

facilmente valutabili. La stima dello scenario ipotetico di non infrazione si baserà quindi, per definizione, su una serie di ipotesi¹⁵. Nella pratica, la mancata disponibilità o l'inaccessibilità dei dati andrà spesso ad aggiungersi a questa limitazione intrinseca.

17. Per queste ragioni, la quantificazione del danno nei casi relativi alla concorrenza è, per sua stessa natura, soggetta a limiti considerevoli per quanto riguarda il livello atteso di certezza e precisione. Non è possibile infatti determinare un singolo valore "reale" del danno subito, ma possono essere formulate esclusivamente le stime più attendibili sulla base di ipotesi e approssimazioni¹⁶. Le norme giuridiche nazionali applicabili e la loro interpretazione dovrebbero rispecchiare questi limiti intrinseci della quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento dovute alla violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, conformemente al principio di effettività del diritto dell'Unione europea, così da non rendere praticamente impossibile, o eccessivamente complesso, l'esercizio del diritto al risarcimento del danno garantito dal trattato.
18. La presente Guida pratica evidenzia una serie di metodi e tecniche sviluppate nel settore economico e giuridico, al fine di definire uno scenario di riferimento opportuno e stimare il valore della variabile economica di interesse (ad esempio, nel caso di un cartello sui prezzi, il prezzo potenziale del prodotto qualora non si fosse verificata l'infrazione)¹⁷. I metodi e le tecniche sono basati su diversi approcci e variano in termini di presupposti su cui si fondano, nonché di varietà e specificità dei dati necessari. Inoltre, essi differiscono nella misura in cui controllano fattori diversi dall'infrazione, che potrebbero aver influito sulla situazione dell'attore. Ne risulta che l'applicazione di questi metodi e tecniche potrebbe rivelarsi più o meno difficile, lunga e costosa.
19. Una volta stimato un valore per le variabili economiche rilevanti (come prezzi, margini di profitto o volumi delle vendite) nel contesto dello scenario ipotetico di non infrazione, è necessario confrontarlo con le circostanze reali (ad esempio, il prezzo effettivamente corrisposto dal soggetto danneggiato) per poter così quantificare il danno causato dall'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE.
20. Dovranno essere considerati anche gli interessi. Il riconoscimento degli interessi è una componente fondamentale del risarcimento. Come sottolineato dalla Corte di giustizia, il pieno risarcimento per il danno subito deve includere l'indennizzo per gli effetti negativi risultanti dal lasso di tempo intercorso dal verificarsi del danno causato dall'infrazione¹⁸. Tra questi effetti rientrano la svalutazione monetaria¹⁹ e la

¹⁵ I limiti e le implicazioni della valutazione di una situazione ipotetica sono stati riconosciuti dalla Corte di giustizia (nell'ambito della quantificazione dei mancati guadagni in un'azione per il risarcimento dei danni a carico dell'Unione europea nel settore agricolo): "il lucro cessante non si ricava da un semplice calcolo matematico, ma emerge da un'operazione di stima e valutazione di dati economici complessi. La Corte deve pertanto valutare attività economiche che sono in buona parte ipotetiche. Ne discende che essa, così come il giudice nazionale, dispone di una notevole discrezionalità sia per quanto riguarda le cifre e i dati statistici da prendere in considerazione sia, in particolare, per quanto attiene all'utilizzo di questi ultimi per il calcolo e la valutazione del danno"; cfr. cause riunite C-104/89 e C-37/90, *Mulder e a./Consiglio e Commissione*, Racc. 2000, pag. I-203, punto 79.

¹⁶ Per un esempio di ricostruzione di uno scenario controfattuale da parte di una giurisdizione nazionale, e delle questioni che emergono dai presupposti su cui si fonda, si veda ad esempio la decisione del *Competition Appeal Tribunal* (Autorità della concorrenza di secondo grado) del 28 marzo 2013, caso n. 1166/5/7/10 (*Albion Water Limited/Dŵr Cymru Cyfyngedig*).

¹⁷ Cfr. sotto, parte 2.

¹⁸ Causa C-271/91, *Marshall*, Racc. 1993, pag. I-4367, punto 31; cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Racc. 2006, pag. I-6619, punto 97; Commissione europea, Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (COM(2008) 165), sezione

perdita della possibilità per il soggetto danneggiato di poter disporre dei capitali²⁰. La normativa nazionale può tenere conto di questi effetti sotto forma di interessi legali o altre forme di interessi, nella misura in cui siano conformi ai principi summenzionati di effettività ed equivalenza.

III. STRUTTURA DELLA GUIDA PRATICA

21. Una domanda di risarcimento si fonda sul fatto che un'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE si è ripercossa negativamente sulla situazione dell'attore. In generale, è possibile distinguere tra due categorie principali di effetti dannosi delle infrazioni:

- (a) Le infrazioni possono portare ad un aumento dei prezzi pagati dai clienti delle imprese autrici delle infrazioni²¹. Tra le infrazioni con un effetto di questo tipo rientrano le violazioni delle norme antitrust di cui all'articolo 101 TFUE, come i cartelli volti alla fissazione dei prezzi, la ripartizione del mercato o la limitazione della produzione. Possono avere lo stesso effetto gli sfruttamenti abusivi di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

Un aumento dei prezzi comporta il pagamento di un sovrapprezzo per i clienti che acquistano il prodotto o il servizio in questione²². Inoltre, un aumento dei prezzi può portare anche a un calo della domanda e implicare un mancato guadagno per i clienti che utilizzano il prodotto per le proprie attività commerciali²³.

- (b) Le imprese possono anche violare gli articoli 101 e 102 TFUE ricorrendo a pratiche illegali che escludono imprese concorrenti da un mercato o ne riducono la quota di mercato²⁴. Alcuni esempi tipici sono gli abusi di posizione dominante attraverso la compressione dei margini, vendite abbinate o prezzi predatori, oppure determinati tipi di accordi verticali di esclusiva tra fornitori e distributori che violino le norme di concorrenza²⁵. Queste pratiche hanno un effetto considerevole sui concorrenti, che subiscono un danno dovendo rinunciare a opportunità commerciali e proventi nel mercato in questione. Con l'esclusione dei concorrenti e la diminuzione della pressione concorrenziale all'interno di un mercato, anche gli interessi dei clienti vengono lesi, generalmente attraverso un aumento dei prezzi.

2, paragrafo 5 e documento di lavoro dei servizi della Commissione che lo accompagna (SEC(2008) 404), paragrafo 187.

¹⁹ Causa C-308/87, *Grifoni II*, Racc. 1994, pag. I-341, punto 40 e conclusioni dell'avvocato generale Tesouro nella causa C-308/87, *Grifoni II*, Racc. 1994, pag. I-341, punto 25; cause riunite C-104/89 e C-37/90 *Mulder e a./Consiglio e Commissione*, Racc. 2000, pag. I-203, punto 51. Nell'ambito della perdita di potere d'acquisto, cfr. cause riunite T-17/89, T-21/89 e T-25/89, *Brazzelli Lualdi*, Racc. 1992, pag. II-293, punto 40.

²⁰ Conclusioni dell'avvocato generale Saggio nelle cause riunite C-104/89 e C-37/90, *Mulder e a./Consiglio e Commissione*, Racc. 2000, pag. I-203, punto 105.

²¹ Nel caso in cui l'infrazione riguardi le attività d'acquisto delle imprese autrici dell'infrazione, si otterrà una diminuzione dei prezzi d'acquisto che queste imprese devono corrispondere ai propri fornitori. Per maggiori informazioni, cfr. il paragrafo 134, parte 3, sezione 1.

²² Per facilitare la presentazione, di seguito verrà fatto esclusivamente riferimento ai "prodotti" interessati da un'infrazione, sebbene il termine ricomprenda anche i "servizi".

²³ Per maggiori informazioni cfr. i paragrafi 128 e seguenti, parte 3, sezione I.

²⁴ Causa C-209/10, *Post Danmark*, non ancora pubblicata, punti 22, 23 e 24.

²⁵ Gli accordi verticali sono quelli stipulati tra imprese appartenenti a diversi livelli della catena di commercializzazione.

22. Le infrazioni degli articoli 101 e 102 TFUE possono implicare anche altri effetti dannosi come, ad esempio, un impatto negativo sulla qualità dei prodotti e l'innovazione. La presente Guida pratica si concentra sulle due tipologie principali di danno e sulle categorie di soggetti danneggiati²⁶ descritte al paragrafo 21. Le metodologie e le tecniche illustrate in questo documento potrebbero essere applicate anche nell'ambito delle azioni di risarcimento relative ad altri tipi di danno e altri soggetti danneggiati.
23. La parte 3 della Guida pratica tratta, nello specifico, la quantificazione del tipo di danno di cui al paragrafo 21, punto a). Questa parte comprende una descrizione dei principali effetti sul mercato dovuti agli aumenti di prezzo correlati a un'infrazione e illustra in che modo queste tipologie di danno (in particolare, il danno derivante dal pagamento di un sovrapprezzo e quello associato a un calo della domanda) possano essere quantificate.
24. La parte 4 della Guida pratica tratta, nello specifico, la quantificazione del tipo di danno di cui al paragrafo 21, punto b). Questa parte include una descrizione dei possibili effetti derivanti dall'esclusione dei concorrenti da un mercato e illustra, facendo ricorso ad alcuni esempi, in che modo queste tipologie di danno (nello specifico, il mancato guadagno del concorrente escluso e il danno alla clientela) possano essere quantificate.
25. Le principali metodologie e tecniche disponibili per quantificare il danno derivante dalle infrazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE sono comuni a tutti i tipi di danni causati da un'infrazione di questo tipo. La parte 2 della Guida pratica fornisce quindi una panoramica generale di queste tecniche e metodologie; fornisce inoltre ulteriori informazioni in merito ai principali presupposti su cui si basano tali metodi e illustra l'applicazione pratica.

²⁶ La presente Guida pratica non tratta nello specifico la situazione dei soggetti diversi da quelli indicati ai punti a) e b) del paragrafo 21, sebbene anche altre persone (come, ad esempio, i fornitori degli autori dell'infrazione o i clienti di concorrenti, che osservano la legge, degli autori dell'infrazione) possano venire danneggiate da infrazioni, con la conseguente applicazione di sovrapprezzi o l'esclusione di imprese concorrenti; cfr. anche la nota 107.

Parte 2 — Metodi e tecniche

I. PANORAMICA

26. Sono molti i metodi disponibili per creare uno scenario di non infrazione, al fine di quantificare il danno nelle azioni di risarcimento nei casi in materia di concorrenza.
27. I metodi più utilizzati dalle parti e dai giudici stimano cosa sarebbe accaduto in assenza dell'infrazione, esaminando i periodi antecedenti o successivi alla violazione o altri mercati non interessati dall'infrazione. In questi metodi comparativi, i dati (prezzi, volumi delle vendite, margini di profitto o altre variabili economiche) rilevati in periodi normali o su mercati non influenzati dalla condotta anticompetitiva, costituiscono un'indicazione dello scenario ipotetico in assenza dell'infrazione. A volte l'attuazione di questi metodi viene perfezionata utilizzando tecniche econometriche, che combinano la teoria economica con metodi statistici o quantitativi per individuare e misurare le relazioni economiche fra variabili. La sezione II di seguito riportata (paragrafi da 32a 95) contiene varie metodologie e tecniche comparative per attuare questi metodi.
28. La sezione III seguente (paragrafi da 96 a 121) si occupa invece di metodi che non si basano su un approccio comparativo. Uno di questi metodi ricorre a modelli economici adattati al mercato reale, in modo da simulare la situazione di mercato che si sarebbe riscontrata in assenza dell'infrazione. Questi modelli attingono alle teorie economiche per illustrare il probabile andamento di un mercato in base alle sue principali caratteristiche (ad esempio, numero di concorrenti, modalità di concorrenza, grado di differenziazione dei prodotti, barriere all'entrata). La gamma di metodologie comprende il metodo basato sui costi - che per stimare lo scenario ipotetico di non infrazione utilizza i costi di produzione per il prodotto in questione e un indicatore di un margine di profitto "ragionevole" – oppure approcci di tipo finanziario che utilizzano come punto di partenza i risultati finanziari dell'attore o del convenuto.
29. Ogni singola metodologia e tecnica presenta caratteristiche peculiari, punti di forza e di debolezza che possono renderla più o meno idonea a stimare il danno subito in presenza di determinate circostanze. In particolare, si differenziano per il grado con cui si fondano su dati risultanti da interazioni reali del mercato o su ipotesi basate su teorie economiche, nonché nella misura in cui controllano fattori diversi dall'infrazione che potrebbero aver inciso sulla posizione del ricorrente. Inoltre, le metodologie e le tecniche si differenziano nel grado di semplicità e nel tipo e nella quantità di dati richiesti.
30. Sebbene questi metodi cerchino di definire in che modo il mercato in questione si sarebbe sviluppato in assenza dell'infrazione, la valutazione del quantum dei danni per un determinato caso può essere ulteriormente supportata, in conformità con le norme giuridiche nazionali applicabili, da prove più dirette a disposizione delle parti e del giudice (ad esempio, documenti interni delle imprese autrici dell'infrazione su aumenti concordati dei prezzi)²⁷.

²⁷ Per un esempio di tale approccio, cfr. *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Corte d'appello di Karlsruhe), sentenza dell'11 giugno 2010, causa n. 6 U 118/05, dove, al fine di determinare il risarcimento del danno e conformemente alle norme giuridiche applicabili in materia di ripartizione dell'allegazione dei fatti e di istituzione di elementi di prova *prima facie*, sono stati utilizzati gli aumenti concordati dei prezzi delle imprese autrici dell'infrazione aderenti a un cartello. Questa parte della sentenza è stata

31. La sezione IV seguente illustra alcune considerazioni relative alla scelta del metodo, che dipenderà generalmente dalle caratteristiche specifiche del caso in questione e dai requisiti stabiliti dal diritto applicabile.

II. METODI COMPARATIVI

32. Per poter comprendere le modalità di funzionamento dei metodi comparativi, è utile analizzare una simulazione di un'azione di risarcimento del danno fondata su un ipotetico cartello attuato in violazione dell'articolo 101 TFUE²⁸.

Il cartello della farina

Si supponga che l'autorità nazionale garante della concorrenza abbia rilevato che tutte le società di macinazione di un determinato Stato membro hanno fissato tra loro i prezzi per la macinazione dei cereali e la produzione di farina.

Un panificio che ha regolarmente acquistato farina negli ultimi anni intenta una causa di risarcimento dei danni a carico di una delle società di macinazione. Il panificio sostiene che l'infrazione ha causato un aumento illecito dei prezzi della farina acquistata da tale società di macinazione e chiede pertanto un risarcimento per il sovrapprezzo corrisposto negli ultimi anni.

33. La questione principale in merito alla quantificazione del danno nell'esempio citato consiste nel determinare quale sarebbe stato il prezzo della farina che il panificio avrebbe corrisposto in assenza dell'infrazione. Utilizzando un metodo comparativo, si confronta il prezzo dello scenario di infrazione con quello di uno scenario di non infrazione definito sulla base dei dati sui prezzi osservati:
- sullo stesso mercato in un momento precedente e/o successivo all'infrazione (1); o
 - su un mercato geografico diverso, ma simile (2); o
 - su un mercato del prodotto diverso, ma simile (3).
- Inoltre, è possibile combinare un confronto temporale con un confronto tra mercati geografici o del prodotto diversi (4).
34. Nell'esempio del cartello della farina, l'applicazione dei metodi si concentra sui prezzi. Tuttavia, è possibile utilizzare questi metodi anche per stimare altre variabili economiche, come le quote di mercato, i margini di profitto, il tasso di rendimento del capitale, il valore dei beni oppure il livello di costi di un'impresa. Sono le circostanze specifiche del caso in questione a determinare quale variabile economica possa essere utilmente considerata per quantificare i danni.
35. I dati utilizzati per un confronto temporale o tra mercati possono riferirsi all'intero mercato (ad esempio, il prezzo medio della farina applicato a tutti i panifici operanti in un mercato geografico contiguo) o esclusivamente a determinati operatori del mercato (ad esempio, il prezzo della farina applicato a determinati gruppi di clientela, come i grossisti operanti in un mercato contiguo).
36. Specialmente nei casi relativi a pratiche di esclusione, potrebbe rivelarsi utile confrontare i dati relativi a un solo operatore del mercato. Un esempio di un

confermata in appello dal *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia della Germania), sentenza del 28 giugno 2011, causa n. KZR 75/10.

²⁸

Questo esempio viene ulteriormente trattato al paragrafo 147.

confronto di questo tipo tra singole società (ad esempio, il soggetto danneggiato e un'azienda di confronto sufficientemente simile) potrebbe essere quello tra gli utili realizzati da una società che cerca di inserirsi su un nuovo mercato dove ha dovuto fronteggiare pratiche di esclusione in violazione delle norme UE sulla concorrenza, e gli utili che un nuovo partecipante dalle caratteristiche simili ha realizzato su un mercato geografico diverso, seppur analogo, senza aver subito pratiche anticoncorrenziali. Le sezioni dal paragrafo A, punto 1 al paragrafo A, punto 4 analizzano il confronto con i dati di mercato aggregati e i dati a livello aziendale²⁹.

37. Il punto di forza di tutti i metodi comparativi risiede nel fatto che questi utilizzano dati reali rilevati sullo stesso mercato o su un mercato simile³⁰. I metodi comparativi partono dal presupposto che lo scenario di confronto possa considerarsi rappresentativo del presumibile scenario di non infrazione e che la differenza tra i dati risultanti dall'infrazione e quelli scelti come base di comparazione sia dovuta alla violazione. Importanti caratteristiche che possono svolgere un ruolo nel soppesare se due mercati sono sufficientemente simili sono il grado di concorrenza e di concentrazione su tali mercati, i costi e le peculiarità della domanda e le barriere all'entrata. Spetta ai sistemi giuridici nazionali determinare se il livello di somiglianza tra i mercati colpiti dall'infrazione e i mercati di confronto, o i periodi di tempo, sia considerato sufficiente per formulare un raffronto³¹. Laddove sussistano differenze consistenti tra i periodi di tempo o i mercati considerati, esistono varie tecniche per tenere conto di tali divergenze³².

A. Metodi per la determinazione di uno scenario di non infrazione

(1) Confronto temporale sullo stesso mercato

38. Un metodo spesso utilizzato consiste nel confrontare la situazione reale nel periodo in cui l'infrazione ha prodotto i suoi effetti con la situazione nello stesso mercato prima o dopo il verificarsi degli effetti³³. Ad esempio, nel caso in cui un'impresa abbia abusato della propria posizione dominante escludendo un concorrente dal mercato nel 2004 e nel 2005, il metodo potrebbe analizzare gli utili del concorrente nel periodo dell'infrazione e quelli realizzati nel 2002 e nel 2003, ossia in assenza di

²⁹ Il confronto con i dati aziendali di un'altra società potrebbe essere elaborato, in via teorica, non solo per le società che operano in *un altro* mercato geografico o del prodotto, come riportato sotto, alle sezioni 2-4, ma anche per i dati delle società operanti nello *stesso* mercato geografico e del prodotto del soggetto danneggiato. In pratica, questi confronti intra-mercato non rivestono un ruolo determinante, forse perché può rivelarsi difficile, all'interno dello stesso mercato, trovare un'altra società sufficientemente simile che non sia stata interessata dall'infrazione. Pertanto, le sezioni seguenti non analizzeranno ulteriormente questi confronti intra-mercato.

³⁰ Questo aspetto è evidenziato, ad esempio, dal *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia della Germania), sentenza del 19 giugno 2007, causa n. KRB 12/07 (*Cartello sulla vendita all'ingrosso di carta*).

³¹ Per maggiori informazioni cfr. il paragrafo 94. Per un esempio delle questioni che possono sorgere nel valutare la comparabilità dei dati si veda ad es.: *Tribunal administratif de Paris* (Tribunale amministrativo di Parigi), sentenza del 27 marzo 2009 (*SNCF/Bouygues*).

³² Per maggiori informazioni cfr. sotto, i paragrafi 59-95 alla sezione B.

³³ Cfr., a titolo esemplificativo, Corte d'Appello di Milano, sentenza dell'11 luglio 2003, (*Bluvacanze*) e Corte d'Appello di Milano, sentenza del 3 febbraio 2000, causa n. I, 308 (*Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*) (in entrambe le cause, confronto "prima, durante e dopo"); *Landgericht Dortmund* (Tribunale di prima istanza di Dortmund), sentenza del 1° aprile 2004, causa n. 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*) (confronto "durante e dopo"); *Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz* (Tribunale civile di Graz), sentenza del 17 agosto 2007, causa n. 17 R 91/07 p (*Scuola guida*) (accettazione di un confronto "durante e dopo").

tale infrazione³⁴. Un altro esempio potrebbe essere quello di un cartello in materia di fissazione dei prezzi (come l'esempio della farina citato in precedenza) messo in atto dal 2005 al 2007: il metodo potrebbe confrontare il prezzo corrisposto dai clienti del cartello durante il periodo di infrazione con il prezzo pagato dai clienti nel periodo successivo all'infrazione, ossia nel 2008 e nel 2009³⁵.

39. Sono tre, in linea di principio, gli elementi di riferimento che possono essere utilizzati per il confronto temporale³⁶:
- un periodo di pre-infrazione, non influenzato dalla violazione (confronto "prima e durante" - nell'esempio del cartello della farina, confronto tra i prezzi corrisposti per la farina nello stesso mercato prima che l'infrazione produca i suoi effetti, e quelli interessati dall'infrazione);
 - un periodo di post-infrazione, non influenzato dalla violazione (confronto "durante e dopo" - nell'esempio del cartello della farina, confronto tra i prezzi interessati dall'infrazione e quelli corrisposti sullo stesso mercato dopo la fine dell'infrazione); e
 - sia un periodo pre-infrazione sia uno post-infrazione, entrambi non interessati dalla violazione (confronto "prima, durante e dopo").
40. Per scegliere consapevolmente il periodo di riferimento e il tipo di dati è generalmente necessario conoscere bene il settore industriale in questione e occorre prendere la specifica fattispecie come punto di partenza. La scelta sarà inoltre influenzata dalla disponibilità dei dati e da quanto prescrivono le norme applicabili in merito al livello e all'onere della prova.
41. Un vantaggio dei metodi che confrontano nel tempo i dati provenienti dallo *stesso* mercato geografico e del prodotto consiste nel fatto che le caratteristiche del mercato, quali il livello di concorrenza, la struttura del mercato, i costi e le peculiarità della domanda, possono essere ritenute maggiormente comparabili rispetto al caso di un raffronto basato su mercati geografici o del prodotto diversi.
42. Tuttavia, anche nel caso dei confronti temporali può accadere che alcune differenze tra le due serie di dati non siano dovute esclusivamente all'infrazione. In questi casi, potrebbe rivelarsi opportuno apportare delle modifiche ai dati rilevati nel periodo di comparazione, in modo tale da tenere conto di altre differenze rilevate nel confronto con il periodo dell'infrazione³⁷ o scegliere un periodo o un mercato di confronto diverso. Ad esempio, nel caso di un'infrazione di lunga durata, l'ipotesi che i prezzi di dieci anni fa sarebbero rimasti invariati nel tempo in assenza dell'infrazione è probabilmente esagerata e potrebbe spingere, ad esempio, a elaborare un confronto con il periodo pre-infrazione e quello post-infrazione. Nei casi di periodi di infrazione prolungati, potrebbe essere opportuno analizzare questioni pratiche di comparabilità dei dati, risultanti da eventuali variazioni nel modo in cui i dati sono stati registrati dalle società (ad esempio, modifiche nelle pratiche contabili o nei software di elaborazione dei dati).

³⁴ Per ulteriori esempi in merito all'applicazione del metodo nei casi di pratiche di esclusione, cfr. sotto, parte 4.

³⁵ Per ulteriori esempi in merito all'applicazione del metodo nei casi di infrazione con conseguente sovrapprezzo, cfr. sotto, parte 3.

³⁶ Il metodo del confronto temporale viene chiamato anche "metodo prima-dopo" o "metodo del riferimento" ("*benchmark method*").

³⁷ In relazione a tali modifiche e, nello specifico, alla possibilità di applicare l'analisi di regressione, cfr. sotto, paragrafi 59-95 alla sezione B.

43. Se i dati sono disponibili, la scelta tra un confronto "prima e durante", "durante e dopo" o "prima, durante e dopo" può essere influenzata da una serie di fattori. È piuttosto difficile trovare un periodo di riferimento in cui le circostanze del mercato rispecchino esattamente ciò che sarebbe accaduto nel periodo di infrazione nel caso in cui quest'ultima non si fosse verificata. Pertanto, è possibile solo individuare un periodo di tempo sufficientemente simile, che consenta di effettuare una stima ragionevole di un probabile scenario di non infrazione. I fattori da considerare in questo contesto possono includere l'incertezza su quali periodi di tempo non siano stati effettivamente interessati dall'infrazione. Alcune infrazioni iniziano, o finiscono, gradualmente, e spesso sussistono dei dubbi in merito all'inizio esatto di un'infrazione e, in particolare, ai suoi effetti. In effetti, le decisioni delle autorità garanti della concorrenza fanno regolarmente riferimento a prove indicanti che l'infrazione potrebbe aver avuto inizio prima del periodo definito come il "periodo di infrazione" ai fini della decisione³⁸. Le analisi econometriche dei dati osservati possono rappresentare un modo per individuare il momento in cui gli effetti dell'infrazione hanno avuto inizio o sono cessati.
44. La fine di un'infrazione e dei suoi effetti è forse più facile da individuare del suo inizio, ma anche in questo caso può essere difficile determinare con certezza se il periodo immediatamente successivo al termine dell'infrazione sia stato o meno interessato dalla condotta anticoncorrenziale³⁹. Ad esempio, nel caso in cui le condizioni di mercato tardino ad attestarsi nuovamente a un livello di non infrazione, l'utilizzo di dati relativi al periodo immediatamente successivo all'infrazione potrebbe portare a sottostimare gli effetti della stessa. Può accadere anche che, per un breve periodo successivo alla fine di un cartello, i prezzi siano particolarmente bassi, dal momento che le società potrebbero temporaneamente adottare strategie tariffarie aggressive fino al raggiungimento dell'equilibrio "normale", ossia di non infrazione, sul mercato.
45. Un'altra questione potrebbe sorgere specificamente nei mercati oligopolistici: i partecipanti a un cartello, infatti, possono sfruttare le conoscenze acquisite tramite il funzionamento di quest'ultimo per coordinare i propri comportamenti in una fase successiva, senza violare l'articolo 101. In una situazione di questo tipo, è possibile che i prezzi post-infrazione siano tendenzialmente più alti rispetto a una situazione senza infrazione, e possono servire solo a formulare una stima minima del danno subito. Il periodo pre-infrazione potrebbe rappresentare un punto di riferimento più idoneo nei casi in cui le caratteristiche peculiari del mercato siano mutate radicalmente verso la fine del periodo di infrazione a causa di fattori esogeni (ad esempio, un brusco aumento dei costi delle materie prime o un incremento nella domanda del prodotto)⁴⁰.

³⁸ Può accadere che l'autorità per la concorrenza limiti l'accertamento di un'infrazione a un determinato periodo, sebbene l'infrazione possa essersi protratta più a lungo.

³⁹ Per un esempio in cui un giudice nazionale ha stabilito che i prezzi imposti nei cinque mesi successivi all'infrazione conclusa erano ancora influenzati dal cartello, cfr. la sentenza dell'*Oberlandesgericht Karlsruhe* (Corte d'appello di Karlsruhe) dell'11 giugno 2010 nella causa n. 6 U 118/05.

⁴⁰ Per il breve periodo di infrazione successivo a una variazione di questo tipo, i dati post-infrazione possono costituire la base comparativa più idonea, dal momento che potrebbero riflettere meglio le caratteristiche del mercato dopo il cambiamento. Tuttavia, se la variazione delle caratteristiche del mercato è stata causata dall'infrazione stessa (ad esempio qualora, a causa della preclusione anticoncorrenziale, gran parte della concorrenza sia uscita dal mercato), il periodo post-infrazione non costituisce certo una base comparativa idonea per stimare la situazione che sarebbe venuta a crearsi in assenza dell'infrazione.

46. Tuttavia, anche laddove sussistano dei dubbi in merito all'esistenza o meno dell'infrazione in un determinato periodo antecedente o successivo all'infrazione stessa, tale periodo potrebbe, in linea di principio, essere ugualmente utilizzato come periodo di riferimento, allo scopo di ottenere una stima certa del danno che sarebbe stato subito ("stima minima" o "danno minimo")⁴¹.
47. In alcune circostanze, lo scenario di non infrazione potrebbe essere adeguatamente stimato in base a due periodi di riferimento (prima e dopo l'infrazione) utilizzando, ad esempio, la media di questi periodi oppure altre tecniche, allo scopo di riprodurre una linea di tendenza nello sviluppo delle circostanze di mercato durante l'infrazione⁴². I dati pre-infrazione potrebbero essere utilizzati anche come periodo di riferimento fino a un determinato momento dell'infrazione, quando si verifica una modifica sostanziale delle circostanze di mercato; i dati post-infrazione potrebbero essere impiegati invece come periodo di riferimento per il lasso di tempo successivo.
48. Anche la scelta dei dati può contribuire a creare una base di confronto sufficientemente omogenea: possono esserci situazioni in cui i dati aggregati, come i prezzi medi industriali (o le medie per determinati gruppi di aziende), sono sufficientemente rappresentativi⁴³, mentre in altre situazioni sarebbe più idoneo ricorrere esclusivamente ai dati di operazioni pre- o post-infrazione della società danneggiata o a dati medi relativi a società analoghe. Ad esempio, nel caso in cui il soggetto danneggiato appartenga a un gruppo specifico di operatori del mercato, come i clienti grossisti (in contrapposizione ai clienti finali), i prezzi pre- o post-infrazione applicati ai clienti grossisti potrebbero rappresentare un punto di riferimento adeguato.

(2) Confronto con i dati provenienti da altri mercati geografici

49. Un altro metodo comparativo consiste nell'analizzare i dati rilevati su un mercato geografico diverso⁴⁴ allo scopo di stimare uno scenario di non infrazione⁴⁵. Può trattarsi di dati osservati nell'ambito dell'intero mercato geografico di confronto oppure di dati rilevati esclusivamente in relazione a determinati operatori del mercato. Nell'esempio del cartello della farina illustrato al paragrafo 0, i prezzi

⁴¹ Nel caso in cui, durante l'infrazione, eventuali fattori esogeni portino a un abbassamento dei prezzi (ad esempio, un forte calo nei costi dei fattori di produzione dell'autore dell'infrazione), l'inferenza relativa a un limite inferiore potrebbe essere respinta.

⁴² Ad esempio, l'interpolazione o l'analisi di regressione. Per l'attuazione di metodi comparativi nel caso di queste tecniche diverse, cfr. sotto, i paragrafi 59-95 alla sezione B.

⁴³ Per ulteriori informazioni in merito all'uso delle medie nell'attuazione dei metodi comparativi, cfr. sotto, paragrafo 70, parte 2, sezione II.

⁴⁴ Per i concetti di mercato (geografico e del prodotto) rilevante, cfr. la comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5).

⁴⁵ Questo metodo viene chiamato anche "metodo yardstick" o "metodo trasversale". Questi termini vengono utilizzati inoltre per indicare il metodo comparativo che analizza i dati rilevati su mercati del prodotto diversi, ma simili; cfr. i paragrafi 54-55 alla sezione 3 seguente.

Per alcuni esempi relativi all'uso del metodo comparativo nell'analisi di mercati geografici diversi, cfr., ad esempio, *Cour d'Appel de Paris* (Corte d'appello di Parigi), sentenza del 23 giugno 2003 (*Lescarcelle-De Memoris/OGF*); *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Tribunale commerciale di Madrid), sentenza dell'11 novembre 2005, causa n. 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A./Telefónica de España S.A.*), confermata dall'*Audiencia Provincial de Madrid* (Corte d'appello di Madrid), sentenza del 25 maggio 2006, causa n. 73/2006; *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia della Germania), sentenza del 19 giugno 2007, causa n. KBR 12/07 (*Cartello sulla vendita all'ingrosso di carta*), (nell'ambito della valutazione dei guadagni illeciti dei partecipanti al cartello ai fini del calcolo dell'ammenda).

corrisposti dal panificio ricorrente durante il periodo di infrazione potrebbero essere confrontati con i prezzi corrisposti in media da panifici simili, all'interno di un mercato geografico diverso e non interessato dall'infrazione. Lo stesso tipo di confronto può essere effettuato anche per altre variabili economiche, come le quote di mercato, i margini di profitto, il tasso di rendimento del capitale, il valore dei beni oppure il livello di costi di un'impresa. Nei casi di comportamento discriminatorio sarà particolarmente importante effettuare un confronto con i risultati commerciali delle aziende attive su un altro mercato geografico non interessato dall'infrazione⁴⁶.

50. Più un mercato geografico è simile al mercato interessato dall'infrazione (fatta eccezione per gli effetti della violazione), maggiore è la probabilità che possa fungere da mercato di confronto. Ciò significa che i prodotti commercializzati nei due mercati geografici messi a confronto dovrebbero essere gli stessi o, perlomeno, sufficientemente simili. Anche le caratteristiche concorrenziali del mercato geografico di confronto dovrebbero essere simili a quelle del mercato interessato, ad eccezione dell'infrazione. Potrebbe trattarsi dunque di un mercato non perfettamente concorrenziale.
51. In pratica, il metodo di ricorrere a mercati geografici di confronto per ottenere uno scenario di non infrazione viene generalmente utilizzato quando l'infrazione riguarda mercati geografici d'ambito locale, regionale o nazionale⁴⁷. Nel caso in cui il mercato dell'infrazione e il mercato geografico di confronto siano contigui (possibilmente all'interno di un paese), ci può essere una maggiore probabilità che siano sufficientemente simili per effettuare un raffronto⁴⁸.
52. Non tutti gli aspetti del mercato di confronto devono presentare un grado sufficiente di somiglianza. Ad esempio, nel caso in cui i prezzi corrisposti da un gruppo di clienti (ad esempio, grossisti) o gli utili conseguiti da una società concorrente (ad esempio, un nuovo operatore) nel mercato di confronto vengano utilizzati come base di comparazione, è importante che la posizione di mercato del gruppo di clienti o del concorrente sia sufficientemente simile a quella del soggetto danneggiato sul mercato interessato dall'infrazione.
53. La scelta di un mercato geografico di confronto potrebbe essere influenzata anche dalle incertezze in merito all'ambito geografico di un'infrazione. I mercati geografici su cui si è verificata la stessa infrazione, o un'infrazione simile, non sono generalmente adatti a essere utilizzati come mercati di confronto. Anche i mercati contigui su cui non si sono verificate infrazioni simili potrebbero essere stati influenzati dalle pratiche anticoncorrenziali verificatesi sul mercato dell'infrazione (ad esempio, dal momento che i prezzi sul mercato contiguo sono stati alzati in considerazione dei prezzi più elevati sul mercato dell'infrazione e della minore pressione concorrenziale proveniente da tale mercato). Dal confronto con questi

⁴⁶ In teoria, l'azienda di confronto potrebbe essere anche un'impresa operante sul mercato dell'infrazione, a condizione che i suoi risultati non siano stati influenzati in maniera significativa dal comportamento discriminatorio. Anche se l'azienda di confronto non è stata interessata direttamente dall'infrazione, potrebbe aver subito un coinvolgimento indiretto, ad esempio guadagnando quote di mercato da un concorrente escluso. Il rischio di essere interessato, direttamente o indirettamente, dall'infrazione è minore se il confronto viene effettuato con un'azienda simile operante su un altro mercato geografico. Tra le caratteristiche che potrebbero rivelarsi salienti nell'analisi del grado sufficiente di somiglianza delle aziende rientrano la loro dimensione, la struttura dei costi, la clientela e le peculiarità del prodotto commercializzato.

⁴⁷ Tuttavia, potrebbe essere utilizzato anche nel caso in cui il mercato rilevante sia più ampio di quello nazionale, a condizione che possa essere individuato un mercato di confronto sufficientemente simile.

⁴⁸ Cfr. anche sotto, paragrafo 53.

mercati non emergerà la piena entità del danno subito; tuttavia, ciò potrebbe costituire una base utile al fine di definire una stima minima del danno causato sul mercato dell'infrazione. Ciò significa che un soggetto coinvolto in un'azione per il risarcimento dei danni potrebbe, in teoria, scegliere tranquillamente di optare per il confronto con un mercato geografico influenzato dalla stessa infrazione, o da un'infrazione simile, specialmente nel caso in cui si presume che tale influenza sia stata piuttosto limitata.

(3) Confronto con i dati provenienti da altri mercati del prodotto

54. Un approccio analogo al confronto tra mercati geografici è quello di analizzare un mercato del prodotto diverso⁴⁹, ma con caratteristiche simili⁵⁰. Ad esempio, nel caso di un comportamento discriminatorio che preclude parzialmente a una società di vendere un determinato prodotto, il margine di profitto conseguito dalla società nel mercato dell'infrazione potrebbe essere confrontato con il margine di profitto per un altro prodotto commercializzato (dalla stessa società o da un'impresa simile) su un mercato del prodotto distinto, ma simile.

55. Le considerazioni esposte nel contesto dei mercati geografici di confronto potrebbero essere applicate, *mutatis mutandis*, anche alla scelta di un mercato del prodotto di confronto e faranno spesso riferimento al grado di somiglianza tra i due mercati del prodotto. Nello specifico, il prodotto di confronto dovrebbe essere scelto con attenzione, considerando la natura intrinseca dei prodotti raffrontati, il modo in cui vengono commercializzati e le caratteristiche del mercato, ad esempio in termini di numero di concorrenti, di struttura dei costi e del potere d'acquisto della clientela⁵¹. Possono rivestire un ruolo chiave anche le incertezze in merito al fatto se un potenziale mercato di confronto del prodotto sia stato interessato dall'infrazione o da una violazione simile dell'articolo 101 o 102 TFUE.

(4) Combinazione fra confronti temporali e tra mercati

56. Nel caso in cui i dati disponibili siano sufficienti, è possibile combinare i confronti temporali e quelli tra mercati. Questo approccio viene a volte chiamato il metodo della "differenza nelle differenze", in quanto analizza lo sviluppo della variabile economica rilevante (ad esempio, il prezzo della farina) sul mercato dell'infrazione in un determinato periodo (differenza temporale sul mercato dell'infrazione) e lo raffronta con lo sviluppo di questa variabile nello stesso arco di tempo, su un mercato di confronto non interessato dall'infrazione (differenza temporale sul mercato di non infrazione)⁵². Dal confronto scaturisce la diversità tra queste due differenze nel tempo. In questo modo si ottiene una stima del mutamento della variabile generato dall'infrazione e vengono esclusi tutti quei fattori che influivano allo stesso modo sia sul mercato dell'infrazione, sia su quello di confronto. Il metodo rappresenta quindi un modo per isolare gli effetti dell'infrazione da altri influssi sulla variabile rilevante comune a entrambi i mercati.

⁴⁹ Per i concetti di mercato (geografico e del prodotto) rilevante, cfr. la comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5).

⁵⁰ Questo metodo viene a volte chiamato anche "metodo yardstick" o "metodo trasversale" (come il metodo comparativo che analizza mercati geografici diversi).

⁵¹ La probabilità che le caratteristiche del mercato siano più simili è maggiore se i due prodotti oggetto del confronto sono commercializzati nello stesso mercato geografico. Tuttavia, le circostanze possono essere sufficientemente simili anche laddove vengano confrontati gli stessi prodotti, o prodotti simili, provenienti da mercati geografici diversi.

⁵² Può trattarsi di un mercato di confronto geografico o del prodotto.

57. Per illustrare il metodo, può essere utile considerare un esempio tratto dal cartello della farina analizzato sopra: supponiamo che, da un confronto “prima, durante e dopo” emerga un aumento del prezzo di 40 EUR per sacco da 100 kg di farina nello Stato membro in cui il cartello è stato attuato tra il 2005 e il 2008. Analizzando, nello stesso arco temporale, un mercato geografico non coinvolto potremmo probabilmente osservare che i prezzi della farina sono aumentati di 10 EUR per sacco da 100 kg a causa dei maggiori costi per fattore produttivo (i cereali). Ipotizzando che i maggiori costi dei fattori di produzione abbiano interessato anche il mercato dell’infrazione, un confronto relativo al diverso andamento dei prezzi sul mercato dell’infrazione e su quello di confronto mostrerebbe la differenza di prezzo generata dal cartello della farina. Nell’esempio, tale differenza ammonterebbe a 30 EUR per unità.
58. Il punto di forza del metodo della "differenza nelle differenze" consiste quindi nel fatto che è in grado di scorporare le variazioni, non correlate all’infrazione, che si sono verificate nello stesso periodo di tempo dell’infrazione⁵³. Tuttavia, si fonda in gran parte sull’ipotesi che queste variazioni abbiano interessato in maniera simile entrambi i mercati⁵⁴. Anche le considerazioni relative all’applicazione dei metodi del confronto temporale e tra mercati (in particolare, la necessità di un grado di somiglianza sufficiente fra i mercati in questione) rivestono un ruolo importante nel caso del metodo della "differenza nelle differenze". Da un punto di vista pratico, questo metodo richiede generalmente una serie di dati provenienti da diversi mercati e periodi, che non è sempre facile da ottenere. Tuttavia, è possibile elaborare stime minime o approssimative anche avendo a disposizione quantità inferiori di dati⁵⁵.
- B. Attuazione pratica del metodo: tecniche per stimare il prezzo o altre variabili economiche nello scenario di non infrazione**
59. Una volta scelto un metodo comparativo adatto per definire uno scenario di non infrazione, sono tante le tecniche disponibili per applicarlo. Queste tecniche differiscono principalmente nel grado con cui si basano su dati singoli o medi (ad esempio, rilevazioni dei prezzi) e nella misura in cui i dati rilevati nel mercato⁵⁶ o nel periodo di confronto sono soggetti a ulteriori rettifiche. Di conseguenza, queste tecniche si differenziano nella quantità di dati che necessitano per poter essere applicate.
60. Una possibile applicazione dei metodi comparativi prevede l’impiego diretto di dati comparativi così come sono stati osservati e la stima, su tale base, di un valore per la variabile economica in esame nello scenario di non infrazione (ad esempio, nel caso summenzionato, il prezzo della farina). Laddove siano disponibili più rilevazioni di

⁵³ Rispetto a un semplice confronto tra mercati, il metodo della “differenza nelle differenze” offre anche il vantaggio di eliminare le differenze fisse tra mercati (come le differenze dovute a costi dei fattori di produzione costantemente inferiori in uno dei mercati).

⁵⁴ Se, ad esempio, gli aumenti di prezzo non correlati all’infrazione fossero maggiori nel mercato interessato dall’infrazione rispetto al mercato di confronto durante l’infrazione, l’applicazione del metodo della “differenza nelle differenze”, utilizzando semplici valori medi, andrebbe a sovrastimare l’entità dei danni. Un’applicazione di tipo econometrico della tecnica della “differenza nelle differenze” potrebbe aiutare a controllare questi fattori.

⁵⁵ Per un esempio di un giudice nazionale che ha definito un limite minimo nella stima del quantum dei danni (seppur non utilizzando il metodo della “differenza nelle differenze”, bensì il metodo del confronto temporale), cfr. *Kammergericht Berlin* (Corte d’appello di Berlino), sentenza del 1° ottobre 2009, causa n. 2 U 10/03 Kart.

⁵⁶ Come indicato al paragrafo 35 precedente, i dati utilizzati in un confronto tra mercati o temporale possono riferirsi all’intero mercato oppure solo a determinati operatori dello stesso.

dati (ad esempio, il prezzo della farina in una serie di transazioni su un mercato geografico di confronto), queste possono essere combinate calcolandone i valori medi e trasformandoli in uno o più valori per lo scenario di non infrazione. Questi valori medi per gli scenari di non infrazione potrebbero poi essere confrontati con i valori medi effettivamente rilevati durante l'infrazione, come ad esempio i prezzi realmente corrisposti per la farina (cfr., nel dettaglio, la sezione 1 seguente).

61. Laddove determinati fattori (come un aumento dei prezzi delle materie prime) abbiano influenzato esclusivamente l'elemento di comparazione oppure il mercato o il periodo di infrazione, è necessario considerare (in base al livello di prova richiesto e alle norme applicabili in materia di causalità) se apportare modifiche ai dati rilevati in modo da tenere conto di tali influssi. Queste modifiche potrebbero consistere in semplici correzioni dei dati nei casi in cui sia piuttosto facile determinare e considerare l'influsso e la portata degli effetti (cfr. sezione 1 seguente). Applicando tecniche econometriche è possibile adeguare in modo più sofisticato i dati comparabili rilevati, in particolare attraverso l'uso dell'analisi di regressione, descritta alla sezione 2 seguente. Il diritto applicabile stabilisce se sia onere del convenuto o dell'attore addurre, avvalorare e comprovare tali modifiche⁵⁷.
62. La scelta tra le varie tecniche dipende dalle circostanze specifiche del caso e dalle norme giuridiche applicabili, tenendo inoltre in considerazione i vantaggi e gli svantaggi di queste tecniche, ad esempio in termini di accuratezza, precisione e dati richiesti (cfr. sotto, sezione 3).
- (1) Tecniche semplici: rilevazioni singole dei dati, medie, interpolazioni e semplici correzioni**
63. A seconda di quanto stabilisce il diritto nazionale applicabile e delle circostanze del caso (in particolare, il grado di somiglianza tra il mercato dell'infrazione e il mercato o il periodo di confronto), i dati rilevati possono essere confrontati direttamente con quelli osservati sul mercato dell'infrazione, senza cioè dover apportare ulteriori correzioni⁵⁸.
64. I dati rilevati per la variabile di interesse (ad esempio, nel caso del cartello della farina, il prezzo della farina) nei mercati o nei periodi di confronto possono ammontare a una o poche rilevazioni (ad esempio, il prezzo osservato in un numero limitato di operazioni) oppure a numerose osservazioni. Nei mercati basati sull'aggiudicazione degli appalti, ad esempio, le aste possono essere estremamente rare e al momento di stimare i danni, potrebbe essere disponibile soltanto il prezzo rilevato nell'offerta d'appalto successiva all'infrazione. Una situazione simile potrebbe verificarsi nei settori industriali che ricorrono generalmente a contratti a lungo termine. Può rivelarsi opportuno elaborare stime dei danni basate su singole rilevazioni di dati laddove queste ultime siano sufficientemente rappresentative del periodo in esame.
65. Nei casi in cui l'analisi dei mercati o dei periodi di confronto generi un gran numero di rilevazioni (ad esempio, i prezzi corrisposti dal soggetto danneggiato in una serie di operazioni post-infrazione, oppure i prezzi pagati da diversi clienti in un altro

⁵⁷ Per un esempio relativo alla ripartizione degli obblighi di allegazione dei fatti nella quantificazione del danno, cfr. *Kammergericht Berlin* (Corte d'appello di Berlino), sentenza del 1° ottobre 2009, causa n. 2 U 10/03 Kart.

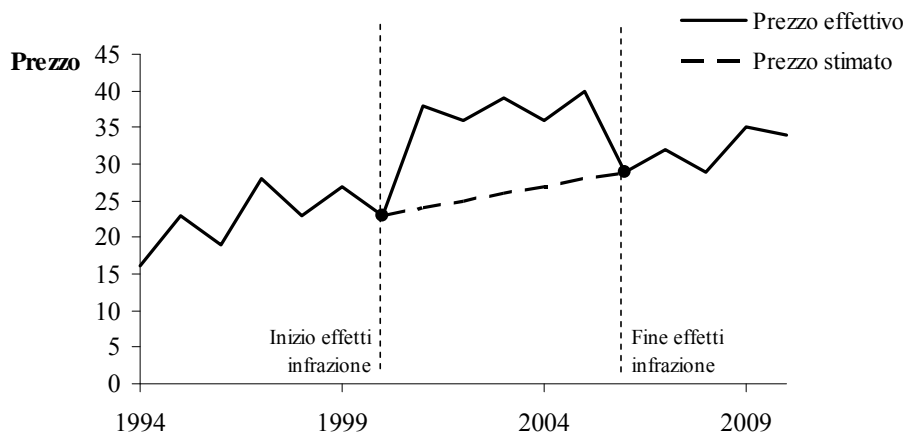
⁵⁸ Ad esempio, il confronto temporale può basarsi sulla semplice analisi dei prezzi prima e durante l'infrazione; per un esempio delle implicazioni giuridiche di tale metodo, cfr. Corte Suprema di Cassazione (Italia), sentenza del 2 febbraio 2007, causa n. 2305 (*Fondiarria SAI SpA/Nigriello*).

mercato geografico), queste possono essere impiegate singolarmente o sotto forma di valori medi⁵⁹.

66. È appropriato ricorrere a diverse forme di media o ad altre tipologie di aggregazione dei dati a condizione che il confronto avvenga tra elementi paragonabili. Ad esempio, nel caso in cui un grossista chieda il risarcimento dei danni per aver acquistato, nei mesi di gennaio, maggio, luglio e ottobre 2009, un prodotto dai partecipanti a un cartello, e qualora il metodo prescelto sia quello del confronto con un altro mercato geografico, i prezzi medi mensili corrisposti in questo mercato dallo *stesso tipo di cliente* (grossista) negli *stessi mesi* potrebbero rappresentare il punto di riferimento adeguato (ossia il confronto fra i dati di gennaio con quelli di gennaio, i dati di maggio con quelli di maggio, e così via). Ad esempio, confrontare i dati relativi agli stessi mesi consentirà di tenere conto delle differenze stagionali nell'arco di un anno e di rendere più affidabile il raffronto. Tuttavia, in presenza di variazioni di prezzo mensili esigue, il prezzo medio sul mercato di confronto per l'intero 2009 potrebbe rappresentare un indicatore adeguato. Può anche accadere che i dati annuali o altri dati medi (ad esempio, i dati industriali aggregati) siano le uniche informazioni disponibili. Gli ordinamenti giuridici degli Stati membri potrebbero consentire alle parti di basarsi in generale su dati medi, garantendo al tempo stesso al convenuto l'opportunità di dimostrare l'esistenza di differenze significative; inoltre, possono richiedere il ricorso a dati più disaggregati, ove disponibili.
67. Un'altra tecnica semplice per ottenere un valore di confronto partendo da una serie di rilevazioni è l'interpolazione lineare. Laddove un confronto temporale abbia generato alcune serie di prezzi relative a prima e dopo l'infrazione, il prezzo "di non infrazione", o "controfattuale", nel corso del periodo d'infrazione può essere stimato tracciando una linea tra il prezzo pre-infrazione e quello post-infrazione, come illustrato nella figura seguente. Partendo da questa linea è possibile individuare un valore di confronto per ciascun momento rilevante nel corso del periodo di infrazione. Rispetto al calcolo di un singolo valore medio per il prezzo durante l'intero periodo di infrazione, l'interpolazione consente, in una certa misura, di tenere conto delle tendenze nelle evoluzioni temporali dei prezzi che non sono dovute all'infrazione. L'analisi dei dati comparabili sulla linea interpolata fornirà dunque risultati più accurati rispetto all'utilizzo di un valore medio per il periodo, ad esempio nei casi in cui vengano richiesti danni risultanti da operazioni (o da altri eventi) che si sono verificate solo verso l'inizio o la fine del periodo di infrazione⁶⁰. Il grafico seguente fornisce un semplice esempio di interpolazione lineare (la linea tratteggiata indica il prezzo interpolato di non infrazione, mentre quella intera i prezzi realmente riscontrati):

⁵⁹ Ai fini della presente Guida pratica, il termine "media" fa riferimento alla media calcolata dividendo la somma delle rilevazioni per il numero delle stesse. Tuttavia, possono verificarsi delle situazioni in cui potrebbe essere consigliabile utilizzare altre statistiche descrittive (ad esempio, la mediana o la moda). Ad esempio, in un mercato composto da 25 società, in cui 21 fissano un prezzo di 50 EUR e quattro un prezzo di 75 EUR, il prezzo modale di 50 EUR (ossia quello maggiormente osservato nel campione) potrebbe essere la rappresentazione più significativa del prezzo di mercato rispetto alla media di 54 EUR (in questo esempio, il prezzo modale è uguale al prezzo mediano, ossia il prezzo imposto dalla società di medio livello).

⁶⁰ L'interpolazione presenta dei vantaggi rispetto all'impiego di valori medi, anche laddove il numero di operazioni (o di altri eventi) sia distribuito in maniera non uniforme nel corso del periodo di infrazione.



L'estrapolazione lineare funziona in maniera analoga all'interpolazione, ad eccezione del fatto che la linea si protrae esclusivamente dai dati di pre-infrazione oppure solo da quelli post-infrazione⁶¹.

68. Possono esserci situazioni in cui è piuttosto semplice individuare un fattore di differenziazione tra un mercato (o periodo) di infrazione e un mercato (o periodo) di confronto, nonché apportare le modifiche necessarie al valore dei dati comparativi osservati. Ad esempio, alcuni effetti stagionali che si verificano su un mercato, o gli effetti derivanti da cambiamenti dei prezzi dei fattori di produzione o dei tassi di cambio, potrebbero presentare una struttura e una portata che, in alcuni casi, possono essere facilmente individuate analizzando i documenti aziendali interni di un soggetto o altre fonti, come le relazioni degli esperti. In questi casi, ad esempio, la linea retta ottenuta con una semplice interpolazione lineare dovrebbe essere corretta in modo tale da riflettere queste strutture⁶².

(2) Analisi di regressione

a. Nozione e scopo dell'analisi di regressione

69. L'analisi di regressione è una tecnica statistica che aiuta a studiare gli schemi nel rapporto tra variabili economiche e per calcolare in che misura una certa variabile di interesse⁶³ (nell'esempio del cartello summenzionato, il prezzo della farina⁶⁴) è influenzata sia dall'infrazione che da altre variabili non alterate dall'infrazione⁶⁵ (ad esempio, costi delle materie prime, variazioni nella domanda della clientela,

⁶¹ L'estrapolazione prolunga una tendenza riscontrata in una serie storica prima o dopo l'infrazione. Ad esempio, se nel triennio antecedente un cartello i prezzi si attestavano rispettivamente a 12 EUR, 13,20 EUR e 14,52 EUR (con un aumento del 10% su base annua), una tecnica piuttosto semplice sarebbe quella di stimare che i prezzi per il biennio del cartello erano pari rispettivamente a 15,97 EUR e 17,57 EUR; una stima più precisa della tendenza sottostante potrebbe invece essere ottenuta utilizzando l'analisi di regressione.

⁶² Qualora i dati lo consentano, una correzione di questo tipo può essere effettuata in maniera più elaborata applicando l'analisi di regressione, come illustrato nella sezione seguente.

⁶³ Definita anche "variabile spiegata" o "variabile dipendente".

⁶⁴ Tra le altre variabili di interesse a cui può essere applicata l'analisi di regressione rientrano, ad esempio, i volumi di vendita, le quote di mercato o i margini di profitto (ad esempio, quelli di un concorrente escluso che rivendica i danni per i mancati guadagni dovuti a una riduzione delle vendite o a un calo dei margini), i costi di produzione (che possono rivelarsi significativi anche nell'ambito della stima dei mancati guadagni).

⁶⁵ Definite anche "variabili esplicative" o "variabili di influenza".

caratteristiche del prodotto, livello di concentrazione del mercato)⁶⁶. L'analisi di regressione consente quindi di valutare se, e in che misura, i fattori osservabili diversi dall'infrazione hanno influito sulla differenza tra il valore della variabile di interesse riscontrato sul mercato dell'infrazione durante l'infrazione stessa e il valore osservato su un mercato di confronto o durante un periodo comparabile. Per questa ragione, l'analisi di regressione è un modo di tenere conto di cause alternative alla base della differenza tra le serie di dati confrontate. In linea di principio, tutti i metodi comparativi possono essere applicati attraverso l'analisi di regressione, a condizione che sia disponibile un numero sufficiente di rilevazioni dei dati⁶⁷.

70. In un'analisi di regressione vengono esaminate, attraverso tecniche statistiche, una serie di rilevazioni per la variabile di interesse e le presunte variabili di influenza. La relazione individuata viene generalmente descritta sotto forma di equazione (detta anche "equazione di regressione" o "modello di regressione"). Questa equazione consente di stimare gli effetti delle variabili di influenza sulla variabile di interesse e di isolarli dagli effetti dell'infrazione. L'analisi di regressione stima il grado di correlazione delle variabili rilevanti⁶⁸, che in alcuni casi può indicare un'influenza di tipo causale di una variabile sull'altra⁶⁹.
71. Esistono due approcci principali per effettuare un'analisi di regressione per la stima dei danni, a seconda che, per definire l'equazione di regressione, vengano utilizzati esclusivamente dati provenienti da periodi (mercati) di non infrazione o che, in aggiunta alle informazioni di non infrazione, vengano impiegati anche dati provenienti dal periodo (mercato) di infrazione. Nel caso in cui, per stimare la regressione, vengano utilizzati esclusivamente dati provenienti da periodi di non infrazione, l'equazione di regressione verrebbe impiegata per "prevedere" l'effetto sulla variabile di interesse durante il periodo di infrazione, sulla base della struttura individuata al di fuori di tale periodo ("approccio previsionale")⁷⁰. Qualora, per stimare la regressione, vengano utilizzati anche dati provenienti dal periodo (mercato) di infrazione, l'equazione di regressione terrebbe conto dell'effetto dell'infrazione attraverso una variabile binaria separata (detta anche "variabile dummy" o "variabile di comodo")⁷¹.
72. Le circostanze del caso determineranno se è più opportuno applicare l'approccio previsionale o quello della variabile dummy. Nello specifico, mentre il metodo previsionale offre il vantaggio di poter scegliere un modello di regressione basato esclusivamente sulle rilevazioni di dati effettuate nel periodo di non infrazione (e

⁶⁶ Tra gli altri fattori che influenzano la variabile di interesse potrebbero rientrare, ad esempio, l'entità della clientela e degli ordinativi, le tecnologie utilizzate per la produzione, le dimensioni e la struttura di costo delle aziende che offrono il prodotto oppure le spese pubblicitarie.

⁶⁷ Tuttavia, è necessario disporre di un numero sufficiente di rilevazioni al fine di applicare in maniera valida i metodi statistici. Queste serie di rilevazioni possono essere ottenute (nel caso dei confronti temporali) partendo da serie storiche di rilevazioni oppure (nei confronti relativi a un determinato momento) da una serie di mercati di confronto o da una gamma di aziende o di operazioni, oppure da una combinazione delle due (rilevazioni nel tempo partendo da una serie di mercati, aziende od operazioni).

⁶⁸ Nell'analisi di regressione multivariata (descritta nel dettaglio più sotto), la correlazione creata è di tipo condizionale, ossia viene controllato l'effetto delle altre variabili.

⁶⁹ A condizione che ciò sia compatibile con un quadro economico coerente e con altri elementi probatori qualitativi e quantitativi.

⁷⁰ L'"approccio previsionale" viene a volte chiamato anche "residual model approach". Questo approccio è illustrato sotto, nel grafico al paragrafo 79.

⁷¹ La "variabile dummy" valuta la presenza di una dinamica rialzista nella variabile di interesse nel corso del periodo di infrazione.

quindi prive degli effetti dell'infrazione stessa), l'impiego di dati provenienti da entrambi i periodi/mercati può consentire una stima più precisa e accurata dei parametri di interesse, in particolare nel caso in cui i dati di non infrazione disponibili siano limitati o non consentano di cogliere appieno le dinamiche del settore industriale in oggetto. In pratica, spesso è possibile combinare i due metodi, ad esempio selezionando il modello sulla base del periodo di pre-infrazione e stimando una regressione della variabile dummy ricorrendo ai dati di entrambi i periodi (e, ove appropriato, facendo in modo che gli effetti delle altre variabili di influenza varino nei periodi di infrazione e non-infrazione).

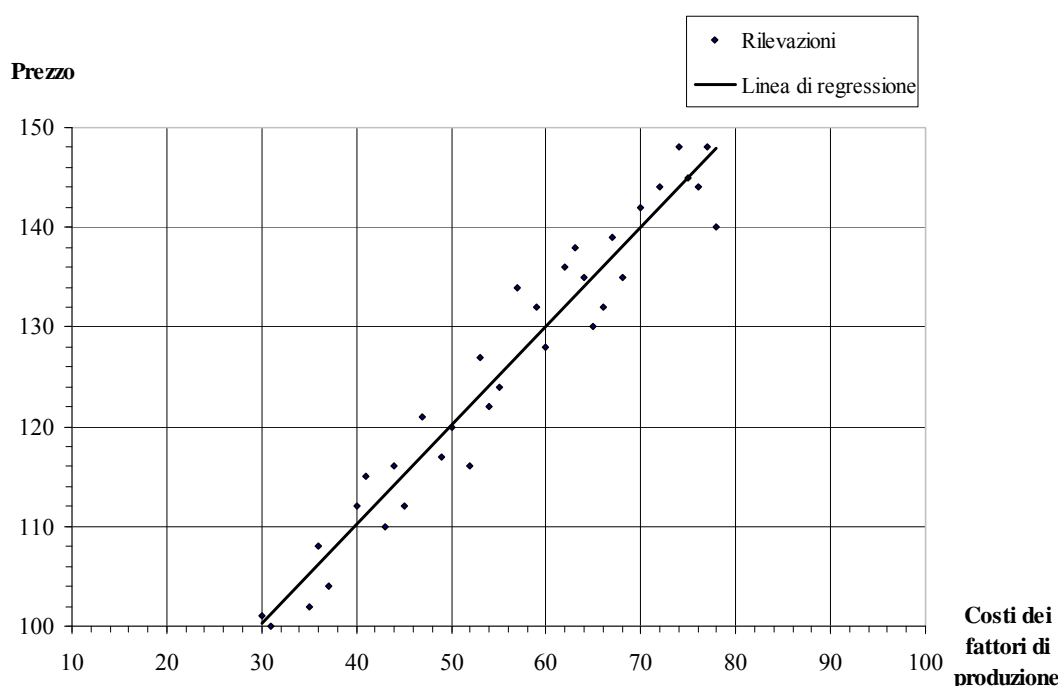
b. Esempi e illustrazioni

73. Un semplice esempio che, a fini illustrativi, analizza esclusivamente una potenziale variabile di influenza può rappresentare gli stadi principali dell'analisi di regressione. Ipotizziamo che, nell'esempio summenzionato del cartello della farina, i prezzi corrisposti dai panifici, durante il periodo del cartello, alle società di macinazione vengano confrontati con i prezzi pagati dai panifici a tali società nel periodo di pre-infrazione, e che questo confronto sveli un aumento di prezzo nel periodo d'infrazione pari al 20%. Supponiamo poi che alcuni elementi indichino come tale incremento non sia dovuto esclusivamente al cartello, ma che, nel periodo di infrazione, anche i costi per un importante fattore di produzione (ad esempio, i cereali) siano aumentati significativamente. Per questa ragione, non è possibile definire con chiarezza quale sia la percentuale di aumento del prezzo della farina dovuta all'infrazione e quale ai maggiori costi dei fattori di produzione (l'aumento del prezzo dei cereali).
74. Per risolvere questa incertezza, un'alternativa potrebbe essere quella di utilizzare i dati di un altro periodo o mercato, in cui i costi dei fattori di produzione (prezzo dei cereali) erano più simili e non si era verificata alcuna infrazione, sebbene questa alternativa non sia sempre percorribile⁷². L'analisi di regressione può offrire uno strumento per tenere conto della variazione dei costi dei fattori di produzione, evidenziando il rapporto statistico tra questi costi e il prezzo della farina. A questo scopo, potrebbe essere utile analizzare una serie di rilevazioni in merito ai costi dei fattori di produzione (prezzo dei cereali) e ai prezzi della farina nel periodo non interessato dall'infrazione⁷³. Applicando tecniche statistiche a queste rilevazioni, è possibile individuare un modello di come i prezzi dei cereali abbiano influenzato il prezzo della farina in un periodo in cui le tariffe di quest'ultima non erano interessate dall'infrazione. Pertanto, è possibile inferire una relazione di tipo statistico tra il prezzo della farina e il prezzo dei cereali di questo periodo. Applicando questa relazione ai prezzi della farina in vigore nel periodo di infrazione, è possibile eliminare la porzione di aumento dei prezzi non imputabile all'infrazione, ma alla variazione nei costi dei fattori di produzione. Ciò consente di "prevedere" i prezzi della farina senza considerare il sovrapprezzo del cartello, ma includendo l'aumento di prezzo dovuto ai maggiori costi dei fattori di produzione.
75. Il grafico di seguito riportato illustra in maniera chiara in che modo viene dedotta una relazione statistica di questo tipo. Il grafico riporta numerose rilevazioni dei costi dei fattori di produzione (prezzi dei cereali) e il relativo prezzo della farina, nello

⁷² Ad esempio, dal momento che non sono disponibili dati affidabili relativi ad altri periodi (o mercati) o visto che, in periodi (o mercati) diversi, le caratteristiche del mercato presentavano differenze significative.

⁷³ In merito alla possibilità di considerare, o meno, anche i dati relativi al periodo (mercato) di infrazione, cfr. sotto, paragrafo 82.

stesso momento durante un periodo di non infrazione. Ad esempio, quando il prezzo dei cereali era pari a 60, quello della farina si attestava a 128. È possibile calcolare le coordinate della linea che rispecchi al meglio tutte le rilevazioni, al fine di rappresentare la relazione (correlazione) statistica tra il prezzo dei cereali e quello della farina. Nel grafico seguente, questa relazione viene espressa con una retta e può essere – e generalmente viene – rappresentata sotto forma di equazione⁷⁴. La ripidità della retta mostra l'aumento del prezzo della farina associato a un determinato aumento del prezzo dei cereali. Nell'esempio riportato nel grafico, la relazione individuata mostra che, ad esempio, un aumento del prezzo dei cereali (da 50 a 60) è correlato a un incremento del prezzo della farina (da 120 a 130). Dal momento che un aumento dei costi dei fattori di produzione (cereali) di 10 EUR è associato a un incremento del prezzo della farina di 10 EUR, la relazione statistica mostra come un aumento del costo dei fattori di produzione venga completamente trasferito.



76. Conoscendo in che modo il costo dei fattori di produzione (prezzi dei cereali) abbia influenzato i prezzi della farina al di fuori del periodo di infrazione, è possibile stimare (“prevedere”) in che misura i maggiori costi riscontrati (prezzi dei cereali) durante il periodo di infrazione abbiano influito sui prezzi della farina. Escludendo questi effetti dal confronto dei prezzi, il sovrapprezzo generato dall’infrazione può essere stimato in maniera più affidabile che non in assenza dell’analisi di regressione. Nell’esempio riportato sopra, se nel corso del periodo di infrazione il prezzo della farina fosse stato di 140 anziché di 120 nel periodo di non infrazione, ma il costo dei fattori di produzione (prezzi dei cereali) fosse passato da 50 a 60, il prezzo potenziale della farina in assenza del cartello non sarebbe stato 120, bensì 130.

⁷⁴

Le coordinate della retta si ottengono stimando una regressione del prezzo (la variabile di interesse) sui costi dei fattori di produzione (la variabile di influenza). In questo esempio, il metodo dei minimi quadrati ordinari (OLS) viene utilizzato per calcolare le coordinate di una retta situata a una distanza minima (“minimi quadrati”) dalla serie di punti sul grafico. Il metodo OLS è una tecnica statistica comune per stimare i parametri di un modello di regressione lineare.

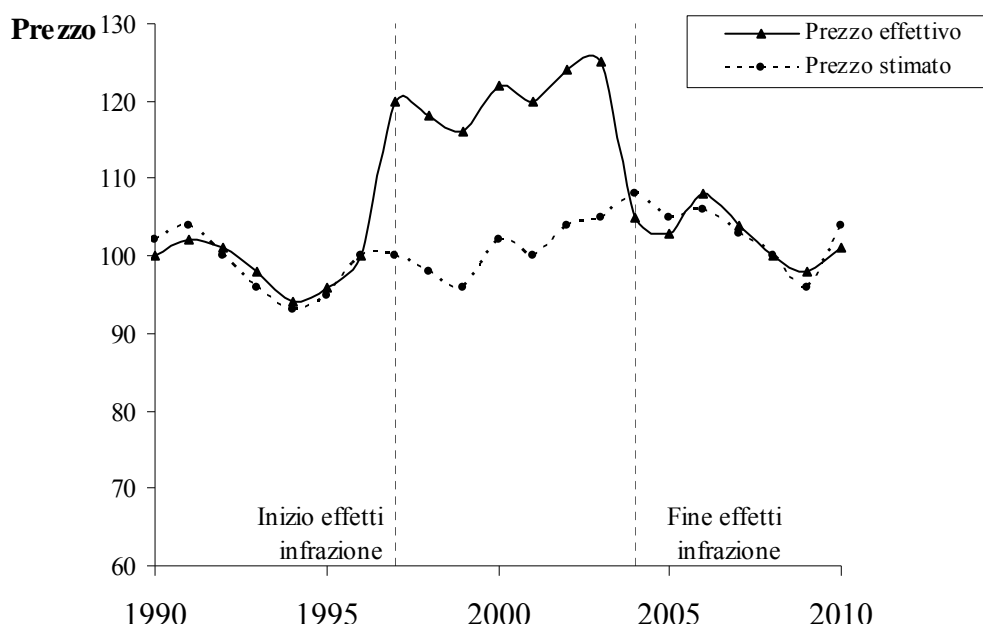
77. L'esempio descritto fino a questo momento riguarda esclusivamente l'influsso di un'unica altra variabile (il prezzo dei cereali come costo dei fattori di produzione) sulla variabile di interesse (il prezzo della farina); l'analisi di regressione nella prassi concorrenziale tiene invece conto di *molti* altri fattori che influenzano la variabile di interesse (analisi di regressione *multipla*⁷⁵). In questa situazione, è necessario analizzare i dati per tutte le variabili di influenza aggiuntive ed è utile dedurre un'equazione di regressione da tali dati, che rifletta il loro rapporto con la variabile di interesse. Ad esempio, nel caso del cartello della farina, può darsi che durante il periodo di infrazione le società di macinazione non solo abbiano dovuto pagare prezzi più elevati per i cereali, ma fossero soggette anche a un aumento dei costi energetici e del lavoro e abbiano introdotto una tecnologia più efficiente di macinazione e imballaggio, elementi che possono aver avuto un impatto sul prezzo della farina venduta ai panifici nel periodo del cartello. Al fine di individuare i modelli statistici relativi a come questi fattori abbiano influenzato il prezzo della farina, è necessario analizzare alcune serie di rilevazioni per ciascuna di queste variabili di influenza.
78. Per effettuare un'analisi di regressione, è importante prendere in considerazione tutte le variabili rilevanti per il caso specifico in questione. Ipotizziamo che, per effettuare un confronto sui prezzi della farina imposti da un mulino prima e durante un'infrazione, il convenuto o l'attore applichi un'analisi di regressione multipla allo scopo di monitorare il potenziale influsso dei fattori summenzionati sul prezzo della farina (ad esempio, i prezzi dei cereali, i costi energetici e del lavoro, le tecnologie di macinazione e di imballaggio). In realtà se, durante il periodo del cartello, si verifica una variazione significativa della domanda (ad esempio, maggiore domanda di farina da parte dei panifici, dovuta all'aumento della domanda di pane e dolci da parte dei consumatori finali) e se l'influsso di questo evento sul prezzo della farina non viene tenuto in considerazione nell'equazione di regressione, la stima relativa all'effetto dell'infrazione verrà probabilmente influenzata, nonostante l'analisi di regressione generale⁷⁶. Spetta al diritto nazionale applicabile definire, conformemente al principio di effettività, la parte su cui ricade l'onere di addurre e comprovare i fatti, come la suddetta variazione della domanda o il grado di completezza delle variabili considerate in un'analisi di regressione.
79. Pertanto, la base di ogni quantificazione dei danni effettuata utilizzando l'analisi di regressione è rappresentata dalla relazione tra la variabile di interesse (ad esempio, il prezzo) e le variabili esplicative rilevanti, espresse in un'equazione di regressione. Utilizzando l'approccio previsionale⁷⁷, la prima fase è rappresentata dalla stima di un'equazione di regressione usando i dati provenienti dal periodo di non infrazione. In una seconda fase, applicando l'equazione di regressione e i valori delle variabili

⁷⁵ Chiamata anche "analisi di regressione multivariata" in contrapposizione all'"analisi di regressione (univariata) a variabile singola", come nell'esempio precedente.

⁷⁶ Non solo è importante considerare tutti i fattori rilevanti nel modello di regressione, ma anche evitare di includere variabili che appaiono nettamente irrilevanti (sulla base delle conoscenze del settore). Infatti, le stime dei danni potrebbero essere erroneamente abbassate (perfino azzerate) qualora vengano incluse variabili irrilevanti allo scopo di spiegare la variazione di prezzo nel modello.

⁷⁷ L'alternativa è rappresentata dall'approccio della variabile dummy; cfr. paragrafo 71 sopra. A differenza dell'approccio previsionale, l'approccio della variabile dummy stima in una singola fase l'effetto dell'infrazione, elaborando un'analisi di regressione con i dati relativi sia al periodo di infrazione, sia a quello di non infrazione. Nell'esempio menzionato sopra, questo approccio andrebbe a stimare l'effetto del cartello inteso come dinamica positiva del prezzo, osservata nel corso del periodo del cartello (in altre parole, il coefficiente della variabile dummy nell'equazione di regressione) e non spiegata dalle variazioni di altre variabili di influenza, come i costi delle materie prime.

rilevanti nel periodo di infrazione, è possibile stimare il prezzo che i soggetti danneggiati avrebbero probabilmente pagato in assenza dell'infrazione. In una terza fase, la differenza tra questo prezzo presumibile di non infrazione e il prezzo effettivamente corrisposto dai soggetti danneggiati fornisce una stima del sovrapprezzo generato dall'infrazione. Il grafico seguente illustra la seconda e la terza fase. Quando si utilizza l'approccio della variabile dummy, l'analisi di regressione combina le tre fasi descritte in precedenza⁷⁸.



80. L'analisi di regressione illustrata nel grafico si basa sull'approccio previsionale, in cui viene effettuata una regressione in base ai dati di pre- e post-infrazione per definire, sotto forma di un'equazione, la relazione statistica tra il prezzo e altre variabili esplicative rilevanti (costi dei fattori di produzione e altri fattori significativi). Utilizzando questa equazione e i valori osservati per le variabili esplicative rilevanti, è possibile stimare un prezzo che si sarebbe presumibilmente riscontrato in assenza dell'infrazione (linea tratteggiata). La linea continua rappresenta il prezzo effettivamente rilevato. La differenza tra la linea continua e quella tratteggiata nel periodo di infrazione rappresenta il sovrapprezzo stimato. La linea tratteggiata al di fuori del periodo di infrazione viene ottenuta anch'essa con l'equazione di regressione e può essere utilizzata, attraverso il confronto con i prezzi di non infrazione effettivamente rilevati (linea continua), per valutare il potere predittivo del modello di regressione.

c. Requisiti per l'applicazione dell'analisi di regressione

81. Per effettuare un'analisi di regressione è necessario conoscere varie tecniche statistiche per valutare la relazione tra variabili, creare un'equazione di regressione adeguata e calcolare la precisione dei parametri presenti nell'equazione. Inoltre, è necessario avere una buona conoscenza del settore industriale in questione,

⁷⁸

In questo caso, l'equazione di regressione viene stimata utilizzando i dati sia del periodo di infrazione, sia di non infrazione e indica direttamente in che misura la variabile di interesse è cambiata nel periodo di infrazione, tenuto conto dell'effetto di altre variabili esplicative.

soprattutto per elaborare le ipotesi giuste nella formulazione dell'equazione di regressione e per operare la scelta corretta in merito ai fattori che possono aver influenzato significativamente la variabile di interesse (e che, pertanto, dovrebbero essere inclusi nell'analisi). Conoscere il settore industriale è decisivo anche per operare scelte informate in merito a quali tecniche statistiche utilizzare in determinate situazioni, ad esempio per tenere conto di rilevazioni inusuali (outliers o valori erratici) o altre caratteristiche specifiche nelle serie di dati. In particolare, nel caso in cui le variabili di influenza siano state interessate dall'infrazione, i risultati potrebbero essere falsati qualora questo aspetto non venga preso in considerazione, ad esempio applicando tecniche statistiche specifiche⁷⁹ o utilizzando rilevazioni che non rientrano nel periodo o nel mercato di infrazione⁸⁰.

82. In assenza di un numero sufficiente di rilevazioni, l'analisi statistica non è in grado di individuare le relazioni tra le variabili economiche. Per individuare l'effetto delle variabili di influenza sulla variabile di interesse è necessario disporre di una serie sufficiente di rilevazioni per tutte le variabili considerate. Per questa ragione, l'analisi di regressione richiede tipicamente dati esaurienti e dettagliati. Tuttavia, le tecniche statistiche possono aiutare a sopperire eventuali lacune nei dati o distorsioni di carattere interpretativo⁸¹; inoltre, in alcuni casi può rivelarsi sufficiente analizzare una gamma meno estesa di rilevazioni.
83. In linea di principio, le rilevazioni possono essere raggruppate secondo diversi livelli di aggregazione. Ad esempio, per analizzare la relazione tra prezzo e costo dei fattori di produzione, possono essere esaminate serie di dati relative ai prezzi applicati in singole transazioni, ai prezzi medi annui del settore industriale o ai dati mensili a livello aziendale, in aggiunta alle serie di dati relative ai costi dei fattori di produzione per singola unità oppure ai valori medi dei costi industriali. Utilizzando dati disaggregati è possibile analizzare un numero maggiore di rilevazioni, ottenendo così stime più precise. In assenza di dati disaggregati o qualora questi non siano accessibili al soggetto che effettua l'analisi di regressione, l'esame dei dati aggregati può fornire comunque risultati di carattere informativo, specialmente se i dati aggregati presentano una frequenza elevata.
84. La necessità di disporre di una serie sufficiente di rilevazioni e il livello di aggregazione dei dati sono esempi che illustrano l'importanza dell'affidabilità dei dati e della loro pertinenza ai fini dell'analisi economica. Tuttavia, la maggior parte delle serie di dati sono incomplete e non tutti i fatti rilevanti riescono ad essere osservati o misurati con grande accuratezza. È pertanto opportuno riconoscere esplicitamente queste imperfezioni. Le carenze nei dati non devono impedire di attribuire il giusto peso all'analisi economica, pur traendo conclusioni prudenti⁸².

⁷⁹ Ad esempio, l'uso di variabili strumentali, una tecnica econometrica che potrebbe essere applicata per correggere tali distorsioni.

⁸⁰ In particolare, utilizzando l'approccio previsionale descritto in precedenza, dove il valore delle variabili di influenza incluse nel modello al fine di predire lo scenario controfattuale, viene corretto dell'effetto dell'infrazione su tali variabili.

⁸¹ Ad esempio, nel caso in cui un campione delle rilevazioni non possa essere considerato come pienamente rappresentativo.

⁸² Per un'ulteriore spiegazione dell'importanza dell'affidabilità e della pertinenza dei dati si veda il documento della DG COMP *Best Practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in merger cases* ("Migliori pratiche per la presentazione di elementi di prova di natura economica e la raccolta di dati nei casi riguardanti l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE e nei casi di concentrazione"), all'indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf.

85. Se usata in maniera adeguata e sulla base di un numero sufficiente di rilevazioni, l'analisi di regressione può migliorare notevolmente la stima dei danni attraverso i metodi comparativi. Tuttavia, è necessario sottolineare che anche le equazioni di regressione più sofisticate si basano su una serie di ipotesi e, come ogni altra tecnica studiata per prevedere una situazione ipotetica, saranno in grado di fornire esclusivamente delle stime. È buona prassi quella di considerare le ipotesi alla base di un'equazione di regressione, dal momento che alcune supposizioni potrebbero essere più adatte di altre nel caso specifico, e potrebbero dare luogo a risultati molto diversi.
86. Un modo per affrontare il problema dell'incertezza della stima è quello di indicare i risultati non come stima puntuale ("il prezzo nello scenario di non infrazione è 10 EUR"), ma come un intervallo ("il prezzo nello scenario di non infrazione si situa fra i 9 EUR e gli 11 EUR"). Il concetto di "intervallo di confidenza" – che è corrente in statistica – è usato per descrivere la probabilità che il valore reale sia compreso in una forchetta. In economia, per convenzione, una probabilità del 95% che uno specifico intervallo contenga di fatto il valore reale è ritenuta come un alto grado di certezza.
87. Un modo analogo per affrontare la questione dell'incertezza delle stime è quello di richiamarsi alla nozione di "significatività statistica", che è una maniera comune per verificare se i risultati ottenuti nell'ambito di un'analisi di regressione siano dovuti a una coincidenza o se rispecchino realmente una correlazione autentica. A questo fine si verifica una data ipotesi: nel campo delle azioni per il risarcimento del danno, si potrebbe ad esempio controllare se l'infrazione della normativa antitrust abbia avuto o meno un effettivo impatto sui prezzi. L'ipotesi che l'infrazione *non* abbia avuto alcun impatto (e che quindi il prezzo di non infrazione non sia diverso dal prezzo dello scenario di infrazione) è chiamata "ipotesi nulla": per verificarla si ricorre allora all'analisi di regressione. Il risultato di un'analisi di regressione è ritenuto significativo dal punto di vista statistico quando è possibile confutare l'ipotesi nulla, poiché in tal caso è molto improbabile che i risultati osservati siano dovuti al caso. Per convenzione, in economia, una probabilità almeno del 95% che l'ipotesi nulla sia confutata permette di ritenere che i risultati siano "statisticamente significativi".
88. Nelle scienze economiche, come indicato sopra, sia per il concetto di "intervallo di confidenza" che per quello di "significatività statistica" si applica per convenzione una soglia di probabilità del 95%. Va sottolineato che si tratta di una pura convenzione, e che possono fornire informazioni utili anche soglie più o meno rigorose (ad esempio una probabilità del 99% o del 90%). Questo perché la significatività statistica è determinata, in parte, dal numero di rilevazioni nella serie dei dati: a parità degli altri elementi, la significatività statistica aumenta se aumenta la dimensione del campione. È buona prassi indicare la soglia di probabilità prescelta. In un'azione per il risarcimento del danno spetta allora al giudice, ai sensi del diritto applicabile, decidere il valore probatorio di una tale analisi di regressione e le conseguenze a livello procedurale (in particolare per quanto riguarda l'onere di allegazione dei fatti e l'onere della prova) che tale analisi può comportare.
89. La scelta di effettuare un'analisi di regressione in una particolare controversia, la parte che ne ha l'onere e in quale fase del procedimento, sono tutti elementi che dipendono, tra le altre cose, dall'esistenza o dall'accessibilità dei dati e dalle norme applicabili relative ai requisiti di allegazione dei fatti, alla produzione di elementi probatori, al grado di intensità della prova e alla ripartizione dell'onere della prova tra attore e convenuto.

90. A volte, le forme di analisi di regressione summenzionate (paragrafo 71 e seguenti) vengono definite come approcci in “forma ridotta”, dal momento che stimano direttamente i parametri di un’equazione derivati da altre relazioni economiche (ad esempio, l’interazione tra domanda e offerta), senza doverli esplicitamente adattare. In alternativa, per stimare queste relazioni economiche sottostanti è possibile realizzare dei modelli econometrici. Sebbene questi modelli econometrici (generalmente chiamati “strutturali”) si basino spesso su ipotesi estremamente ben fondate, potrebbero far comprendere più a fondo il mercato in questione e costituire una parte integrante degli esercizi di simulazione per la stima dei danni (come ulteriormente descritto alla sezione III, paragrafo A).

(3) Scelta delle tecniche

91. Alle sezioni 1 e 2 sono state descritte le varie tecniche con cui i metodi comparativi possono essere applicati nella pratica. A seconda dei casi, la scelta della tecnica dipenderà da una serie di aspetti, in particolare dai requisiti giuridici e dalle circostanze di fatto. Le considerazioni relative al livello e all’onere della prova possono rivestire un ruolo molto importante.
92. Le tecniche econometriche possono aumentare il livello di accuratezza di una stima dei danni, contribuendo così a soddisfare uno livello probatorio maggiore, laddove richiesto dalle norme applicabili. La scelta dei casi in cui è richiesta un’analisi di regressione (possibilmente in aggiunta ad altre prove disponibili) per soddisfare questo livello, la parte su cui ricade l’onere della prova e gli aspetti relativi al principio di effettività del diritto dell’Unione europea sono elementi che dipendono dal quadro giuridico applicabile. Sarebbe opportuno considerare che per effettuare un’analisi econometrica viene generalmente richiesta una mole significativa di rilevazioni, che non sempre potrebbero essere accessibili. Inoltre, in una determinata situazione procedurale, e in base al livello di prova richiesto, la parte che ha l’onere della prova potrebbe non dover ricorrere a tecniche diverse da quelle illustrate alla sezione 1 precedente. Ciò potrebbe essere dovuto al fatto che, in base al sistema giuridico nazionale in questione, i mercati o i periodi confrontati sono sufficientemente simili e la stima dei danni risultante da un semplice confronto è sufficientemente accurata rispetto a ciò che la parte deve dimostrare nel procedimento in questione. Potrebbe anche accadere che il sistema giuridico preveda il passaggio dell’onere della prova dall’attore al convenuto, in considerazione della stima dei danni presentata dall’attore e dei dati a lui ragionevolmente accessibili. In una situazione di questo tipo, il convenuto potrebbe valutare di effettuare un’analisi di regressione per respingere l’argomentazione dell’attore.
93. Anche considerazioni di proporzionalità potrebbero rivestire un ruolo importante, dal momento che la raccolta dei dati e l’analisi econometrica possono implicare costi significativi (inclusi quelli sostenuti da parti terze) che potrebbero essere sproporzionati o perfino eccedere il valore della domanda di risarcimento in questione. Queste considerazioni possono essere rilevanti anche per quanto riguarda il principio di effettività⁸³.
94. Nell’UE, i giudici hanno principalmente usato applicazioni dirette dei metodi comparativi senza l’analisi di regressione, spesso sulla base di valori medi⁸⁴. Inoltre,

⁸³ Cfr. sopra, paragrafo 1, parte 1, sezione 1.

⁸⁴ L’uso di valori medi è stato accettato, ad esempio, dal *Landgericht Dortmund* (Tribunale di prima istanza di Dortmund), sentenza del 1° aprile 2004, causa n. 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*); WuW/DE-R 1352.

hanno accettato anche semplici ritocchi del valore dei dati osservati laddove sia piuttosto semplice individuare un fattore di differenziazione tra un mercato (o periodo) di infrazione e un mercato (o periodo) di confronto. Fino a questo momento, l'esperienza maturata con l'analisi econometrica nelle azioni di risarcimento del danno per violazione di norme antitrust dinanzi ai tribunali UE è scarsa⁸⁵, sebbene queste tecniche possano fornire, come descritto sopra, un aiuto importante nella quantificazione del danno cagionato da infrazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE.

95. A volte, i giudici dell'UE applicano anche un cosiddetto "sconto di sicurezza", ossia detraggono dai valori osservati un importo sufficiente per tenere conto delle incertezze intrinseche in una stima dei danni, in base alle norme applicabili⁸⁶. L'analisi di regressione può essere presa in considerazione anche per considerare altri possibili fattori d'influenza e per ottenere una stima minima dei danni subiti⁸⁷.

III. MODELLI DI SIMULAZIONE, ANALISI BASATA SUI COSTI, ANALISI BASATA SUGLI ASPETTI FINANZIARI E ALTRI METODI

96. In aggiunta ai metodi comparativi, esistono altri metodi per elaborare una stima di un'ipotetica situazione di non infrazione. Nello specifico, questi includono la simulazione dell'andamento del mercato sulla base di modelli economici (A) e l'approccio di stimare un possibile scenario di non infrazione in base ai costi di produzione e a un margine di profitto ragionevole (B).

A. Modelli di simulazione

97. I metodi di simulazione si basano su modelli economici di comportamento del mercato. Studi economici sulle modalità di funzionamento dei mercati e di concorrenza delle aziende hanno dimostrato che, per i mercati con determinate caratteristiche, potrebbero essere pronosticati i risultati dell'interazione del mercato (ad esempio, i livelli potenziali di prezzo o di produzione, oppure i margini di profitto). La branca delle dottrine economiche conosciuta come organizzazione industriale ha sviluppato modelli di concorrenza per vari tipi di mercato, capaci di simulare questi risultati. Questi vanno dai modelli monopolistici, fino ai modelli di concorrenza perfetta.
98. Nello specifico, i modelli intermedi studiati per rispecchiare il comportamento delle aziende nei mercati oligopolistici sono quelli originariamente elaborati nel XIX secolo dagli economisti Augustin Cournot e Joseph Bertrand. Il modello di oligopolio di Bertrand descrive un mercato con un numero relativamente contenuto di aziende (e barriere d'ingresso elevate) che sono in concorrenza in termini di prezzo e non di quantità prodotte. Le aziende fissano i prezzi contemporaneamente, in base alle proprie convinzioni sulle tariffe che imporrà la concorrenza. In questo modello, i prezzi aumentano in base al grado di differenziazione dei prodotti. Il

⁸⁵ Per un recente esempio di mancato guadagno in un caso di esclusione, cfr. *Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona* (Tribunale commerciale di Barcellona), sentenza del 20 gennaio 2011, causa n. 45/2010 (*Céntrica Energía S.L./Endesa Distribución Eléctrica S.A.*)

⁸⁶ Ad esempio, per escludere gli effetti di eventuali fattori di altro tipo sulla variabile di interesse. Cfr., ad esempio, *Kammergericht Berlin* (Corte d'appello di Berlino), sentenza del 1° ottobre 2009, causa n. 2 U 10/03 Kart; *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Corte d'appello di Karlsruhe) dell'11 giugno 2010 nella causa n. 6 U 118/05.

⁸⁷ In effetti, oltre che a fornire stime dei danni che tengono già in considerazione l'influsso di altri fattori, l'analisi di regressione calcola anche il grado di precisione di queste stime (sotto forma di "errori standard"), da cui è possibile ottenere valori minimi (e massimi) dei danni stimati.

modello di oligopolio di Cournot descrive un mercato con un numero relativamente contenuto di aziende (e barriere d'ingresso elevate) che sono in concorrenza in termini di quantità prodotte. Prima di stabilire i prezzi, queste definiscono contemporaneamente le quantità (o la capacità) sulla base dei quantitativi che prevedono verranno prodotti dalle altre aziende. Esistono numerose aggiunte e modifiche dei modelli di Cournot e Bertrand. Queste includono, in particolare, i modelli di oligopolio dinamico basati sulla teoria dei giochi⁸⁸, che considerano l'interazione ripetuta tra le aziende all'interno del mercato⁸⁹.

99. I prezzi saranno probabilmente i più alti (e i volumi delle vendite i più bassi) nel caso di un monopolio, mentre saranno potenzialmente i più bassi (e i volumi delle vendite i più alti) in un contesto di concorrenza perfetta. Gli oligopoli di Bertrand nei mercati con prodotti differenziati⁹⁰ e gli oligopoli di Cournot porteranno generalmente a prezzi e volumi compresi tra i livelli di concorrenza perfetta e di monopolio. Il risultato esatto dipende fra l'altro dal numero di aziende sul mercato e dalle barriere all'entrata, dal grado di differenziazione tra le aziende e i loro prodotti, nonché da altre caratteristiche del mercato in questione, come la domanda (in particolare, il grado di sensibilità dei clienti di fronte a variazioni di prezzo), la capacità e la struttura dei costi dei produttori.
100. Sulla base di questi contributi teorici che collegano il risultato del mercato, ad esempio in termini di prezzi, a una determinata serie di caratteristiche del mercato, è possibile creare dei modelli di simulazione per stimare i prezzi (o altre variabili) che si sarebbero presumibilmente riscontrati sul mercato qualora non si fosse verificata un'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE. Il modello di simulazione dovrebbe essere strutturato in maniera tale da riprodurre: a) i fattori più significativi che influenzano l'offerta (nello specifico, in che modo si sostanzia la concorrenza tra aziende, ossia le cosiddette "interazioni concorrenziali"⁹¹ e la struttura dei costi delle imprese), e b) la domanda (in particolare, la misura in cui i clienti rispondono alle variazioni di prezzo). Questi fattori verrebbero espressi sotto forma di equazioni, in cui è necessario includere una serie di parametri. Questi valori possono essere noti, stimati da un punto di vista econometrico o ipotizzati, in modo tale che il risultato del modello corrisponda ad alcune variabili osservate. Quando si utilizzano modelli di simulazione per creare uno scenario di non infrazione, la struttura rilevante del mercato e le caratteristiche di altro tipo devono essere quelle che si sarebbero verificate in assenza dell'infrazione e potrebbero corrispondere alla struttura e alle

⁸⁸ La teoria dei giochi è lo studio di come le persone e le aziende si comportano in situazioni strategiche, dove devono valutare la risposta degli altri alle loro azioni.

⁸⁹ L'analisi dell'interazione ripetuta tra aziende sul mercato può rivelarsi utile per spiegare, ad esempio, il comportamento coordinato tra aziende oppure l'ingresso sul mercato di un nuovo concorrente.

⁹⁰ Al contrario, in un mercato con prodotti omogenei e nessun vincolo di capacità, la concorrenza di prezzi di Bertrand porterà a effetti estremamente concorrenziali. I prodotti omogenei sono quei prodotti che presentano differenze minime in termini di qualità o caratteristiche.

⁹¹ Il termine "interazioni concorrenziali" viene utilizzato per indicare in che modo si sostanzia la concorrenza tra aziende (a titolo esemplificativo, ma non esaustivo, la concorrenza di Bertrand o Cournot), oppure come le aziende evitano di entrare in concorrenza tra loro (nel caso di comportamenti collusivi che violano le norme sulla concorrenza). I mercati sui quali i prezzi vengono definiti attraverso aste o altre procedure di gara possono favorire la creazione di modelli, dal momento che l'interazione tra concorrenti segue spesso regole ben definite (nello specifico, i prezzi o le quantità prodotte che potrebbero risultare da un'asta o da altre procedure di gara non interessate dall'infrazione potrebbero essere stimati applicando modelli di oligopolio che ricorrono alla teoria dei giochi per simulare il probabile comportamento di gara dei concorrenti in uno scenario di non infrazione).

altre caratteristiche del mercato osservate nello scenario di infrazione, sebbene possano differire in qualche misura⁹².

101. Un esempio può illustrare l'impiego dei modelli di simulazione per la stima dei danni. Nel caso di un cartello su un mercato caratterizzato da prodotti differenziati (ad esempio, cioccolatini artigianali), i prezzi di non infrazione potrebbero essere stimati come segue, ossia utilizzando i dati relativi al periodo di non infrazione. In primo luogo stimando, per ciascun prodotto al cioccolato, in che modo la domanda di ciascun prodotto al cioccolato varia a seconda del proprio prezzo ("own-price elasticity") e del prezzo dei prodotti concorrenti ("cross-price elasticity")⁹³. In secondo luogo, decidendo quale modello riflette adeguatamente l'interazione concorrenziale tra aziende nel periodo di non infrazione (ad esempio, il modello di concorrenza di Bertrand nel caso dei cioccolatini artigianali). In questo modo è possibile calcolare a quale livello di prezzo vengono massimizzati gli utili delle aziende, tenendo in considerazione i parametri di costo (ad esempio, i costi marginali) e della domanda (ad esempio, il livello della stessa)⁹⁴. È possibile poi adattare il valore di alcuni di questi parametri, allo scopo di rispecchiare le condizioni durante il periodo di infrazione (ad esempio, supponendo un aumento del 10% del costo del cacao). Esprimendo queste informazioni sotto forma di equazioni, è possibile simulare (partendo dal presupposto che le aziende mirano alla massimizzazione degli utili) quali sono i prezzi che le aziende potrebbero aver applicato durante il periodo di infrazione. Il sovrapprezzo del cartello può essere poi stimato in base alla differenza tra i prezzi rilevati e i prezzi di non infrazione simulati.
102. Questo esempio è piuttosto impegnativo in termini di dati richiesti e di assunti ipotetici. Per la stima dei danni si potrebbero prevedere modelli di simulazione più semplici, sebbene questi facciano affidamento in maniera ancor più significativa su ipotesi cruciali difficili da verificare. Ad esempio, si potrebbero stimare i danni cagionati dall'infrazione della normativa antitrust confrontando i prezzi monopolistici (volti a riflettere i prezzi durante il cartello) con i prezzi attesi in base al modello di Cournot (intesi a riflettere i prezzi nello scenario di non infrazione), utilizzando dati come le quote di mercato, i costi e l'elasticità del prezzo di mercato. In realtà, un metodo di questo tipo dipende in maniera cruciale dalle interazioni concorrenziali ipotizzate negli scenari di infrazione e di non infrazione, con il rischio che questi non rispecchino in maniera sufficientemente dettagliata il funzionamento del cartello nel periodo di infrazione e l'andamento della concorrenza sul mercato in assenza dell'infrazione.
103. I modelli di simulazione possono essere impiegati per stimare l'andamento del mercato non solo nel caso di cartelli (o altre infrazioni che provocano un aumento dei

⁹² Visto che l'infrazione avrebbe potuto portare a una modifica nella struttura del mercato o avrebbe potuto ostacolare alcune modifiche che si sarebbero altrimenti verificate (ad esempio, l'uscita di un concorrente inefficiente), le caratteristiche (ipotetiche) del mercato nello scenario di non infrazione non sono necessariamente le stesse che si potrebbero osservare nello scenario di infrazione. Inoltre, le quote di mercato osservate nel corso di un'infrazione potrebbero differire significativamente da quelle che si sarebbero riscontrate in assenza dell'infrazione, dal momento che i partecipanti a un cartello potrebbero ripartire tra loro i mercati.

⁹³ Tecnicamente, questo implicherebbe una stima di un sistema di domanda, che rappresenta un esempio dell'analisi econometrica strutturale menzionata al paragrafo 90.

⁹⁴ Il valore di questi parametri (ad esempio, il valore dei costi marginali impiegati per il calcolo) nel periodo di non infrazione può essere determinato in modo tale che i prezzi e i volumi ottenuti corrispondano ai dati rilevati.

prezzi), ma anche in caso di comportamenti di esclusione. Ad esempio, un modello oligopolistico può essere utilizzato per simulare il volume delle vendite e la quota di mercato che un concorrente escluso avrebbe ottenuto in assenza dell'infrazione.

104. Ogni modello che simula l'andamento del mercato rappresenta un'approssimazione della realtà e si basa su ipotesi teoriche, e spesso anche fattuali, in merito alle caratteristiche del mercato e al potenziale comportamento dei produttori e dei clienti. Sebbene, per natura, i modelli si basino su una semplificazione della realtà, in alcuni casi anche i modelli più semplici possono fornire alcuni spunti utili in merito al probabile ammontare dei danni. Pertanto, il fatto di sottolineare che un modello si basa su ipotesi apparentemente semplificative non deve costituire da solo una condizione sufficiente per scartarlo; al contrario, sarebbe opportuno considerare in che modo alcune delle ipotesi semplificative possano influire sui risultati. La creazione di un modello generale che riproduca una serie di caratteristiche specifiche del mercato in questione (a patto che possa essere adeguatamente risolto e valutato) può aumentare la probabilità che il risultato della simulazione rappresenti una stima ragionevole dello scenario ipotetico di non infrazione. In realtà, anche i modelli estremamente completi dipendono in gran parte dalla formulazione delle ipotesi corrette, in particolare in merito alle questioni cruciali relative alla probabile modalità di concorrenza e alla potenziale domanda della clientela nello scenario di non infrazione. Inoltre, lo sviluppo di complessi modelli di simulazione può essere tecnicamente gravoso e richiedere quantitativi ingenti di dati che non sempre sono accessibili alla parte in questione o stimabili in maniera sufficientemente affidabile.
105. Tuttavia, sia i modelli di simulazione più semplici, sia quelli più complessi possono fornire spunti interessanti per stimare i risultati che si sarebbero verificati su un mercato in assenza dell'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE. In base alle circostanze specifiche del caso in questione e ai requisiti imposti dalle norme applicabili, gli ordinamenti giuridici stabiliranno se, e in quali casi, è utile effettuare una simulazione economica e in che misura i risultati siano sufficientemente affidabili.

B. *Metodi basati sui costi e metodi basati sugli aspetti finanziari*

106. Altri approcci per stimare i prezzi potenziali che sarebbero stati applicati in assenza dell'infrazione sono il metodo basato sui costi⁹⁵ o i metodi basati sui risultati finanziari dell'attore o del convenuto (metodi basati sugli aspetti finanziari).
107. Il metodo basato sui costi prevede l'impiego di una misura dei costi unitari di produzione e l'aggiunta di un ricarico per gli utili che sarebbero stati "ragionevolmente" conseguiti nello scenario di non infrazione. La stima di un prezzo unitario di non infrazione può essere confrontata con il prezzo unitario effettivamente imposto dalle imprese autrici dell'infrazione, al fine di ottenere una stima del sovrapprezzo⁹⁶.

⁹⁵ Questo metodo viene chiamato anche "metodo cost plus" o "metodo di imputazione dei costi di tipo ascendente". Viene citato come approccio ausiliario, nei casi in cui i metodi comparativi non si rivelino adatti, dal *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia, Germania), sentenza del 19 giugno 2007, causa n. KBR 12/07 (*Cartello sulla vendita all'ingrosso di carta*).

⁹⁶ Generalmente il metodo basato sui costi viene usato per quantificare il sovrapprezzo. Il metodo, o i suoi elementi, possono essere usati anche per quantificare altre forme di danno, come i mancati guadagni dei concorrenti preclusi. Ad esempio, l'*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Corte d'appello di Düsseldorf), con sentenza del 16 aprile 2008 nella causa n. VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*), ha stimato i mancati guadagni di un concorrente escluso prendendo in considerazione i costi del concorrente e il probabile margine di profitto espresso come una proporzione di tali costi.

108. Per applicare il metodo basato sui costi è possibile ricorrere a vari tipi di costi di produzione, in base alle caratteristiche del settore industriale in questione. Tuttavia, è fondamentale garantire che il trattamento dei costi e dei margini sia coerente. Ad esempio, ponendo alla base di questa operazione i costi variabili (ad esempio, i costi che variano in base al livello di produzione), per calcolare il prezzo dovrebbe essere aggiunto un margine lordo (ossia il margine conseguito una volta dedotti i costi variabili). È necessario considerare inoltre che i costi rilevanti per la determinazione dei prezzi potrebbero essere non solo i costi dell'autore dell'infrazione, ma anche quelli di uno dei suoi concorrenti (ad esempio, qualora il prezzo sul mercato sia stabilito dal produttore meno efficiente).
109. La prima fase del metodo basato sui costi è quella di determinare i costi unitari di produzione. I costi unitari possono essere stimati dividendo i costi effettivi di produzione sostenuti dagli autori dell'infrazione in relazione all'attività commerciale in questione, per il numero complessivo di prodotti realizzati. Questo approccio può rivelarsi piuttosto semplice nel caso in cui le società, o le divisioni aziendali indipendenti, fabbrichino un solo prodotto principale. A volte queste società, o divisioni aziendali, pubblicano i principali dati sui costi o inseriscono queste informazioni in registri pubblici, tra i propri dati contabili certificati. In altre situazioni, l'accesso ai dati e l'assegnazione dei costi al prodotto interessato dall'infrazione, sono procedure più complesse. Avendo a disposizione dati di natura contabile, potrebbero rendersi necessarie alcune rettifiche, dal momento che le nozioni di costi in termini contabili possono differire da quelle di costi in termini economici.
110. Inoltre, i costi di produzione osservati nel corso dell'infrazione potrebbero non essere rappresentativi dei costi di produzione che si sarebbero dovuti sostenere in assenza dell'infrazione. Ciò potrebbe essere dovuto a due motivi: in primo luogo, nel caso di infrazioni dell'articolo 101, le società che, a causa del proprio comportamento collusivo, non sono soggette alle pressioni concorrenziali tipiche di uno scenario di non infrazione, potrebbero essere meno efficienti e quindi generare costi di produzione maggiori rispetto a situazioni di pressione concorrenziale. In secondo luogo, gli autori dell'infrazione potrebbero rallentare la produzione e rinunciare, nel corso dell'infrazione, alle economie di scala che avrebbero generato costi di produzione inferiori. In presenza di questi segnali, potrebbe essere necessario correggere i dati di costo degli autori dell'infrazione. In assenza di queste correzioni, i costi rilevati potrebbero ancora contribuire, applicando il metodo basato sui costi, a formulare una stima minima del probabile sovrapprezzo.
111. La seconda fase del metodo basato sui costi richiede la stima di un margine di profitto "ragionevole", che andrà aggiunto ai costi di produzione unitari. Vi sono vari modi per stimare un margine di profitto "ragionevole": questi approcci sono basati su un confronto temporale o tra mercati, oppure su modelli economici e presentano dei punti in comune con i metodi descritti nelle sezioni precedenti. Ad esempio, si potrebbe effettuare una stima del margine di profitto prevedibile in uno scenario di non infrazione, analizzando i margini di profitto realizzati da imprese simili in un mercato geografico analogo non interessato dall'infrazione o in mercati del prodotto equiparabili⁹⁷. Analogamente, i margini di profitto dell'impresa autrice dell'infrazione (o di un'impresa simile) durante i periodi di pre- o post-infrazione

⁹⁷

Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania), sentenza del 19 giugno 2007, causa n. KBR 12/07 (*Cartello sulla vendita all'ingrosso di carta*), relativa ai margini di profitto realizzati in "settori industriali equivalenti".

potrebbero costituire la base della stima. Questi due metodi comparativi si basano entrambi sull'ipotesi che il periodo, il mercato o l'azienda di riferimento siano sufficientemente simili⁹⁸, in particolare per quanto concerne le caratteristiche del mercato rilevanti per i margini di profitto, quali il livello di concorrenza nel mercato⁹⁹, la struttura dei costi dei produttori (inclusi i costi dell'innovazione), nonché l'utilizzo e le limitazioni di capacità. Queste ipotesi non sono sempre facili da verificare, visti i tanti fattori e le decisioni strategiche che potrebbero definire i prezzi e i margini di un'azienda.

112. Un altro approccio per stimare un margine di profitto "ragionevole" è quello di considerare la natura della concorrenza e le caratteristiche del mercato in assenza dell'infrazione, ricavando poi un potenziale margine di profitto da spunti tratti dai modelli di organizzazione industriale¹⁰⁰. Ad esempio, in assenza dell'infrazione, i prezzi potrebbero avvicinarsi ai costi a causa del grado di omogeneità dei prodotti e alle sovraccapacità del mercato. In questi casi, il probabile margine di profitto dei produttori sarebbe relativamente contenuto¹⁰¹.
113. Risulta chiaro come sia la stima dei probabili costi di non infrazione, sia quella di un margine di profitto "ragionevole" richieda, in pratica, di analizzare una serie di questioni complesse. Inoltre, il metodo basato sui costi presuppone l'accesso a dati che potrebbero essere nella disponibilità della controparte o di un terzo. Tuttavia, in base alle circostanze del caso specifico e ai requisiti normativi applicabili, tale metodo può fornire alcuni spunti interessanti per una stima del danno subito a causa di una violazione delle norme antitrust.
114. I metodi basati sull'analisi finanziaria utilizzano i risultati finanziari dell'attore o del convenuto come punto di partenza per valutare se l'attore abbia subito danni e l'entità di tale eventuale danno.
115. Quando l'attore di un'azione per il risarcimento del danno è un'impresa, e l'infrazione ha causato danni a tale impresa, un'analisi della situazione finanziaria della società in oggetto (e in particolare della sua redditività) può fornire indicazioni utili sul danno. Ciò può servire, in particolare, quando è invocato un mancato guadagno, ad esempio nel caso di un concorrente illegalmente escluso da un mercato.
116. Su tale base, per raccogliere indicazioni sull'ammontare del danno possono essere usati i metodi classici di valutazione della redditività di un'impresa (come ad esempio il metodo del "valore attuale netto", che calcola il valore attuale di una serie attesa di flussi di cassa di un'impresa). Analogamente, possono fornire elementi utili i metodi di stima di valutazione delle attività economiche, inclusi i metodi contabili.
117. Tutti questi metodi richiedono che sia definito lo scenario controfattuale: una volta calcolata l'effettiva redditività dell'attore, occorre valutare quale ne sarebbe stato il livello in assenza dell'infrazione. È possibile costruire questo scenario controfattuale

⁹⁸ Per alcune considerazioni in merito al grado sufficiente di somiglianza cfr. i paragrafi 38-58 parte 2, sezione II.

⁹⁹ Ad esempio, se la concorrenza sarebbe stata così forte da trascinare al ribasso i prezzi verso i costi marginali (come ipotizzato nel modello di concorrenza perfetta) o se i margini di profitto sarebbero stati maggiori anche in assenza dell'infrazione, a causa di una struttura oligopolistica.

¹⁰⁰ Cfr. i paragrafi 98 e seguenti, parte 2, sezione III.

¹⁰¹ Il costo del capitale (ossia il costo al quale un'azienda può ottenere capitali sul mercato) è considerato a volte come un'approssimazione di un margine di profitto "ragionevole". In assenza di un'infrazione, i margini potrebbero differire in maniera significativa dal costo del capitale, ad esempio in assenza di una concorrenza perfetta o in presenza di vantaggi specifici di determinate aziende in termini di costi o di shock della domanda e dell'offerta.

utilizzando i dati sulla redditività di un mercato di confronto – questo approccio sarà allora simile ai metodi comparativi sopra esposti¹⁰². Ad esempio, per determinare uno scenario di non infrazione può essere utilizzata la redditività dell'attore prima e dopo l'infrazione. È anche possibile utilizzare un criterio alternativo per costruire lo scenario controfattuale. Una possibilità a tale riguardo è usare come riferimento il costo del capitale: questa misura descrive il margine di profitto minimo necessario in un particolare settore per attrarre capitale, e può quindi essere appropriata per presumere che l'impresa in questione avrebbe ottenuto almeno tale profitto minimo nello scenario di non infrazione.

118. Uno dei vantaggi dei metodi finanziari è che, in certi casi, le informazioni necessarie per poterli applicare possono essere detenute dalle imprese stesse per esigenze contabili, oppure possono essere addirittura pubbliche, come può accadere per le società quotate in Borsa.

C. Altri metodi

119. I metodi descritti nella presente Guida pratica sono quelli finora tenuti in maggior considerazione dalla giurisprudenza e dal mondo accademico. L'elenco non deve comunque essere considerato esaustivo, in primo luogo perché i metodi descritti possono evolversi ulteriormente oppure potrebbero esserne sviluppati di nuovi.
120. In secondo luogo, vi sono dei metodi, *non* analizzati nella presente Guida pratica, che potrebbero comunque rivelarsi utili, in particolare allo scopo di definire una stima minima o massima¹⁰³ oppure una stima approssimativa¹⁰⁴ del danno subito. Specialmente nei casi in cui i sistemi giuridici offrono la possibilità di elaborare una stima approssimativa, i giudici nazionali hanno preferito optare per tecniche di stampo pragmatico, piuttosto che applicare in maniera complessa i metodi descritti alle sezioni A e B precedenti, al fine di definire l'entità dei danni da risarcire ai soggetti danneggiati. Ad esempio, nei casi di esclusione di un nuovo operatore in violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE, allo scopo di ottenere informazioni in merito ai potenziali profitti di un'attività sono stati utilizzati anche piani aziendali¹⁰⁵, sebbene adattati in alcuni casi alle circostanze del mercato o attraverso l'impiego di dati provenienti da un mercato o da un'impresa di confronto.
121. Spetta ai giudici nazionali stabilire se, nel rispetto delle norme applicabili, un metodo può essere accettato per quantificare il danno in un determinato caso, a condizione che i principi di effettività ed equivalenza della normativa UE vengano rispettati.

IV. SCELTA DEI METODI

122. In linea di principio, ogni singolo metodo descritto alle sezioni II e III può fornire spunti interessanti in merito a tutte le infrazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE e ai vari tipi di danni causati da queste infrazioni. Nello specifico, è possibile stimare non

¹⁰² Cfr., per maggiori dettagli, il paragrafo 32 e seguenti.

¹⁰³ Ad esempio, l'analisi della riduzione critica delle vendite (*critical loss analysis*) può fornire una stima massima. Questa tecnica stima, per un determinato aumento di prezzo, quale sarebbe la perdita in termini quantitativi che vanificherebbe l'aumento di prezzo.

¹⁰⁴ Ad esempio, gli utili controfattuali potrebbero essere individuati, *prima facie*, prendendo come riferimento il costo del capitale, sul presupposto che, in assenza dell'infrazione, l'impresa avrebbe ricavato un importo pari al costo del capitale, che rappresenta il rendimento minimo richiesto a un'impresa dai suoi finanziatori. Per quanto riguarda i limiti di questo approccio, cfr. la nota 100.

¹⁰⁵ Cfr., ad esempio, *Højesteret* (Corte suprema danese), sentenza del 20 aprile 2005, causa UFR 2005.217H (*GT Linien A/S/De Danske Statsbaner DSB e Scandlines A/S*).

solo l'ammontare del sovrapprezzo illegale in un cartello in materia di fissazione dei prezzi, ma anche la perdita di volumi di vendita o il mancati guadagni di una società danneggiata da un comportamento abusivo di esclusione da parte di un concorrente in posizione dominante.

123. È importante sottolineare come sia possibile esclusivamente stimare, e non calcolare con certezza e precisione, le probabili caratteristiche dello scenario ipotetico di non infrazione. Non vi è alcun metodo che potrebbe essere considerato il più adatto in ogni caso. Ogni metodo descritto in precedenza presenta caratteristiche peculiari, punti di forza e di debolezza che possono renderlo più o meno idoneo a stimare il danno subito in presenza di determinate circostanze. In particolare, i metodi si differenziano per la loro semplicità di applicazione, per il grado con cui si fondano su dati risultanti da interazioni reali del mercato o su ipotesi basate su teorie economiche, nonché nella misura in cui considerano fattori diversi dall'infrazione che potrebbero aver inciso sulla situazione delle parti.
124. In base alle circostanze specifiche del caso in questione, l'approccio adeguato per la quantificazione deve essere definito in base alle norme di diritto applicabili. Tra le considerazioni rilevanti possono rientrare, in aggiunta al grado e all'onere della prova in base alle norme giuridiche applicabili, la disponibilità dei dati, i costi e il tempo richiesti, nonché la loro proporzione in rapporto al valore della domanda di risarcimento in questione. I costi da considerare potrebbero non essere solo quelli che la parte avente l'onere della prova deve sostenere per l'applicazione del metodo, ma anche i costi che la controparte sopporta per controbattere alle argomentazioni e quelli giudiziari che emergono quando il giudice esamina i risultati ottenuti tramite il metodo, con il possibile aiuto di un esperto nominato dal tribunale. I costi e gli oneri per un soggetto danneggiato e la loro proporzionalità possono rivestire un ruolo particolarmente importante anche in relazione al principio di effettività¹⁰⁶. Inoltre, la decisione in merito a se, e (in caso affermativo) quale metodologia e tecnica descritta nella presente Guida pratica andrebbe utilizzata conformemente alla normativa applicabile, può dipendere anche dalla disponibilità di altri elementi probatori, come ad esempio le prove documentali prodotte dalle imprese nel corso della loro attività, e da cui emerga l'applicazione di un determinato aumento di prezzo pattuito illegalmente.
125. Può accadere che, in un determinato caso, venga prevista l'applicazione di *più* metodi (ad esempio, confronto temporale e tra mercati geografici), in maniera alternativa o cumulativa. Nel caso in cui due diversi metodi forniscano risultati simili, un sistema giuridico potrebbe attribuire un valore probatorio maggiore alla stima dei danni (possibilmente una stima minima) basata su questi metodi. Tuttavia, nei casi in cui l'applicazione dei due metodi fornisca risultati apparentemente contraddittori (specialmente qualora due controparti ricorrano a metodi differenti), generalmente non è adeguato prendere solo in considerazione la media dei due risultati, né sarebbe opportuno considerare che i risultati tra loro contraddittori si annullino reciprocamente, nel senso che entrambi i metodi andrebbero ignorati. In uno scenario di questo tipo, sarebbe opportuno esaminare le motivazioni alla base dei risultati divergenti e considerare attentamente i punti di forza e di debolezza di ciascun metodo e della loro applicazione nel caso in questione.

¹⁰⁶

Cfr. sopra, paragrafo 2, parte 1, sezione 1.

Parte 3 – Quantificazione del danno causato da un aumento dei prezzi

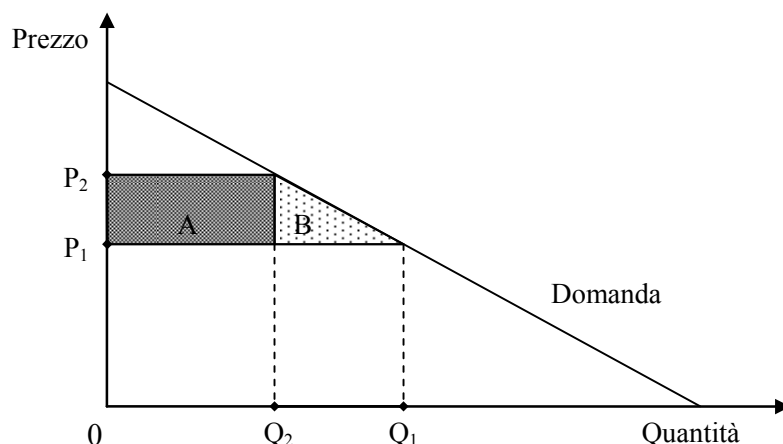
I. EFFETTI DELLE INFRAZIONI CHE COMPORTANO UN AUMENTO DEI PREZZI

126. Le pratiche anticoncorrenziali possono comportare un aumento dei prezzi pagati, per il prodotto in questione, da parte dei clienti diretti¹⁰⁷ e spesso anche da quelli indiretti delle imprese autrici dell'infrazione. I clienti diretti delle imprese autrici dell'infrazione sono quelli che acquistano un prodotto direttamente da una di queste imprese; i clienti indiretti invece sono quelli che acquistano un prodotto interessato dall'infrazione dai clienti diretti o da altri clienti indiretti.
127. Tipici esempi di infrazione che comportano questi aumenti sono i cartelli sui prezzi oppure i prezzi eccessivi imposti da un'impresa dominante. I clienti possono anche subire pratiche che limitano la produzione o che ripartiscono clientela o mercati; queste sono eventuali distorsioni della concorrenza che, a loro volta, generano un aumento dei prezzi. Un altro tipo di danno si verifica nel caso in cui le infrazioni si ripercuotano negativamente sulla posizione di mercato dei concorrenti; la quantificazione di tale danno e le sue conseguenze per i clienti sono trattate alla parte 4 seguente.
128. Nella misura in cui le infrazioni portano a un aumento dei prezzi dei prodotti interessati, è possibile operare una distinzione tra due tipi principali¹⁰⁸ di danni causati dall'infrazione:
- (a) il danno risultante dal fatto che i clienti diretti e indiretti delle imprese autrici dell'infrazione devono corrispondere, per ciascun prodotto, un'eccedenza di prezzo rispetto a quello che sarebbe stato corrisposto in assenza dell'infrazione (il "sovrapprezzo"). Questo tipo di danno viene descritto nel dettaglio alla sezione II, e
 - (b) il danno derivante dal cosiddetto "effetto sui volumi", dovuto al fatto che viene acquistato un numero inferiore di prodotti a causa dell'aumento di prezzo. Questo tipo di danno viene descritto in dettaglio alla sezione III.

Il grafico seguente rappresenta, in maniera stilizzata, questi due effetti:

¹⁰⁷ In alcuni casi, imprese che non infrangono esse stesse le norme sulla concorrenza possono aumentare i propri prezzi, dal momento che i prezzi di mercato sono maggiori a causa dell'infrazione. I clienti che acquistano da queste imprese vengono a volte chiamati "clienti ombrello". In che misura questi clienti possono chiedere il risarcimento dei danni subiti dalle imprese autrici dell'infrazione dipende dalle norme giuridiche applicabili.

¹⁰⁸ Per le altre tipologie di danno cfr. sopra, paragrafo 22, parte 1, sezione III.



129. P_1 rappresenta il prezzo applicato nel caso in cui il mercato non sia interessato da infrazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE. In un mercato perfettamente concorrenziale, questo prezzo corrisponderà al costo sostenuto dal fornitore per produrre un'unità supplementare ("costo marginale"). In pratica, molti mercati non sono perfettamente concorrenziali e i prezzi di non infrazione su questi mercati saranno superiori al livello dei costi marginali. Applicando il prezzo P_1 , Q_1 rappresenta la quantità di prodotto acquistata dai clienti.
130. P_2 è il prezzo maggiore derivante da un'infrazione che ha un effetto sul prezzo. Questa situazione genera, a sua volta, un calo della domanda (Q_2), dal momento che alcuni clienti riterranno che il prezzo maggiore da corrispondere ecceda l'effettiva utilità tratta dall'acquisto del prodotto o del servizio in questione. Questo effetto viene chiamato "effetto sui volumi" o "effetto quantitativo". In che misura un aumento dei prezzi influisca sulla domanda dipende dal grado di elasticità di quest'ultima. L'elasticità della domanda stima la variazione percentuale delle quantità di un prodotto vendute in un determinato mercato in risposta a una variazione di prezzo dell'1% per uno specifico livello della domanda e costituisce un'indicazione importante in merito all'entità dell'effetto sui volumi nel caso di variazioni di prezzo contenute.
131. Il rettangolo A rappresenta il valore trasferito dai clienti agli autori dell'infrazione a causa della violazione: per poter ottenere il prodotto, i clienti che acquistano al prezzo maggiore P_2 devono trasferire più denaro alle imprese autrici dell'infrazione. I clienti possono chiedere un risarcimento per il sovrapprezzo pagato; a questo proposito, la sezione II illustra come quantificare il danno.
132. Il triangolo B rappresenta l'effetto sui volumi, e perciò l'utilità persa da coloro che avrebbero acquistato il prodotto al prezzo P_1 , ma che non lo acquistano quando il prezzo arriva al livello P_2 ¹⁰⁹.
133. Alcuni clienti utilizzano il prodotto in questione per le proprie attività commerciali, ad esempio per rivenderlo oppure per produrre altri beni. Quando i clienti non acquistano il prodotto al prezzo P_2 (o acquistano quantitativi inferiori), perdono i guadagni che avrebbero realizzato qualora lo avessero acquistato al prezzo P_1 .

¹⁰⁹

Per l'economia nel suo insieme, questo triangolo rappresenta quindi la perdita di valore per i clienti, dovuta a un calo della produzione: mentre il sovrapprezzo interessa la distribuzione dei beni all'interno dell'economia, il triangolo B indica il livello di benessere andato perso a causa dell'infrazione. In economia, questo fenomeno è chiamato "perdita del valore intrinseco", perdita secca.

Questi clienti possono comunque chiedere un risarcimento per il mancato guadagno; a questo proposito, la sezione III seguente illustra in che modo quantificare il danno. Esiste un altro tipo di clienti: i consumatori finali. Se non acquistano al prezzo P2, significa che non godono dell'utilità dei prodotti o dei servizi per i quali sarebbero stati disposti a pagare il prezzo P1¹¹⁰. Le norme giuridiche applicabili possono disporre il risarcimento, in tutto o in parte, del danno dovuto all'impossibilità di godere dell'utilità del prodotto. Quantomeno i consumatori finali che devono sostenere costi maggiori (ad esempio, per l'acquisto di un prodotto sostitutivo) e che hanno subito un danno reale¹¹¹, devono poter ottenere un risarcimento.

134. I paragrafi precedenti riassumono gli effetti principali sul mercato causati dalle infrazioni che hanno portato a un prezzo di vendita *maggiore*. Le infrazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE possono interessare anche il lato della domanda, con un conseguente abbassamento dei prezzi d'acquisto corrisposti dagli autori dell'infrazione nella propria fornitura dei prodotti, ad esempio nel caso di un cartello creato da un acquirente o di un abuso di potere di mercato da parte di un acquirente in posizione dominante rispetto ai propri fornitori. In questo caso, gli effetti in termini di prezzo si sostanzierebbero in un "sottoprezzo" per il fornitore dell'autore dell'infrazione e spesso anche in un sovrapprezzo per i mercati a valle, ossia per i clienti diretti e indiretti dell'autore dell'infrazione¹¹². Gli stessi metodi utilizzati per quantificare un sovrapprezzo possono essere impiegati, in linea di principio, per quantificare anche il sottoprezzo (ad esempio, i prezzi inferiori corrisposti dai partecipanti a un cartello creato da un acquirente rispetto ai propri fornitori).
135. Gli stessi metodi possono essere impiegati¹¹³, in linea di principio, anche nei casi in cui, ad un primo esame, non emerga alcun sovrapprezzo, dal momento che l'obiettivo dell'infrazione era quello di stabilizzare artificialmente i prezzi in un determinato lasso di tempo in cui i prezzi sarebbero diminuiti in presenza di normali circostanze di mercato (ossia in assenza dell'infrazione). Il termine "sovrapprezzo" verrà di seguito indicato per designare anche queste situazioni.

II. QUANTIFICAZIONE DEL SOVRAPPREZZO

136. Vari tipi di infrazione generano, direttamente o indirettamente, dei sovrapprezzi. Le azioni di risarcimento dei danni antitrust si occupano spesso dei sovrapprezzi generati dai cartelli, trattati nel prosieguo alla sezione A. La quantificazione dei sovrapprezzi generati da altri tipi di infrazioni sarà analizzata alla sezione B seguente.

¹¹⁰ Può accadere anche che i clienti sarebbero stati disposti a pagare un prezzo maggiore di P1, ma minore di P2.

¹¹¹ Per questo termine giuridico, cfr. cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Racc. 2006, pag. I-6619, punto 95.

¹¹² Allo scopo di far diminuire i prezzi dei fattori di produzione, i partecipanti al cartello di acquisto o gli acquirenti in posizione dominante con un potere sul mercato a valle potrebbero ridurre i propri acquisti, limitando anche le vendite della produzione e aumentando i prezzi a valle.

¹¹³ Solo il metodo basato sul raffronto tra periodi temporali nella variante del confronto "prima e durante" (ossia nel confronto tra i prezzi di infrazione e quelli pre-infrazione) si rivelerebbe ovviamente inadeguato, a meno che non vengano applicati l'analisi di regressione o semplici ritocchi per tenere conto dei fattori che porterebbero a una diminuzione dei prezzi in presenza di normali circostanze di mercato (ad esempio, un calo nei costi delle materie prime).

A. Quantificazione dei sovrapprezzi generati dai cartelli

137. In un'azione di risarcimento, sarà necessario quantificare il sovrapprezzo pagato dagli attori, nel quadro delle norme giuridiche applicabili. Studi di carattere economico e giuridico hanno analizzato gli effetti dei cartelli (la sezione 1 seguente riporta alcuni spunti tratti da questi studi).
138. Nelle azioni per il risarcimento del danno, è utile distinguere tra il sovrapprezzo iniziale corrisposto dal cliente diretto dell'impresa autrice dell'infrazione (cfr. sezione 2 seguente) e il possibile danno causato da tale sovrapprezzo ai clienti indiretti, ai vari livelli della catena di commercializzazione (sezione 3).

(1) Effetti dei cartelli

139. I cartelli consistono in accordi e pratiche concordate tra due o più imprese, volti a influenzare i parametri della concorrenza attraverso, ad esempio, la fissazione del prezzo di acquisto o di vendita o di altre condizioni commerciali, l'allocazione di quote di produzione o di vendita oppure la ripartizione dei mercati (incluse le manipolazioni delle gare d'appalto). Per capire se queste pratiche violano l'articolo 101 TFUE, non è necessario quantificare i loro effetti tangibili, in quanto l'obiettivo dell'accordo di cartello è la prevenzione, la restrizione o la distorsione della concorrenza¹¹⁴.
140. La violazione delle norme sulla concorrenza espone i membri del cartello al rischio di essere scoperti e quindi di essere soggetti a una sentenza che stabilisce un'infrazione e impone delle ammende. Il fatto che le imprese intraprendano comunque queste attività illecite indica di per sé che hanno l'aspettativa di ottenere vantaggi significativi dalle proprie azioni, prevedendo cioè che il cartello abbia degli effetti sul mercato e, quindi, sui propri clienti¹¹⁵.
141. Uno studio effettuato per conto della Commissione ha esaminato prove empiriche in merito all'esistenza degli effetti del sovrapprezzo e alla loro portata¹¹⁶. Questa analisi si basa su una serie di studi empirici esistenti sugli effetti dei cartelli. Nello specifico, esso tratta in dettaglio il campione di cartelli analizzato nel più rappresentativo studio esistente, tenendo in considerazione esclusivamente i cartelli a) che hanno avuto inizio dopo il 1960 (esaminando dunque solo i cartelli più recenti), b) per cui era disponibile una stima del sovrapprezzo medio (piuttosto che esclusivamente una stima del sovrapprezzo massimo o minimo), c) per cui lo studio di riferimento illustrava in maniera esplicita il metodo per calcolare la stima media del sovrapprezzo, e d) che erano stati esaminati in articoli accademici oggetto di una valutazione *inter pares* o in capitoli di alcune pubblicazioni¹¹⁷. Sebbene i risultati di

¹¹⁴ Sentenze del Tribunale nelle cause riunite T-25/95 ecc. *Cimenteries CBR SA/Commissione*, Racc. 2000, pag. II-491, punti 837, 1531, 2589; causa T-202/98, *Tate & Lyle/Commissione*, Racc. 2001, pag. II-2035, punti 72–74. Cfr. anche la comunicazione della Commissione "Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato", GU C 101 del 27.4.2004, pag. 97, paragrafi 20-23.

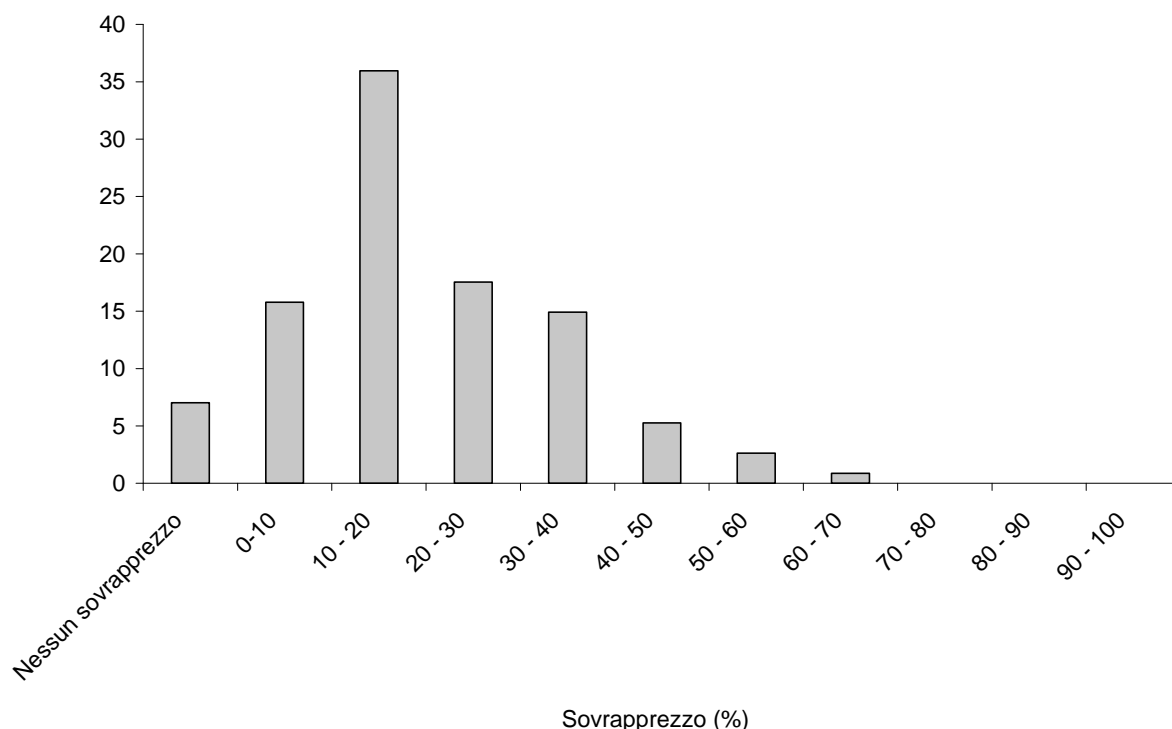
¹¹⁵ Cfr. anche la sentenza della *Kammergericht Berlin* (Corte d'appello di Berlino) del 1° ottobre 2009 nella causa n. 2 U 10/03, in cui il giudice ha fatto ricorso a un'argomentazione simile.

¹¹⁶ Studio esterno predisposto per la Commissione "Quantificazione dei danni causati dalla violazione delle norme antitrust" (2009), pag. 88 e seguenti, disponibile all'indirizzo internet <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹¹⁷ Lo studio considera complessivamente 114 cartelli basati su vari tipi di collusione, inclusa la manipolazione delle gare d'appalto. Il campione include cartelli internazionali e nazionali che hanno interessato un vasto numero di settori industriali diversi. Da un punto di vista geografico, il campione comprende anche gli Stati Uniti e il Canada, nonché i cartelli europei e di altre regioni.

questa analisi vadano interpretati con cautela¹¹⁸, lo studio intrapreso per la Commissione contiene alcune informazioni utili in merito agli effetti dei cartelli.

142. Sulla base dei dati osservati, dallo studio emerge che nel 93% di tutti i casi analizzati, i cartelli generano un sovrapprezzo. Per quanto concerne la portata del sovrapprezzo, lo studio offre i seguenti risultati¹¹⁹:



143. In base a questo studio, la gamma dei sovrapprezzi osservati è estremamente ampia (alcuni cartelli registrano perfino un sovrapprezzo superiore al 50%). Circa il 70% dei cartelli analizzati nello studio presentano un sovrapprezzo compreso tra il 10% e il 40%. Il sovrapprezzo medio osservato nei cartelli si attesta attorno al 20%.
144. Le osservazioni di questo studio sono in sintonia con quelle di altri studi empirici disponibili, secondo cui: a) gran parte dei cartelli danno luogo a un sovrapprezzo, e b) i sovrapprezzi osservati presentano scostamenti significativi. Inoltre, tutti gli altri studi empirici ottengono stime analoghe in merito alla portata dei sovrapprezzi medi, così come descritto in precedenza¹²⁰.
145. Queste osservazioni in merito agli effetti dei cartelli non sostituiscono la quantificazione del danno specifico subito dal soggetto danneggiato in un determinato caso. Tuttavia, sulla base di queste conoscenze empiriche, i giudici nazionali hanno ribadito come i cartelli generino normalmente un sovrapprezzo,

¹¹⁸ Nello specifico, appare plausibile che, nel contesto degli studi empirici, i cartelli che influiscono sul mercato ricevano più attenzione rispetto a quelli privi di effetti, cosa che potrebbe creare alcune distorsioni nei risultati. Per maggiori informazioni in merito all'interpretazione dei dati utilizzati nella ricerca, cfr. lo studio "Quantificazione dei danni causati dalla violazione delle norme antitrust", pag. 89 (vedi nota 116).

¹¹⁹ Studio "Quantificazione dei danni causati dalla violazione delle norme antitrust", pag. 91 (vedi nota 116). La portata è espressa come percentuale del prezzo effettivo. Ciò significa che se il prezzo effettivo (ossia il prezzo influenzato dall'infrazione) è pari a 100 EUR e il sovrapprezzo si attesta al 10%, il prezzo in assenza dell'infrazione dovrebbe essere pari a 90 EUR.

¹²⁰ Per ulteriori dettagli e riferimenti, cfr. lo studio "Quantificazione dei danni causati dalla violazione delle norme antitrust", pag. 89 e seguenti (vedi nota 116).

sostenendo inoltre che più il cartello è sostenibile e si protrae nel tempo, più sarebbe difficile per un convenuto sostenere che, in un caso concreto, non si è verificato alcun impatto negativo sui prezzi¹²¹. In realtà, queste conclusioni rientrano nella sfera degli ordinamenti giuridici nazionali.

(2) Sovrapprezzo iniziale corrisposto dal cliente diretto

146. Tutte le metodologie e le tecniche descritte nella parte 2 precedente possono essere impiegate, in linea di principio, per quantificare il sovrapprezzo iniziale corrisposto dai clienti diretti delle imprese autrici dell'infrazione. Altre tipologie di prova (come, ad esempio, un accordo specifico sull'aumento dei prezzi, come testimoniato dalla documentazione interna) possono fornire alcuni spunti interessanti sulla portata del sovrapprezzo. Dal momento che il sovrapprezzo iniziale consiste in un trasferimento di denaro dal cliente diretto alle imprese autrici dell'infrazione, qualsiasi informazione eventualmente disponibile in merito ai profitti illeciti realizzati dagli autori dell'infrazione può rivelarsi utile per quantificare il sovrapprezzo, anche se è possibile che il relativo ammontare venga sottostimato¹²².
147. Al fine di illustrare in che modo le metodologie e le tecniche possono essere utilizzate per stimare i prezzi in uno scenario di non infrazione e, in base a questa stima, determinare il sovrapprezzo corrisposto dai clienti delle imprese autrici dell'infrazione, è utile analizzare l'esempio del cartello della farina già citato nella parte 2¹²³.

Il cartello della farina

In questo esempio, la produzione di tutta la farina di un determinato Stato membro è nelle mani di quattro società di macinazione (Mulino A, Mulino B, Mulino C e Mulino D). Questi mulini acquistano i cereali da diversi agricoltori, li macinano, effettuano i trattamenti adeguati, confezionano la farina e la vendono ai panifici. I panifici utilizzano la farina per produrre il pane, che vendono non solo ai consumatori, ma anche a supermercati.

L'autorità nazionale garante della concorrenza avvia un'indagine fondata sul sospetto di una fissazione dei prezzi e, nel gennaio 2008, effettua accertamenti presso le sedi delle società di macinazione. Nel luglio 2010, l'autorità per la concorrenza emana una sentenza in cui definisce che tutte le quattro società di macinazione hanno violato l'articolo 101 TFUE partecipando, nel periodo compreso tra il 1 gennaio 2005 e il 31 dicembre 2007, a un'infrazione unica e continua relativa alla produzione di farina per l'intero Stato membro, perpetrata attraverso la fissazione dei prezzi.

Un panificio che ha acquistato la farina da una delle società di macinazione (Mulino A) cita in giudizio la società per chiedere il risarcimento del danno subito a causa dell'infrazione

¹²¹ Cfr. ad esempio, *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia, Germania), sentenza del 28 giugno 2005, causa n. KRB 2/05 (*Calcestruzzo trasportabile*), nell'ambito della valutazione dei guadagni illeciti dei partecipanti al cartello, allo scopo di calcolare l'ammenda.

¹²² Cfr. anche la sezione 33, paragrafo 3, punto 3 della legge tedesca contro le restrizioni della concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), secondo cui la proporzione degli utili realizzati dall'impresa autrice dell'infrazione mediante la violazione stessa può essere tenuta in considerazione all'atto di stimare i danni.

¹²³ Eventuali somiglianze di questo esempio con fatti reali sono da intendersi come puramente casuali; inoltre, l'esempio non rispecchia le opinioni della Commissione in merito a specifiche imprese o settori, o alla definizione del mercato nel settore in questione.

dell'articolo 101 TFUE¹²⁴. Il panificio sostiene che l'infrazione ha portato a un aumento dei prezzi della farina e chiede dunque un risarcimento per il pagamento del sovrapprezzo corrisposto per tutti gli acquisti effettuati nel 2005, 2006 e 2007.

148. Il panificio è un cliente diretto di una delle imprese autrici dell'infrazione. Se l'infrazione ha generato un aumento dei prezzi, il panificio ha pagato un sovrapprezzo per ciascuna unità di farina acquistata nel periodo in questione. Applicando le metodologie e le tecniche descritte sarà possibile ottenere una stima del prezzo della farina che il panificio avrebbe pagato in assenza dell'infrazione. Per determinare il sovrapprezzo per singola unità acquistata, sarà necessario sottrarre il prezzo di non infrazione dal prezzo che il panificio ha effettivamente corrisposto. Questo dato dovrà essere successivamente moltiplicato per il numero di unità acquistate dal panificio, così da determinare l'effettiva perdita diretta dovuta al sovrapprezzo (ipotizzando che non si siano verificate variazioni significative del sovrapprezzo nel periodo di infrazione). Per stimare il sovrapprezzo corrisposto dal panificio nell'esempio trattato, verrà illustrato l'impiego di metodi comparativi, visto che sono i più usati nella normale prassi e offrono spesso risultati utili per la quantificazione del sovrapprezzo iniziale.

a. Confronto temporale

149. Nell'esempio menzionato, il panificio ricorrente ha acquistato la farina dal Mulino A prima, durante e dopo il periodo in cui l'autorità nazionale garante della concorrenza ha riscontrato l'infrazione. Come già detto prima, per utilizzare i prezzi effettivamente corrisposti prima o dopo l'infrazione al fine di ricostruire lo scenario tariffario in assenza dell'infrazione, è necessario, in primo luogo, determinare quali sono i prezzi che sono stati interessati dall'infrazione. In altre parole, è necessario individuare il momento in cui l'infrazione della normativa antitrust ha iniziato a incidere sul mercato della farina e il momento in cui questo effetto è terminato.

150. Nel caso in esame, l'autorità nazionale garante della concorrenza ha definito la durata dell'infrazione. Infatti, la decisione descrive nel dettaglio le prove in possesso dell'autorità, da cui emerge che le società di macinazione si sono riunite nel gennaio 2005 per discutere i prezzi e hanno continuato a incontrarsi mensilmente, adeguando i rispettivi accordi tariffari. L'ultimo incontro si è tenuto nel dicembre 2007. L'autorità non ha riscontrato alcuna prova degli incontri dopo aver ispezionato le società nel gennaio 2008. In prima analisi, i prezzi applicati prima di gennaio 2005 e dopo dicembre 2007 sembrano costituire una base idonea per effettuare un confronto temporale. In realtà, come descritto nella parte 2, è necessario considerare anche l'effettiva utilità di questi dati come base di comparazione.

151. Come riferito in precedenza, la decisione di un'autorità garante della concorrenza potrebbe circoscrivere l'accertamento di un'infrazione a un determinato periodo per cui dispone di prove ben fondate, seppur indicando che l'infrazione potrebbe essersi protratta più a lungo¹²⁵. Potrebbe rivelarsi opportuno non utilizzare i dati sui prezzi relativi al periodo che potrebbe essere stato interessato dall'infrazione (e quindi includere un sovrapprezzo), sebbene tali dati possano essere utilizzati per definire un

¹²⁴ L'ordinamento nazionale potrebbe disporre che tutti i partecipanti di un cartello siano responsabili in solido per l'intera porzione del danno causato dal cartello. L'esempio discusso non ha alcuna incidenza su tali norme.

¹²⁵ Cfr. paragrafo 42, parte 2, sezione II.

limite minimo per la stima dei danni, ossia una stima sicura dell'entità effettiva minima del danno subito.

152. Inoltre, le tempistiche dell'infrazione della normativa antitrust possono differire da quelle degli effetti della violazione stessa: le società di macinazione hanno violato l'articolo 101 TFUE stipulando un accordo anticoncorrenziale. Al fine di determinare quali, tra i prezzi osservati, potrebbero essere considerati come non influenzati dall'infrazione, è necessario analizzare le tempistiche degli effetti dell'accordo e non la sua conclusione. Dimostrando che le società si sono incontrate per la prima volta a gennaio 2005, ma che l'accordo è stato attuato a partire da marzo 2005, i prezzi applicati prima di marzo 2005 non risulterebbero alterati dall'infrazione.
153. In merito all'adeguatezza, o meno, di ricorrere a rilevazioni dei prezzi post-infrazione, è possibile che il cartello abbia avuto degli effetti sul mercato anche dopo che i partecipanti hanno posto fine al tipo di concertazione vietata dall'articolo 101 TFUE¹²⁶. Ciò può verificarsi, in particolare, in caso di mercati oligopolistici, dove le informazioni raccolte attraverso il cartello potrebbero consentire ai partecipanti di adottare in maniera sostenibile (e al termine dell'infrazione della normativa antitrust) un piano di intervento volto a vendere a un prezzo maggiore rispetto a quello generalmente applicabile in assenza dell'infrazione, senza intraprendere pratiche vietate dall'articolo 101 TFUE¹²⁷. Inoltre può accadere che, al termine del cartello, gli ex partecipanti ricorrano a un altro tipo di infrazione delle norme sulla concorrenza, volto ad aumentare i prezzi applicati alla clientela. In questi casi, un eventuale confronto temporale basato sui prezzi osservati al termine dell'infrazione potrebbe portare a sottostimare il sovrapprezzo corrisposto dai clienti degli autori dell'infrazione, visto che i prezzi post-infrazione potrebbero essere ancora influenzati da una violazione. Laddove, nell'esempio citato, il panificio ricorrente abbia ragione di credere che questa situazione si sia verificata nel caso dei prezzi corrisposti nel 2008 e successivamente, nelle richieste avanzate al giudice potrebbe utilizzare questi prezzi esclusivamente per stimare un limite inferiore del danno derivante dal sovrapprezzo corrisposto.
154. Nell'esempio considerato, il panificio ricorrente rileva che i prezzi corrisposti prima dell'infrazione sono adatti per stimare il probabile prezzo ipotetico. Confrontando i prezzi di infrazione e di non infrazione osservati, il panificio ipotizza implicitamente che l'intera differenza tra i prezzi corrisposti negli anni di non infrazione 2003 e 2004 e quelli pagati negli anni di infrazione 2005, 2006 e 2007 è dovuta alla violazione. Tuttavia, anche altre cause diverse dall'infrazione potrebbero aver influito significativamente sull'andamento dei prezzi durante il periodo di infrazione. Ad esempio, anche le variazioni nei prezzi dei cereali potrebbero aver influito sull'andamento dei prezzi e possono essere calcolate utilizzando le tecniche definite alla parte 2, sezione II, paragrafo B. Nella misura in cui possano essere individuati altri effetti e i dati sui prezzi vengano conseguentemente adeguati, la tesi per cui la differenza residua tra i prezzi nel periodo di infrazione e di non infrazione sarebbe dovuta all'infrazione stessa acquista ancor più credibilità¹²⁸. Le circostanze in cui gli

¹²⁶ Cfr. anche paragrafo 43, parte 2, sezione II.

¹²⁷ Per ulteriori informazioni in merito al funzionamento di questi "effetti coordinati" cfr. Commissione, Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GU C 31 del 5.2.2004, pag. 5, paragrafo 39.

¹²⁸ Ciò non pregiudica l'applicazione di norme nazionali che consentano all'attore di ricorrere a confronti basilari, non rettificati, tra i prezzi imposti nei periodi di infrazione e di non infrazione, al fine di intraprendere un atto processuale o di assolvere gli obblighi a lui imposti in base alle norme giuridiche

attori o i convenuti dovrebbero far uso di tali correzioni dipendono dalle norme applicabili.

b. Altri metodi comparativi

155. In aggiunta ai confronti temporali, anche gli altri metodi comparativi descritti in precedenza alla parte 2 possono rivelarsi utili per quantificare l'importo del sovrapprezzo iniziale corrisposto dal cliente diretto. Nell'esempio del cartello della farina, il panificio ricorrente potrebbe alternativemente elaborare un confronto con i prezzi applicati su un altro mercato geografico o del prodotto, in modo tale da dimostrare il livello di prezzi che sarebbe stato applicato sul proprio mercato in assenza dell'infrazione.
156. Una possibilità potrebbe essere rappresentata dal confronto con i dati sui prezzi osservati su un altro mercato geografico della farina. Supponendo che il cartello della farina descritto in precedenza abbia interessato un mercato nazionale, i dati sui prezzi di un altro Stato membro potrebbero essere impiegati per determinare il prezzo di non infrazione. Nel caso di mercati con un ambito regionale sub-nazionale, i prezzi di vendita della farina di un altro mercato regionale potrebbero costituire un punto di riferimento adeguato.
157. Per poter rappresentare un indicatore adeguato del livello di prezzi che si sarebbe avuto in assenza dell'infrazione, i prezzi di confronto non dovrebbero essere influenzati dalla stessa infrazione, o da una violazione simile, delle norme sulla concorrenza. Se, nel caso del cartello della farina, vengono utilizzati dati sui prezzi provenienti da un mercato geografico contiguo ed è stato appurato che l'accordo anticoncorrenziale ha interessato anche questo mercato, le tariffe di tale mercato porterebbero a sottostimare il sovrapprezzo. Inoltre, nel caso di mercati contigui, l'infrazione verificatasi su un mercato potrebbe aver influenzato il mercato contiguo (ad esempio, con un aumento della domanda nel mercato non interessato dall'infrazione), non rispecchiando così i prezzi di non infrazione.
158. Nel caso in cui il mercato di confronto presenti caratteristiche diverse, i dati sui prezzi di questo mercato potrebbero non fornire un'indicazione sufficiente sui prezzi che sarebbero stati applicati in assenza dell'infrazione. Nell'esempio trattato, il mercato interessato dall'infrazione viene rifornito da quattro società di macinazione. Ad esempio, se è possibile dimostrare che, prima che si verificassero le pratiche illegali, il mercato era caratterizzato da una forte concorrenza, i dati sui prezzi di un mercato contiguo caratterizzato dalla presenza di una società di macinazione dominante potrebbero non rispecchiare adeguatamente i prezzi che sarebbero stati applicati in assenza dell'infrazione e potrebbero rappresentare soltanto una base per effettuare una stima minima.
159. Se il panificio ricorrente utilizza i dati sui prezzi di un mercato geografico diverso così come sono stati osservati, ipotizza implicitamente che le differenze residue tra i prezzi effettivamente corrisposti agli autori dell'infrazione e quelli predominanti sul mercato di confronto, sono dovute all'infrazione. A seconda delle circostanze del caso e dei requisiti della legge applicabile, le tecniche descritte nella parte 2, sezione II, paragrafo B possono essere impiegate per individuare e considerare eventuali influssi di altro tipo sui prezzi.

nazionali in merito all'allegazione dei fatti (in particolare, nel caso in cui il diritto nazionale consenta ai giudici di determinare il risarcimento del danno approssimando la stima o la determinazione su una base equitativa). Inoltre, le norme relative al grado e all'onere della prova rimangono inalterate.

160. Un'altra possibilità per stimare il prezzo di non infrazione è rappresentata dal confronto con i dati sui prezzi osservati su altri mercati del prodotto. Nel caso della farina, potrebbe essere difficile trovare un mercato del prodotto sufficientemente simile e non interessato dalla stessa infrazione o da una violazione analoga.

(3) Il trasferimento dei sovrapprezzi

161. I clienti diretti delle imprese autrici dell'infrazione che pagano un sovrapprezzo legato al cartello potrebbero, a loro volta, rivendere i prodotti interessati (o utilizzarli come input per la produzione di altri beni o servizi). Nell'esempio precedente del cartello della farina, i panifici sono i clienti diretti delle imprese autrici dell'infrazione e utilizzano la farina acquistata per fare il pane, che poi rivendono direttamente ai clienti finali oppure ai supermercati. In risposta all'aumento dei prezzi che si trovano a fronteggiare, i clienti diretti (i panifici) potrebbero aumentare i prezzi dei beni o dei servizi offerti (in questo caso, il pane che rivendono) trasferendo, integralmente o in parte, il sovrapprezzo iniziale alla propria clientela (i consumatori o i supermercati). Lo stesso effetto si ottiene nel caso in cui siano i clienti *indiretti* (come i supermercati) ad aumentare a loro volta i prezzi di vendita nell'ambito delle proprie attività commerciali con la clientela, trasferendo così un sovrapprezzo che era stato inizialmente trasferito a loro stessi.
162. Questo trasferimento di sovrapprezzi implica generalmente un effetto sui volumi: come descritto in precedenza ai paragrafi 128 e seguenti, un aumento dei prezzi genera normalmente un calo della domanda. Nell'esempio del cartello sulla farina, nella misura in cui il panificio trasferisce il sovrapprezzo aumentando i prezzi del pane fornito ai supermercati e ai clienti finali, esso potrebbe mitigare l'impatto finanziario negativo del sovrapprezzo sulla propria situazione, ma subirebbe un calo della domanda¹²⁹. Infatti, per il panificio la diminuzione della domanda significa minori vendite e un mancato guadagno, danno anch'esso causato dall'infrazione e che dovrebbe essere risarcito (cfr. sezione III seguente).
163. L'aumento dei prezzi generato dal trasferimento e il calo delle vendite sono quindi correlati tra loro. Infatti, sia gli effetti del trasferimento che quelli sui volumi sono causati dagli stessi fattori, in particolare l'elasticità della domanda da parte dei clienti a valle, in quanto le condizioni del mercato relative alla domanda a valle influiscono sia sul prezzo di vendita, sia sui corrispondenti volumi di vendita con cui il panificio andrebbe a massimizzare i propri profitti.
164. Nel caso di una richiesta di compensazione dei sovrapprezzi nel contesto di un'azione di risarcimento dei danni antitrust, il trasferimento dei sovrapprezzi può risultare rilevante in due diverse situazioni.
- (a) in un ricorso proposto dal cliente diretto, che chiede il risarcimento del sovrapprezzo iniziale corrisposto (nell'esempio trattato, l'azione intrapresa dal panificio nei confronti del Mulino A), il convenuto potrebbe sostenere che il cliente diretto non dovrebbe essere risarcito per il danno da sovrapprezzo nella misura in cui abbia aumentato a sua volta i prezzi, trasferendo così il sovrapprezzo. Questa eccezione viene generalmente chiamata "eccezione di trasferimento" (*passing-on defence*). Come riferito sopra, il trasferimento

¹²⁹

Il nesso tra una società che trasferisce un sovrapprezzo e il proprio volume delle vendite è stato sottolineato, in un contesto diverso, anche dalla Corte di giustizia nella causa C-147/01, *Weber's Wine World*, Racc. 2003, pag. I-11365, punti 98-99: "anche quando è provato che [...] l'onere [...] è stato parzialmente o totalmente ripercosso sui terzi [...], il soggetto potrebbe subire un danno dovuto ad una diminuzione di volume delle sue vendite".

effettuato dall'acquirente potrebbe portare a un calo delle vendite e, di conseguenza, a un mancato guadagno;

- (b) un ricorso proposto da un cliente indiretto a carico dell'autore dell'infrazione (ad esempio, un supermercato o un consumatore che ha acquistato il pane dal panificio e che intenta un'azione nei confronti della società di macinazione) si fonderà anch'esso sull'argomentazione del trasferimento. Infatti, l'acquirente indiretto può chiedere il risarcimento per il sovrapprezzo solo nel caso in cui il sovrapprezzo iniziale corrisposto dal cliente diretto gli sia stato trasferito interamente o in parte. Questo aspetto può essere importante per le parti danneggiate che si trovano a livelli diversi della catena di commercializzazione, inclusi i clienti finali.
165. Esistono norme giuridiche diverse in merito alla disponibilità della cosiddetta eccezione di trasferimento e all'onere della prova in questo contesto¹³⁰. Le indicazioni economiche in merito alla quantificazione del trasferimento (paragrafi 167 e seguenti) possono rivelarsi utili indipendentemente dalle previsioni normative.
166. Nelle due situazioni illustrate, gli attori e i convenuti potrebbero affidarsi a due approcci diversi per sostenere che il sovrapprezzo sarebbe stato trasferito al cliente indiretto. Potrebbero:
- (a) quantificare il sovrapprezzo iniziale e determinare il tasso di trasferimento al cliente indiretto, possibilmente a più livelli della catena di commercializzazione, utilizzando le tecniche econometriche descritte in precedenza, oppure
 - (b) utilizzare le metodologie e le tecniche analizzate sopra, al fine di definire se il cliente indiretto in questione ha effettivamente pagato un sovrapprezzo. Questo secondo approccio sarà spesso più facile da applicare.
167. Ad esempio, nel caso in cui un cliente indiretto intenti un'azione di risarcimento per un sovrapprezzo generato da un cartello, questo cliente indiretto può dimostrare l'esistenza di un sovrapprezzo iniziale, e che tale sovrapprezzo gli è stato trasferito¹³¹, oppure potrebbe quantificare il sovrapprezzo a lui trasferito nello stesso modo in cui un cliente diretto quantificherebbe un sovrapprezzo iniziale, ossia confrontando il prezzo effettivo corrisposto con il potenziale prezzo in uno scenario di non infrazione. I metodi comparativi possono fornire spunti utili in merito all'importo del sovrapprezzo pagato dai clienti indiretti, senza dover necessariamente individuare il livello di trasferimento. Ad esempio, ricorrendo a un confronto temporale per i prezzi corrisposti dal cliente indiretto prima e durante l'infrazione, è possibile stabilire l'aumento dei prezzi correlato all'infrazione, senza dover definire il tasso di trasferimento.
168. Non è possibile definire un tasso di trasferimento tipico, da poter applicare alla maggior parte dei casi. Piuttosto, sarà necessario esaminare attentamente tutte le caratteristiche del mercato in questione, al fine di valutare i tassi di trasferimento. In casi concreti, l'esistenza e il livello del trasferimento vengono determinati in base a

¹³⁰ Cfr. Libro bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie [COM(2008) 165 definitivo del 2.4.2008] per i suggerimenti riguardanti il trattamento del trasferimento nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust.

¹³¹ Laddove il cliente indiretto motivi la propria richiesta facendo riferimento a un tasso di trasferimento e l'infrazione riguardi un fattore di costo esiguo rispetto al costo complessivo del prodotto, i tassi di trasferimento di altri fattori di costo più significativi, e più facilmente stimabili, potrebbero rappresentare un indicatore utile.

una serie di criteri diversi e, per questa ragione, possono essere valutati esclusivamente tenendo in considerazione le condizioni del mercato in questione.

169. Nei casi in cui il cliente diretto delle imprese autrici dell'infrazione utilizzi i beni oggetto del cartello per competere in un mercato a valle, è probabile che non riuscirà a trasferire questo aumento dei costi (oppure sarà in grado di farlo solo in maniera molto limitata) se i propri concorrenti nel mercato a valle non sono soggetti a un sovrapprezzo uguale o simile (ad esempio, qualora ricevano i fattori di produzione da un mercato non soggetto al cartello). Nell'esempio del cartello della farina, il panificio ricorrente è in concorrenza con altri fornai per la produzione e l'approvvigionamento del pane. Nella misura in cui gli altri panifici non ricevano la farina dai partecipanti al cartello, bensì la acquistino da altre fonti a un prezzo inferiore, il panificio che deve acquistare dalle imprese aderenti al cartello subisce uno svantaggio concorrenziale rispetto ai propri concorrenti, che gli impedisce di trasferire il costo supplementare del sovrapprezzo.
170. Qualora il cartello incida su tutte le imprese nel mercato a valle e quindi queste subiscano similmente un sovrapprezzo diretto, è probabile che il cliente diretto sia in grado di trasferire almeno parte del sovrapprezzo. Il grado di trasferimento è influenzato dal livello di concorrenza presente sul mercato a valle: se quest'ultimo è perfettamente concorrenziale, il tasso di trasferimento sarà virtualmente pari al 100%. Questo è dovuto al fatto che, nei mercati perfettamente concorrenziali, il prezzo è uguale ai costi marginali e un aumento dei prezzi per i fattori produttivi implicherà un aumento dei costi/prezzi alla produzione. Nel caso dei mercati non perfettamente concorrenziali, è probabile che le aziende interessate trasferiranno almeno parte del sovrapprezzo, ma non necessariamente l'intero ammontare. Ad esempio, se il cliente diretto è un monopolista sul mercato a valle, sceglierà un tasso di trasferimento che rifletta un prezzo orientato a massimizzare i suoi profitti, considerando il calo della domanda che verrebbe probabilmente innescato dal trasferimento del sovrapprezzo¹³².
171. Tra le altre caratteristiche che potrebbero influire sul livello di trasferimento in queste situazioni (presupponendo che altri elementi siano costanti) sono incluse:
- l'elasticità della domanda rispetto al prezzo, nonché il livello di sensibilità dei clienti agli aumenti di prezzo. In particolare, il trasferimento è generalmente più probabile se i clienti non cambiano facilmente prodotto a fronte di un aumento del prezzo (domanda anelastica) e se diventano meno sensibili agli incrementi di prezzo quando i prezzi sono maggiori;
 - la variazione del costo marginale al variare della produzione. Ad esempio, un trasferimento consistente è meno probabile se il costo marginale diminuisce significativamente a seguito di un calo della produzione, dal momento che i costi di produzione diminuirebbero a fronte di una riduzione della produzione (ad esempio, in presenza di limiti di capacità); al contrario, un trasferimento consistente è più probabile se il costo marginale non diminuisce in maniera marcata a seguito di un calo della produzione (ad esempio, dovuto all'assenza di limiti di capacità);

¹³²

La portata effettiva del trasferimento dipenderà dalla domanda riscontrata dal cliente diretto e dalla sua struttura dei costi. Ad esempio, nel caso di un monopolista che si trova ad affrontare una domanda piuttosto lineare (ossia il rapporto tra la quantità e il prezzo può essere rappresentato da una linea retta) e costi marginali costanti, il trasferimento ammonta al 50% del sovrapprezzo diretto.

- l'impatto dell'infrazione sui vari tipi di costi. Il trasferimento è più probabile se l'infrazione si ripercuote sui costi variabili, piuttosto che sui costi fissi;
- la durata dell'infrazione e la frequenza degli scambi commerciali. Se le infrazioni si protraggono nel tempo, è più probabile che si verifichi un trasferimento; lo stesso vale per quei settori in cui gli scambi commerciali e gli adeguamenti dei prezzi sono frequenti.

B. *Quantificazione dei sovrapprezzi causati da altri tipi di infrazioni che generano un danno da sovrapprezzo*

172. Il cartello è solo una delle infrazioni che portano a un aumento dei prezzi per la clientela delle imprese autrici dell'infrazione, con un conseguente danno da sovrapprezzo (o da "sottoprezzo", nel caso delle violazioni riguardanti la fornitura alle imprese autrici dell'infrazione). Tra gli altri esempi di comportamenti che possono generare un danno da sovrapprezzo rientrano le infrazioni dell'articolo 101 TFUE, perpetrate da determinate imprese comuni anticoncorrenziali, nonché l'imposizione abusiva di prezzi eccessivi da parte di un'impresa dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE.
173. Queste infrazioni sono accomunate dal fatto che possono consentire, in maniera diretta o indiretta, alle imprese autrici dell'infrazione di aumentare i prezzi alla propria clientela¹³³. Il pagamento di questo sovrapprezzo porta, a sua volta, a un calo della domanda e quindi a un effetto sui volumi, come descritto in precedenza.
174. Le metodologie e le tecniche che sono state descritte in precedenza con riferimento al sovrapprezzo generato dal cartello¹³⁴ possono in linea di principio essere utilizzate per quantificare il danno da sovrapprezzo risultante da altre infrazioni. Il punto di partenza è sapere quale sarebbe stata la situazione dell'attore se l'infrazione in questione non fosse stata commessa.

III. QUANTIFICAZIONE DEL DANNO GENERATO DALL'EFFETTO SUI VOLUMI

175. Un aumento dei prezzi di un determinato prodotto porta a un calo della domanda. La misura in cui i prezzi salgono e le quantità diminuiscono a seguito di un'infrazione dipende dagli stessi parametri di costo e domanda, e può essere determinata congiuntamente. Per questa ragione, gli effetti sul sovrapprezzo e sui volumi sono legati in maniera intrinseca.
176. Nel caso di un sovrapprezzo per un cliente intermedio (come analizzato sopra ai paragrafi 161 e seguenti), l'effetto sui volumi è strettamente correlato anche al trasferimento dei sovrapprezzi lungo la catena di commercializzazione, fino al cliente finale: se un cliente delle imprese autrici dell'infrazione non trasferisce il sovrapprezzo, assorbendolo dunque interamente, le sue vendite non caleranno a causa dell'infrazione, dal momento che la sua clientela non subirà un aumento dei prezzi dovuto all'infrazione. Tuttavia, nei casi in cui il sovrapprezzo venga trasferito, interamente o in parte, al cliente finale, quest'ultimo sarà soggetto all'aumento dei prezzi descritto al paragrafo 128, con una contestuale riduzione della sua domanda. A sua volta, questo implicherà un calo della domanda a monte della catena di commercializzazione.

¹³³ Oppure, se l'infrazione si riferisce alla fornitura delle imprese autrici dell'infrazione, di abbassare i prezzi che questi fornitori ottengono dai propri clienti.

¹³⁴ Si vedano i paragrafi 149 e seguenti, e 155 e seguenti.

177. Come illustrato sopra, per i clienti diretti o indiretti delle imprese autrici dell'infrazione che utilizzano il prodotto in questione per le proprie attività commerciali, il calo della domanda ("effetto sui volumi") si riflette in una diminuzione delle vendite dovuta all'infrazione e una perdita dei profitti che sarebbero stati realizzati sulle unità invendute a causa di questo effetto. Questo mancato guadagno costituisce un danno per cui può essere richiesto un risarcimento¹³⁵ e, in linea di principio, è possibile utilizzare le metodologie e le tecniche descritte alla parte 2 per quantificarlo¹³⁶.
178. In particolare, le metodologie e le tecniche comparative (la cui applicazione nella quantificazione del sovrapprezzo iniziale corrisposto dal cliente diretto è stata precedentemente analizzata) possono fornire all'attore alcuni spunti utili per determinare il calo del proprio fatturato e dei profitti. Ad esempio, è possibile ricorrere a un confronto temporale o tra mercati per ricostruire il volume delle vendite nello scenario di non infrazione, ossia quante unità avrebbe venduto l'attore in assenza dell'infrazione. In maniera analoga, queste metodologie e tecniche possono essere applicate per ottenere il margine di profitto ipotetico in uno scenario di non infrazione. In alcuni casi, un giudice potrebbe convenire di utilizzare questi metodi in maniera semplificata, ad esempio determinando un margine di profitto medio per transazione e poi moltiplicandolo per le unità invendute a causa dell'infrazione¹³⁷.
179. Il mancato guadagno è una forma di danno che viene spesso associata alle infrazioni che portano all'esclusione di imprese concorrenti dal mercato. La parte 4 della presente Guida pratica di orientamento tratta nello specifico la quantificazione di questo tipo di danno. Le indicazioni illustrate in tale parte possono rivelarsi utili anche per la quantificazione del mancato guadagno a causa di un aumento dei prezzi.

¹³⁵ Cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Racc. 2006, pag. I-6619, punto 95.

¹³⁶ Ad eccezione del metodo basato sui costi.

¹³⁷ Cfr. anche sotto, paragrafo 191.

PARTE 4 - Quantificazione del danno generato da pratiche di esclusione

I. EFFETTI DELLE PRATICHE DI ESCLUSIONE

180. Le infrazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE possono avere l'effetto di escludere completamente imprese concorrenti da un mercato, oppure di ridurre le quote di mercato. Gli effetti delle infrazioni sulla concorrenza vengono comunemente definiti come "preclusione". Alcuni esempi di queste pratiche sono gli abusi di posizione dominante (vietati dall'articolo 102 TFUE), che si sostanziano attraverso le pratiche predatorie, gli accordi di esclusiva, il rifiuto di effettuare forniture, le vendite abbinate e aggregate o la compressione dei margini¹³⁸. Tali abusi sono chiamati "abusi di esclusione". La preclusione di un concorrente può essere anche l'oggetto o l'effetto di una pratica vietata dall'articolo 101 TFUE. È possibile dunque fare riferimento alle "pratiche di esclusione" che ricomprendono le infrazioni degli articoli 101 e 102 TFUE.
181. Ricorrendo a pratiche di esclusione vietate dalle norme sulla concorrenza previste dal trattato, gli autori dell'infrazione distorcono la concorrenza per migliorare, o preservare artificialmente, la propria posizione sul mercato. Questo influisce direttamente sui concorrenti, deteriorando la loro posizione sul mercato, costringendoli ad abbandonarlo o facendo in modo che non vi abbiano accesso. Le pratiche di esclusione possono incidere sui costi sostenuti da un concorrente, sul prezzo stabilito per i suoi prodotti o sui volumi di produzione e di vendita, portando generalmente a un mancato guadagno.
182. Inoltre, incidendo in maniera illecita sulla posizione di mercato dei concorrenti e quindi sul livello di concorrenza del mercato, queste pratiche rappresentano un danno per i clienti, in ragione di un aumento dei prezzi o una diminuzione della scelta, della qualità o del grado di innovazione. In realtà, gli effetti negativi generati dalle pratiche di esclusione sulla clientela potrebbero non manifestarsi immediatamente, dal momento che queste pratiche hanno impatto in primo luogo sui concorrenti, riducendo le pressioni concorrenziali che essi esercitano sugli autori dell'infrazione. Se le infrazioni descritte nella parte 3 generano di regola proventi illeciti immediati per gli autori dell'infrazione, con un contestuale danno diretto per la clientela, le pratiche di esclusione possono creare uno svantaggio iniziale per gli autori dell'infrazione e dare vita a prezzi più vantaggiosi per i clienti nel breve periodo, come tipicamente avviene in caso di prezzi predatorie. Le sezioni seguenti tratteranno separatamente la quantificazione del danno subito dai concorrenti (sezione II) e dalla clientela (sezione III).
183. Il trattato garantisce il diritto al risarcimento ai consumatori e alle imprese che hanno subito un danno a causa di pratiche di esclusione, indipendentemente dal fatto che siano clienti o concorrenti degli autori dell'infrazione. Come affermato in precedenza, la Corte di giustizia ha specificato che tale risarcimento comprende non solo il danno realmente subito (*damnum emergens*), ma anche il guadagno di cui i soggetti sono stati privati a causa dell'infrazione (mancato guadagno o *lucrum cessans*), nonché il pagamento degli interessi¹³⁹. Allo scopo di quantificare il danno derivante dalle pratiche di esclusione, le sezioni seguenti faranno in primo luogo

¹³⁸ Per una descrizione di queste pratiche, cfr. anche la comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, GU C 45 del 24.2.2009, pag. 7.

¹³⁹ Cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Racc. 2006, pag. I-6619, punto 95.

riferimento al concetto di "mancato guadagno", in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia. Il concetto di "mancato guadagno" verrà utilizzato in senso ampio per indicare le differenze tra gli utili effettivi generati da un'impresa e gli utili che sarebbero stati realizzati in assenza dell'infrazione. Gli approcci di seguito descritti per quantificare il mancato guadagno non pregiudicano la possibilità per i soggetti danneggiati di chiedere il risarcimento in base ad altre voci di danno, conformemente alla normativa nazionale. In realtà, alcuni elementi del mancato guadagno potrebbero essere classificati, in senso ampio, secondo concetti giuridici diversi, conformemente alla normativa degli Stati membri (come la perdita di chance¹⁴⁰ o la lesione della reputazione) e potrebbero esserci anche voci di danno generate da comportamenti di esclusione che vanno oltre il concetto di mancato guadagno.

II. QUANTIFICAZIONE DEL DANNO PER I CONCORRENTI

184. Il mancato guadagno per i concorrenti può essere causato da minori entrate (ad esempio, dovute al calo dei volumi che i concorrenti sono in grado di vendere) o da maggiori costi (nel caso in cui l'infrazione influisca sul prezzo di un fattore produttivo). La situazione globale può riflettersi in un calo della quota di mercato dei concorrenti. Dopo una breve descrizione di come le pratiche di esclusione influiscano sulla concorrenza nel tempo (A) e una sintesi dell'approccio generale per la quantificazione del mancato guadagno (B), le sezioni di seguito riportate tratteranno alcune situazioni tipiche relative alla quantificazione delle pratiche di esclusione, in particolare nel caso in cui interessino i concorrenti esistenti (C) e i nuovi operatori (D) e laddove il danno prodotto si ripercuota anche in futuro (E).

A. *La dimensione temporale delle pratiche di esclusione*

185. A seconda del periodo considerato, le pratiche di esclusione possono influire in vari modi sulla concorrenza. Nelle fasi iniziali di una pratica di esclusione, i concorrenti incontrano delle difficoltà nel vendere i prodotti o (laddove la pratica riguardi il mercato a monte) ottenere le forniture, con un deterioramento dei propri profitti a causa di costi maggiori o entrate minori. I concorrenti potrebbero tipicamente assistere a un calo delle proprie quote di mercato o riscontrare una quota di mercato inferiore a quella che avrebbero ottenuto in assenza dell'infrazione (ad esempio, nel caso in cui la loro espansione venga ostacolata). Questa fase potrebbe coincidere con un aumento degli utili per gli autori dell'infrazione. Ciò non è scontato, dal momento che questi ultimi potrebbero dover sostenere dei costi per l'attuazione delle pratiche di esclusione (ad esempio, abbassamento del prezzo, mancata fornitura di un concorrente con un contestuale calo delle vendite, offerta di sconti o vantaggi di altro tipo alla clientela con una probabile diminuzione degli utili nel breve termine). I concorrenti potrebbero anche essere completamente esclusi dal mercato.
186. Dopo aver impedito ai concorrenti di entrare sul mercato, o una volta ridotta o eliminata la loro presenza, gli autori dell'infrazione generalmente recuperano e traggono vantaggio da un aumento degli utili, a scapito della clientela e dei concorrenti esclusi. In questi casi (subito dopo l'inizio dell'infrazione o dopo un certo lasso di tempo), i clienti potrebbero dover pagare prezzi maggiori e subire un calo della qualità o della scelta. La totale esclusione di un concorrente da un mercato non implica necessariamente che questi effetti si abbattano sulla clientela. Questi effetti si possono verificare fin dall'inizio delle pratiche di esclusione e anche se i

¹⁴⁰ La perdita di chance indica le opportunità commerciali perse da un'impresa a causa di una pratica illecita di esclusione.

concorrenti sono ancora sul mercato, a condizione che la loro pressione concorrenziale sia stata indebolita.

187. Le condizioni concorrenziali potrebbero essere progressivamente ripristinate una volta che la pratica di esclusione è stata accertata da un'autorità pubblica o è stata portata a termine a seguito di azioni private. È importante sottolineare come, in molti casi, il ripristino delle condizioni di mercato alla situazione pre-infrazione sia praticamente impossibile. Ciò dipende principalmente dagli effetti strutturali dell'infrazione, che potrebbero essere complessi e lunghi da smantellare (obblighi contrattuali esistenti, effetti di rete o altre barriere all'ingresso per un concorrente escluso). Pertanto, in alcuni casi non può esserci una piena convergenza tra lo scenario di non infrazione e l'effettivo sviluppo del mercato.

B. Approccio generale alla quantificazione dei mancati guadagni

188. Per determinare se, e in quale misura, i concorrenti abbiano subito un mancato guadagno, è necessario confrontare il guadagno realizzato dai concorrenti durante l'infrazione sul mercato interessato dalla stessa con quello che avrebbero realizzato in uno scenario di non infrazione (ossia lo scenario controfattuale)¹⁴¹. Ogniquale volta si dimostri che il concorrente escluso avrebbe realizzato maggiori guadagni in uno scenario di non infrazione e che la differenza è dovuta proprio all'infrazione, il concorrente ha subito un danno anche se la sua quota di mercato è rimasta invariata o gli utili sono aumentati in ragione di altri fattori¹⁴².
189. Gli utili effettivi realizzati dall'impresa in questione vengono generalmente determinati detraendo i costi effettivamente sostenuti dai ricavi ottenuti. Analogamente, gli utili che sarebbero stati realizzati in uno scenario di non infrazione (utili controfattuali) possono essere calcolati detraendo i costi stimati in uno scenario di non infrazione (costi controfattuali)¹⁴³ dai ricavi attesi in assenza dell'infrazione (ricavi controfattuali)¹⁴⁴. L'ammontare del mancato guadagno è dato dalla differenza tra utili controfattuali ed effettivi. Nel caso in cui sia stato impedito l'accesso, gli utili effettivi sono generalmente pari a zero o addirittura di segno negativo se il concorrente escluso ha sostenuto dei costi (ad esempio, investimenti per entrare nel mercato) che non hanno generato alcun ricavo.
190. Questo approccio di base per calcolare il mancato guadagno può essere attuato in vari modi. Ad esempio, è possibile confrontare i ricavi del concorrente escluso nello scenario di non infrazione, con i ricavi effettivi del mercato interessato dall'infrazione. Una volta individuati i ricavi persi, per ottenere il valore del mancato guadagno è possibile detrarre i costi che l'impresa non ha sostenuto in ragione dei minori volumi prodotti. Questo approccio per il calcolo del mancato guadagno non

¹⁴¹ Ciò non è rilevante in caso di azioni volte a recuperare solo una porzione della perdita, ad esempio soltanto i costi supplementari sostenuti. In pratica, queste domande sono dovute anche alla disponibilità di approcci più diretti per la quantificazione del danno subito. Cfr. sotto, paragrafo 192.

¹⁴² Ad esempio, un nuovo operatore, con un potenziale elevato di crescita, potrebbe mantenere i propri livelli di profitto, che sarebbero stati tuttavia maggiori in assenza dell'infrazione.

¹⁴³ Per stimare i guadagni persi dall'impresa in questione, è necessario considerare i costi aggiuntivi che avrebbe dovuto sostenere per aumentare la produzione. In questo contesto, il costo unitario sostenuto dall'impresa non corrisponde necessariamente al costo unitario nello scenario controfattuale. Ad esempio, nel caso di rendimenti di scala crescenti, il costo unitario nello scenario controfattuale sarebbe inferiore rispetto al costo rilevato, dal momento che la produzione dell'impresa sarebbe maggiore nello scenario controfattuale (ossia qualora non fosse stata interessata dall'infrazione).

¹⁴⁴ Ad esempio, *Stockholms tingsrätt* (Tribunale di primo grado di Stoccolma), sentenza del 20 novembre 2008, cause riunite T 32799-05 e T 34227-05 (*Europe Investor Direct AB e a./VPC Aktiebolag*), appello pendente.

rende necessario quantificare tutti i costi che la società avrebbe sostenuto, poiché è sufficiente stimare soltanto quei costi che non sono stati sostenuti a causa dell'infrazione.

191. In alcuni casi specifici esistono anche altri approcci pragmatici per determinare i mancati guadagni. Ad esempio, potrebbe essere elaborata una stima del margine di profitto medio unitario del prodotto commercializzato nello scenario di non infrazione. Tale margine verrebbe poi moltiplicato per il numero di unità invendute a causa dell'infrazione¹⁴⁵. La stima dell'utile medio unitario si potrebbe basare su una o più transazioni che possono essere considerate sufficientemente rappresentative dell'attività svolta dall'attore per il prodotto in questione. Vale la pena ricordare che questo calcolo includerebbe implicitamente i costi che sono stati evitati¹⁴⁶.
192. La prassi in materia di azioni di risarcimento dei danni antitrust mostra che, a volte, i concorrenti esclusi scelgono di chiedere il risarcimento solo per una porzione del danno, ad esempio per i costi sostenuti al fine di rispondere a una pratica di esclusione¹⁴⁷, per i costi irrecuperabili (detti "sunk cost") sostenuti in modo da entrare in un mercato da cui sono stati esclusi¹⁴⁸ o per l'ammontare giudicato eccessivo nei casi di compressione dei margini o di discriminazione di prezzo¹⁴⁹ in violazione delle norme UE sulla concorrenza. A volte, questa scelta è mossa dalla considerazione che la quantificazione di queste voci di danno è più semplice o potrebbe richiedere una mole inferiore di dati e che gli elementi probatori sono reperibili più facilmente. Anche quando le parti danneggiate chiedono il risarcimento per il mancato guadagno, la quantificazione del danno basata sui costi aggiuntivi sostenuti (irrecuperabili e non) rappresenterà generalmente una soglia minima per la stima del mancato guadagno complessivo.
193. Indipendentemente dalla metodologia o dalla tecnica scelta, la quantificazione dei mancati guadagni può implicare la valutazione di dati complessi relativi a una situazione ipotetica di non infrazione, in base alla quale è necessario valutare la posizione attuale del concorrente escluso, spesso tenendo in considerazione anche i probabili sviluppi futuri. La valutazione degli utili che un'impresa avrebbe realizzato, inclusi quelli futuri, può dipendere da una serie tale di fattori che potrebbe rivelarsi opportuno prevedere requisiti meno stringenti in materia di quantificazione. Per questa ragione, gli ordinamenti giuridici possono prevedere che i giudici adottino

¹⁴⁵ Per un esempio di approccio pragmatico basato su dati reali su costi e ricavi attuato attraverso tecniche di regressione, cfr. *Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona* (Tribunale commerciale di Barcellona), sentenza del 20 gennaio 2011, causa n. 45/2010 (*Céntrica Energía S.L.U./Endesa Distribución Eléctrica S.A.*).

¹⁴⁶ Per stimare il margine di profitto medio, potrebbe rivelarsi utile considerare l'eventuale evoluzione dei costi e dei ricavi nello scenario controfattuale, in assenza dell'infrazione. Ad esempio, i margini di profitto rilevati in un periodo pre-infrazione potrebbero aver subito una riduzione nel periodo di infrazione per ragioni non correlate alla violazione, dovute a un calo della domanda o a un aumento dei costi dei fattori di produzione generati da altri fattori. Inoltre, il calo della produzione del concorrente escluso potrebbe influire sul costo unitario, incidendo anche sul margine delle unità che continuano ad essere vendute.

¹⁴⁷ Ad esempio, spese di marketing aggiuntive per preservare la posizione di mercato.

¹⁴⁸ Ad esempio, i costi per la costruzione di un nuovo stabilimento sul mercato in questione.

¹⁴⁹ Cfr., ad esempio, *Lietuvos apeliacinis teismas* (Corte d'appello della Lituania), sentenza del 26 maggio 2006, causa n. 2A-41/2006 (*Stumbras*); *Højesteret* (Corte suprema della Danimarca), sentenza del 20 aprile 2005, causa n. 387/2002 (*GT Linien A/S/DSB*).

una certa discrezione in relazione ai dati e al metodo statistico da scegliere, nonché alle modalità secondo cui devono essere utilizzati per valutare il danno¹⁵⁰.

C. Concorrenti esistenti

194. Per quantificare il danno subito a causa di una pratica di esclusione, i concorrenti possono scegliere di affidarsi alle metodologie o alle tecniche descritte nella parte 2. Lo scenario di non infrazione potrebbe essere ricostruito effettuando un confronto con il rendimento della stessa impresa in un periodo di tempo non interessato da un'infrazione, con un'azienda simile sullo stesso mercato, con i profitti industriali aggregati¹⁵¹ o con il rendimento della stessa impresa, o di un'impresa simile, in un mercato diverso da quello su cui si è verificata la pratica di esclusione. In alternativa, i metodi basati sulle simulazioni possono fornire una stima dello scenario di non infrazione, ossia simulando, in base a una serie di ipotesi (relative, ad esempio, al tipo di interazioni concorrenziali tra aziende), quale sarebbe stato lo scenario ipotetico se il concorrente escluso avesse potuto operare sul mercato e non fosse stato interessato dalla pratica di esclusione. È possibile inoltre ricorrere a metodi di altro tipo: ad esempio, i dati finanziari delle aziende in questione potrebbero fornire alcuni spunti interessanti in merito ai probabili rendimenti delle imprese nel caso in cui non fossero state interessate da un'infrazione.

Rifiuto di fornire un fattore di produzione essenziale per solventi commerciali

Worldco è un produttore leader a livello internazionale di materie prime che costituiscono un fattore di produzione essenziale nella fabbricazione di solventi commerciali. Eusolv è una società operante sul mercato dei solventi commerciali dal 1995; le vendite di Betanol rappresentano gran parte del suo fatturato. Per produrre il Betanol, Eusolv acquista il Rawbeta da Worldco. Worldco detiene una posizione dominante nella produzione del Rawbeta, l'unica materia prima idonea per la produzione di Betanol su scala industriale, a prezzi che ne consentano la commercializzazione. Worldco fornisce il Rawbeta anche alla propria controllata Subco che, dal 2004, produce Betanol ed è in concorrenza con Eusolv.

Nel 2006, Worldco decide di interrompere la fornitura di Rawbeta alle società che vendono Betanol all'interno dell'Unione europea, ad eccezione della propria affiliata Subco. Eusolv tenta inizialmente di acquistare quantitativi sufficienti di Rawbeta da fornitori alternativi o di sostituire questa sostanza con altre materie prime prodotte tramite processi sperimentali; queste sono di gran lunga più costose, generano forti aumenti nel prezzo di vendita del Betanol, con un calo della qualità e dell'idoneità a utilizzi commerciali. Di conseguenza, Eusolv soffre un calo progressivo delle vendite, fino ad interrompere la produzione di Betanol nel 2010. Nello stesso anno, intenta un'azione di risarcimento a carico di Worldco e della sua affiliata Subco, in modo tale da recuperare i profitti persi a causa del rifiuto di effettuare la fornitura. Il giudice ritiene che le pratiche di Worldco costituiscano un abuso di posizione dominante, vietato dall'articolo 102 TFUE.

(1) Confronto temporale

195. Se una pratica di esclusione interessa i concorrenti esistenti, è probabile che siano disponibili dati della stessa impresa, in un periodo non interessato dalla violazione. In questi casi, è possibile stimare i mancati guadagni del concorrente danneggiato effettuando un confronto temporale. Ad esempio, lo scenario di non infrazione potrebbe essere ricostruito facendo riferimento ai dati sui ricavi e sui costi

¹⁵⁰ Cfr., ad esempio, le cause riunite C-104/89 e C-37/90, *Mulder e a./Consiglio e Commissione*, Racc. 2000, pag. I-203, punto 79.

¹⁵¹ Cfr sopra, paragrafi 35, 48 e 66.

dell'impresa danneggiata, prima che l'esclusione producesse i suoi effetti¹⁵². In molte pratiche di esclusione, i dati post-infrazione potrebbero non essere disponibili o idonei, specialmente se l'infrazione ha avuto degli effetti che potrebbero alterare la struttura di un mercato e protrarsi nel breve termine, ad esempio nel caso in cui il concorrente venga escluso dal mercato e vi siano barriere all'ingresso nel breve termine, oppure qualora il concorrente abbia perso quote di mercato difficili da riguadagnare a causa di effetti di rete¹⁵³.

Nell'esempio del Betanol, non sono disponibili dati affidabili relativi al periodo post-infrazione, dal momento che Eusolv (l'impresa danneggiata) non opera più sul mercato e il suo rientro potrebbe non verificarsi subito dopo la fine dell'infrazione. Pertanto, Eusolv decide di ricostruire un potenziale scenario di non infrazione utilizzando i dati antecedenti al 2006, anno in cui ha avuto inizio la pratica di esclusione.

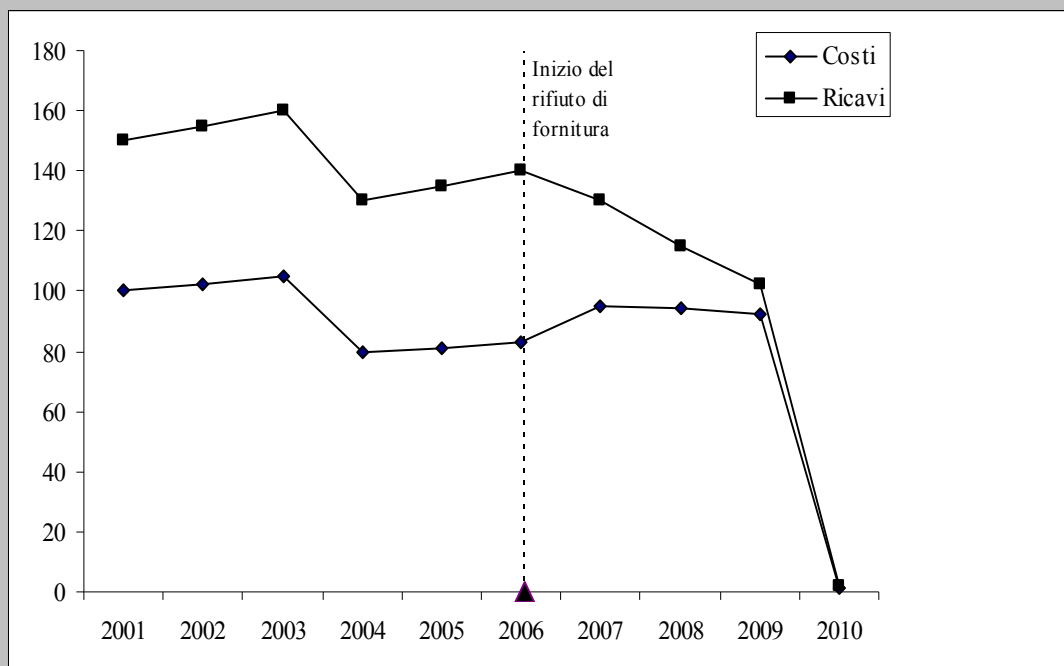
196. In alcune circostanze, i dati pre-infrazione sui ricavi e sui costi, utilizzati per il confronto, potrebbero essere rettificati. Ad esempio, a seconda delle norme nazionali applicabili in materia di elementi probatori e dell'onere della prova, il convenuto potrebbe contestare l'importo stimato dall'attore indicando altri elementi che potrebbero aver influito negativamente sul rendimento di un'impresa e che non si riferiscono all'infrazione, come un calo negli investimenti di marketing, una perdita di competitività del prodotto o un aumento nel costo dei fattori di produzione specifico del concorrente che chiede il risarcimento dei danni. Al contrario, si potrebbe dimostrare che la situazione del concorrente danneggiato nello scenario di non infrazione sarebbe stata migliore di quella pre-infrazione in quanto, ad esempio, presentava un potenziale di crescita. In linea generale, il riferimento a un periodo di tempo pre-infrazione sullo stesso mercato potrebbe essere tanto più affidabile quanto più lunga è la permanenza del concorrente sul mercato in questione e quanto più stabile è la sua posizione di mercato. In altre parole, il riferimento a uno scenario pre-infrazione potrebbe beneficiare maggiormente di eventuali rettifiche¹⁵⁴ se il concorrente danneggiato è entrato di recente nel mercato, visto che la sua quota di mercato potrebbe essere stata maggiormente esposta a oscillazioni.

Nell'esempio, Eusolv fornisce i dati in merito ai ricavi e ai costi effettivi complessivi derivanti dalla produzione e dalla vendita di Betanol, come illustrato nel grafico seguente:

¹⁵² Per un esempio relativo all'applicazione di un confronto "prima e durante" per stimare il danno causato da una pratica di esclusione vietata dall'articolo 101 TFUE, cfr. Corte d'Appello di Milano, sentenza del 3 febbraio 2000, causa n. I, 308 (Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro).

¹⁵³ Un prodotto è soggetto a effetti di rete se il suo valore per ciascun utente cresce all'aumentare del numero di utenti.

¹⁵⁴ Queste rettifiche potrebbero essere apportate facendo ricorso alle tecniche descritte ai paragrafi 59 e seguenti.

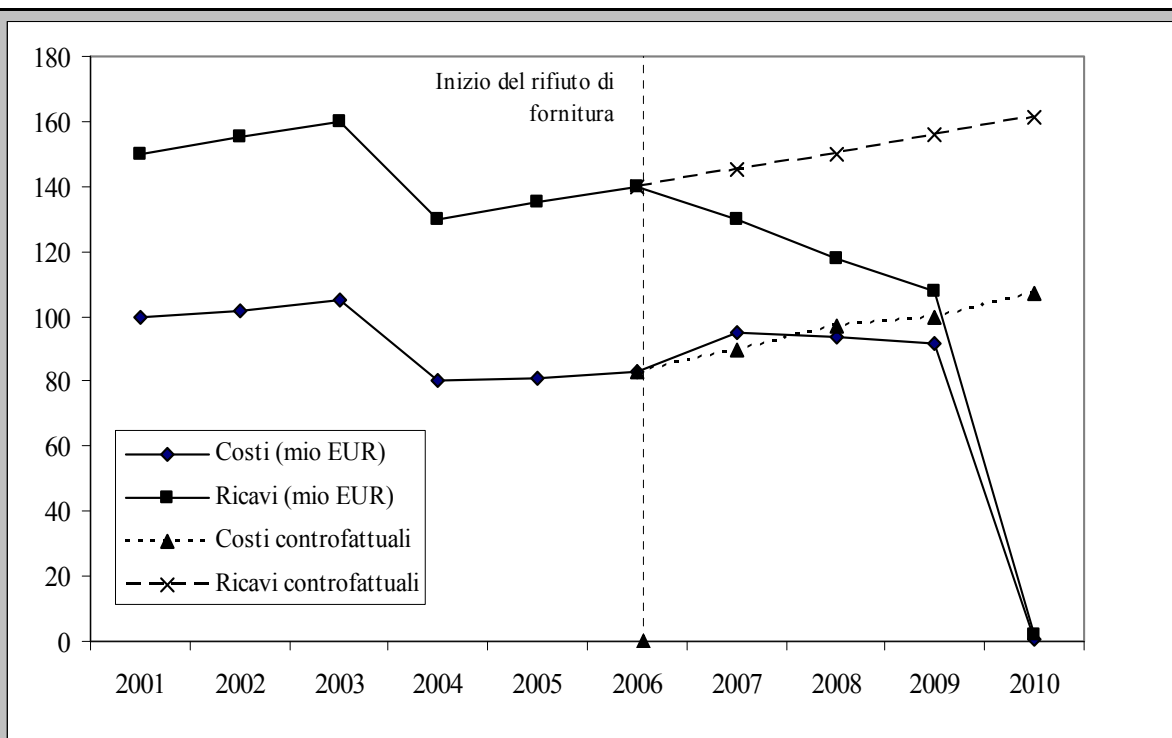


Per definire uno scenario affidabile di non infrazione, i dati precedenti al 2004 non vengono presi in considerazione, dal momento che Subco (il principale concorrente di Eusolv) non era ancora operativo, mentre dopo il 2004 e fino al 2006 Eusolv deteneva una quota stabile di mercato.

Conformemente alle norme nazionali sul grado e sull'onere della prova, Eusolv fornisce i dati in merito a quantità, ricavi e costi "controfattuali" che si sarebbero ottenuti in assenza dell'infrazione.

Visto l'incremento nelle applicazioni industriali del Betanol, è possibile osservare come la domanda complessiva di questo prodotto (e quindi le dimensioni del mercato) siano cresciute in maniera costante. Eusolv utilizza i dati sulla stabilità della propria quota di mercato dopo l'ingresso di Subco sul mercato del Betanol per presupporre che, in assenza dell'infrazione, avrebbe preservato una quota di mercato simile. In base a questa ipotesi, Eusolv fornisce alcuni dati sui propri ricavi "controfattuali" per il periodo 2006-2010, calcolati in base al valore complessivo del mercato e della propria quota. Sulla base dei propri conti interni, Eusolv fornisce stime in merito ai propri costi unitari per il periodo compreso tra il 2004 e il 2006¹⁵⁵. Ne risulta che l'andamento dei costi ha ricalcato da vicino quello dei prezzi dei fattori di produzione per la fabbricazione di Betanol: ad esempio, un aumento dei prezzi dei fattori di produzione porta subito a un corrispondente incremento dei costi. Utilizzando i dati industriali disponibili sui prezzi dei fattori di produzione, gli esperti di Eusolv stimano i costi unitari "controfattuali" e, ad esempio ricorrendo all'analisi di regressione, tengono conto dell'evoluzione dei prezzi dei fattori di produzione e delle efficienze correlate alla produzione di volumi maggiori. Il dato relativo ai costi "controfattuali" complessivi per il periodo 2006-2010 si ottiene moltiplicando il costo unitario "controfattuale" stimato, per il numero di unità che sarebbero state vendute in assenza dell'infrazione.

¹⁵⁵ Questi includono i costi irrecuperabili, distribuiti nel tempo.



I dati ottenuti vengono confrontati con i ricavi e i costi effettivi sostenuti da Eusolv in questo modo: gli utili effettivi (ricavi effettivi meno costi effettivi) vengono detratti dagli utili controfattuali (ricavi controfattuali meno costi controfattuali). Questa costituisce la stima finale dei danni rivendicati da Eusolv.

Tuttavia, Worldco e Subco sostengono che per poter fornire le maggiori unità previste nel periodo 2006-2010, Eusolv avrebbe avuto bisogno di incrementare la propria capacità, sostenendo costi irreversibili aggiuntivi che non sono stati inclusi nel calcolo. La teoria della difesa viene accettata dal giudice e il risarcimento per i mancati guadagni viene di conseguenza ridotto (deducendo i costi irreversibili aggiuntivi previsti per gli anni in questione, su base pro rata, dal dato fornito da Eusolv).

197. Nei casi di pratiche di esclusione, le quote di mercato possono rivestire un ruolo importante nel calcolo dei mancati guadagni, attraverso metodi comparativi come il confronto temporale. Ad esempio, può essere utilizzato un metodo comparativo per ottenere la quota di mercato potenziale del concorrente escluso, in assenza dell'infrazione. I mancati guadagni possono essere quantificati moltiplicando i dati relativi a costi e ricavi unitari effettivi (o il margine di profitto medio effettivo) per le quantità extra corrispondenti alla maggiore quota di mercato "controfattuale" prevista in assenza dell'infrazione. Questo approccio si basa sul presupposto che i costi e i ricavi unitari non avrebbero subito variazioni significative nello scenario di non infrazione e potrebbe essere accettato da un ordinamento giuridico come stima del danno subito, possibilmente come prova *prima facie* o come elemento sufficiente per trasferire l'onere della prova¹⁵⁶. Una stima più precisa andrebbe a valutare l'evoluzione dei costi e dei ricavi nello scenario di non infrazione, a condizione che sia disponibile un numero sufficiente di dati.

¹⁵⁶

Per un esempio di stima di un giudice basata sulla moltiplicazione del numero complessivo di contratti stipulati dall'autore dell'infrazione, per la quota di mercato detenuta dagli attori prima dell'inizio della pratica di esclusione, cfr. Corte d'Appello di Roma, sentenza del 20 gennaio 2003, causa n. I, 2474 (*Albacom S.p.A./Telecom Italia S.p.A.*).

198. Se la quota di mercato viene considerata come un indicatore di riferimento nella stima del mancato guadagno, è necessario tenere in considerazione che questo valore potrebbe essere soggetto a oscillazioni a causa di fattori diversi dall'infrazione (nell'esempio del Betanol, il crollo della quota di mercato di Eusolv nel 2004, dovuto all'ingresso sul mercato di Subco come concorrente)¹⁵⁷. Se l'infrazione ha portato a una riduzione delle dimensioni complessive del mercato, i ricavi per il concorrente escluso, stimati sulla base delle effettive quote di mercato, potrebbero essere sottostimati.

(2) Altri metodi comparativi

199. Anche altri mercati geografici o del prodotto potrebbero essere utilizzati come riferimento per ricostruire lo scenario di non infrazione¹⁵⁸. Pertanto, i costi e i ricavi della stessa impresa, o di un'impresa simile, su un mercato diverso potrebbero rappresentare la base di riferimento per stimare i costi e i ricavi che il concorrente danneggiato avrebbe realizzato in assenza dell'infrazione. Questi metodi possono essere utilizzati anche per valutare l'affidabilità di una stima ottenuta attraverso un confronto temporale o con altre metodologie. Ad esempio, se il rendimento pre-infrazione dell'unico concorrente di un'impresa ex monopolista indica che avrebbe raggiunto una determinata quota di mercato in assenza dell'infrazione, la stima potrebbe basarsi sul fatto che la stessa impresa, o un'impresa simile, in concorrenza con l'ex monopolista su un mercato geografico analogo, detiene in realtà una quota di mercato simile, considerate le eventuali differenze tra le imprese o i mercati analizzati.

D. Barriere all'ingresso di nuovi operatori

200. Le pratiche di esclusione non solo possono portare al deterioramento della posizione di mercato di un concorrente esistente, ma anche impedire l'ingresso di un potenziale concorrente non ancora operante sul mercato. L'esclusione di nuovi operatori può danneggiarli in maniera significativa, cosa che attribuisce loro il diritto di richiedere un risarcimento. Gli ordinamenti giuridici dovrebbero considerare le difficoltà correlate alla quantificazione di questo danno, garantendo che le azioni di risarcimento per gli operatori a cui è stato impedito l'ingresso sul mercato non siano impossibili o eccessivamente gravose¹⁵⁹.
201. Il blocco all'ingresso di un concorrente presenta alcune caratteristiche specifiche che possono essere considerate al momento di quantificare il danno. Nello specifico, se l'impresa danneggiata aveva l'intenzione di inserirsi in un nuovo mercato, sussiste una carenza innata di dati concreti relativi all'andamento su quel mercato.
202. L'approccio generale per la quantificazione dei mancati guadagni dei concorrenti in queste situazioni non differisce in maniera significativa dai casi di esclusione dei

¹⁵⁷ Pertanto, nell'esempio, la quota di mercato considerata per la quantificazione è la quota di mercato stabile detenuta da Eusolv dopo il 2004.

¹⁵⁸ *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Tribunale commerciale di Madrid), sentenza dell'11 novembre 2005, causa n. 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A./Telefónica de España S.A.*), confermata dall'*Audiencia Provincial de Madrid* (Corte d'appello di Madrid), sentenza del 25 maggio 2006, causa n. 73/2006.

¹⁵⁹ In alcuni casi, e in base alle norme giuridiche applicabili, è possibile quantificare il danno con approcci di tipo pragmatico, come il calcolo del valore complessivo della quota di mercato persa in termini di profitti, moltiplicato per la percentuale che esprime la quota di mercato che l'impresa esclusa avrebbe probabilmente acquisito. Ad esempio, se gli utili complessivi generati da imprese operanti sul mercato in questione dopo l'infrazione ammontano a 200 milioni di EUR e viene stimato che, in assenza dell'infrazione, il concorrente escluso avrebbe detenuto una quota di mercato del 30%, utilizzando questo approccio il mancato guadagno potrebbe essere stimato a 60 milioni di EUR.

concorrenti che subiscono un deterioramento della propria posizione di mercato, dal momento che implica una valutazione degli utili che il concorrente escluso avrebbe potuto realizzare in assenza dell'infrazione. Questi dati possono essere successivamente confrontati con la situazione effettiva. Nei casi di impedimento all'ingresso, è probabile che il concorrente escluso non abbia realizzato alcun guadagno o abbia perfino riportato delle perdite (se, ad esempio, il concorrente ha dovuto sostenere dei costi che non è riuscito a recuperare a causa del mancato ingresso).

203. Come sottolineato in precedenza, i concorrenti esclusi potrebbero decidere di richiedere il risarcimento dei danni esclusivamente per i costi sostenuti al fine di entrare sul mercato, piuttosto che per l'intero ammontare degli utili andati persi. Questo approccio potrebbe rivelarsi più semplice rispetto alla richiesta di risarcimento per mancato guadagno, dal momento che implica soltanto la quantificazione dei costi irrecuperabili sostenuti dall'attore.

Il caso delle apparecchiature mediche

Newco è un'impresa intenzionata a entrare sul mercato di una speciale apparecchiatura medica, in uno Stato membro in cui Medco vanta una posizione dominante. Per garantire la redditività dell'operazione, Newco avrebbe dovuto raggiungere una dimensione minima sul mercato, in modo tale da trarre beneficio dalle economie di scala.

Temendo di perdere un volume di vendite sostanzioso, Medco stipula accordi di acquisto esclusivo con una serie di clienti, in modo tale da impedire a Newco di raggiungere l'obiettivo minimo. Di conseguenza, Newco non ha potuto competere con Medco per l'acquisizione di questi clienti e non è riuscita a entrare con profitto sul mercato, con un conseguente aumento dei prezzi medi per la clientela. Dal momento che la condotta di Medco è stata ritenuta contraria alle disposizioni dell'articolo 102 TFUE, Newco avrebbe il diritto di chiedere il risarcimento dei mancati guadagni dovuti all'infrazione. Tuttavia, per evitare di dover effettuare un'analisi completa del mancato guadagno, Newco ha chiesto il risarcimento soltanto per i costi irrecuperabili già sostenuti per avviare un nuovo stabilimento ed entrare sul mercato (inclusi, ad esempio, i costi finanziari e le perdite non recuperabili sui fattori di produzione acquistati).

204. Nei casi in cui viene impedito l'ingresso dei concorrenti, non sono disponibili i dati sui ricavi e sui costi pre-infrazione per il mercato in questione; inoltre, i dati post-infrazione potrebbero comunque non costituire un valido riferimento per un confronto temporale, a causa degli effetti dell'infrazione. In questi casi, per creare uno scenario di non infrazione potrebbe rivelarsi più utile fare riferimento a un mercato geografico o del prodotto equivalente, su cui la stessa impresa (o un'impresa equiparabile) è attiva. I mercati del prodotto o geografici in questione dovrebbero essere sufficientemente simili, sebbene alcune differenze possano essere tenute in conto mediante rettifiche¹⁶⁰.

¹⁶⁰

Ciò può avvenire, ad esempio, attraverso l'analisi di regressione, a condizione che siano disponibili dati sufficienti. Si veda sopra, paragrafo 69 e seguenti. Per un esempio di pratica di esclusione in cui, come base di comparazione, è stato accettato un mercato geografico diverso, cfr. *Juzgado Mercantil número 5 de Madrid* (Tribunale commerciale di Madrid), sentenza dell'11 novembre 2005, causa n. 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A./Telefónica de España S.A.*), confermata dall'*Audiencia Provincial de Madrid* (Corte d'appello di Madrid), sentenza del 25 maggio 2006, causa n. 73/2006.

205. In alcuni casi, la valutazione dei risultati finanziari del concorrente potrebbe rivelarsi sufficiente per reperire i dati necessari per la stima degli utili nello scenario di non infrazione¹⁶¹.

Ipotizziamo, nel caso illustrato, che Newco sia disposta a fornire ai tre più grandi centri sanitari privati in uno Stato membro un modello innovativo di pellicola per macchinari a raggi X. Supponiamo che il mercato per questo tipo di apparecchiature mediche per i centri sanitari privati sia generalmente un mercato basato sull'aggiudicazione degli appalti. Grazie a una miglioria tecnologica, Newco è in grado di offrire i propri prodotti a un prezzo inferiore rispetto a quello proposto da Medco. In realtà Medco, che detiene una posizione dominante nel mercato delle apparecchiature a raggi X, abbina le vendite dei prodotti applicando un prezzo maggiore per i macchinari a raggi X destinati ai centri che non acquistano da lei le pellicole. Di conseguenza, Newco non si aggiudica alcun contratto. In un caso di questo tipo, Newco ha dimostrato di essere capace di fornire le quantità richieste dai centri a fronte del prezzo offerto, fornendo dati dettagliati in merito ai propri costi. In base a questi dati, e ipotizzando che Newco si sarebbe aggiudicata la gara qualora avesse offerto il prezzo più basso, è possibile stimare i margini di profitto senza dover ricorrere a un confronto temporale o con altri mercati geografici o del prodotto.

E. Risarcimento per perdite future

206. Quando i concorrenti esclusi avanzano una richiesta di risarcimento, possono farlo non solo per i mancati guadagni durante il periodo di infrazione, ma anche per quei guadagni andati persi nel periodo successivo alla conclusione di tale pratica¹⁶². Ciò è particolarmente rilevante nel caso in cui non riescano a rientrare sul mercato o a recuperare pienamente la propria quota, a causa degli effetti duraturi dell'infrazione cessata. Verrebbe dunque richiesto il risarcimento per gli utili futuri, ossia gli utili che si prevede andranno persi dopo che la domanda di risarcimento è stata presentata e giudicata.
207. Le sfide correlate alla quantificazione di tale perdita non risiedono soltanto nelle tecniche da utilizzare, ma si riferiscono anche al lasso di tempo in cui un mancato guadagno può essere ancora individuato e compensato. Il diritto nazionale riveste un ruolo importante in questo contesto, ad esempio definendo le circostanze in cui una perdita futura può essere recuperata oppure individuando norme pragmatiche per trattare la questione in base ai singoli casi¹⁶³.
208. Tra i fattori che possono influire sulla scelta del limite temporale per rivendicare la perdita di un utile futuro rientra, ad esempio, il tempo necessario per approdare nuovamente sul mercato in questione. In altre situazioni, la valutazione può rivelarsi più semplice, viste le circostanze del caso. Nell'esempio delle apparecchiature a raggi X, la durata dei contratti per cui Newco ha presentato offerte potrebbe rappresentare un lasso di tempo ragionevole per la compensazione della perdita di utili futuri, conformemente alle norme nazionali applicabili. In altri casi, potrebbe

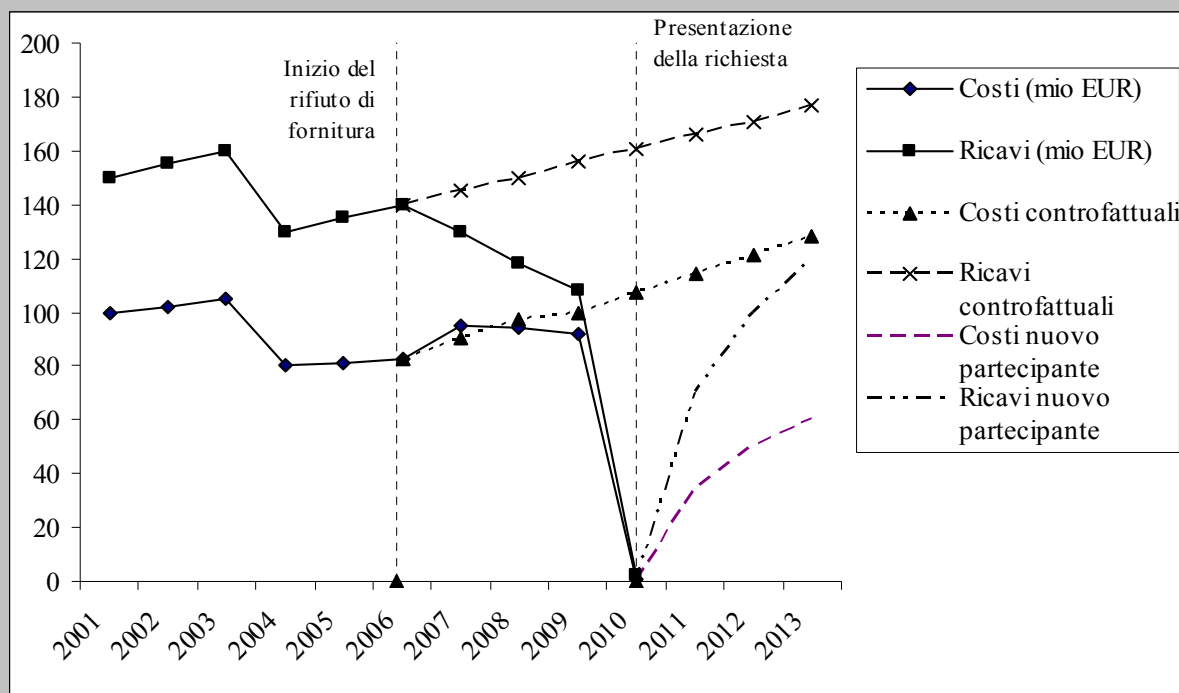
¹⁶¹ Per un esempio relativo alla quantificazione del danno causato a un nuovo partecipante escluso da un mercato basato sull'aggiudicazione degli appalti, cfr. *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Corte d'appello di Düsseldorf), sentenza del 16 aprile 2008, causa n. VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*).

¹⁶² Per un esempio di risarcimento dei danni anche per il periodo successivo al termine di un'infrazione, cfr. *Østre landsrets* (Corte suprema orientale della Danimarca), sentenza del 20 maggio 2009, causa n. B-3355-06 (*Forbruger-Kontakt a-s/Post Danmark A/S*).

¹⁶³ Quando vengono stimati gli utili futuri, la prassi prevede di scontarne il valore allo scopo di riflettere la perdita di valore del denaro nel tempo.

rivelarsi opportuno considerare il periodo di tempo in cui l'impresa avrebbe potuto continuare a produrre i beni o a fornire i servizi in assenza di nuovi investimenti.

Nell'esempio del Betanol, Eusolv potrebbe chiedere il risarcimento anche per gli utili che avrebbe potuto conseguire successivamente al 2010, momento in cui è stata esclusa dal mercato e ha presentato una richiesta di risarcimento. In un caso di questo tipo, sarebbe possibile utilizzare le stesse tecniche impiegate per ricostruire lo scenario di non infrazione nel periodo compreso tra il 2006 e il 2010, proiettandolo poi in prospettiva futura. Naturalmente, i mancati guadagni futuri non possono essere rivendicati per una durata indeterminata. Eusolv ha deciso di prendere come riferimento il probabile lasso di tempo necessario per rientrare sul mercato una volta terminata l'infrazione.



III. QUANTIFICAZIONE DEL DANNO PER I CLIENTI

209. Per mettere in atto l'infrazione, le imprese che colludono o abusano della propria posizione dominante per escludere un concorrente potrebbero sostenere dei costi o subire un calo temporaneo dei propri utili. Questo "sacrificio" porta a una distorsione del processo concorrenziale, che metterà gli autori dell'infrazione nella posizione di conseguire maggiori profitti grazie alle condizioni distorte venutesi a creare, riuscendo a recuperare (a spese dei clienti) la perdita temporanea o la diminuzione degli utili incorse per ottenere questa posizione. Nelle sezioni seguenti verranno trattate due situazioni tipiche di danno arrecato alla clientela a causa di pratiche di esclusione. Ai fini della quantificazione, il danno causato alla clientela attraverso le pratiche di esclusione può essere simile a quello generato dalle infrazioni che implicano un aumento dei prezzi (trattato nel dettaglio alla parte 3 della presente Guida pratica).

A. *Recupero*

210. L'esempio più semplice di danno alla clientela nella fase di recupero delle pratiche di esclusione è quello relativo ai prezzi predatori, dove un'impresa abusa della propria posizione dominante fissando i prezzi a un livello troppo basso che non può essere

raggiunto dai concorrenti, che alla fine usciranno dal mercato o subiranno un calo della propria quota di mercato. Una volta che le imprese concorrenti sono state escluse dal mercato, o dopo aver guadagnato una quota di mercato maggiore, gli autori dell'infrazione possono godere di utili più elevati, dovuti all'indebolimento delle pressioni concorrenziali.

211. Il recupero può essere considerato come una fase complementare all'infrazione, che può generare effetti di sovrapprezzo per i clienti degli autori dell'infrazione. Questi effetti di sovrapprezzo rappresentano un danno causato dalla pratica di esclusione, per cui i clienti possono chiedere un risarcimento.

Recupero in un caso di prezzi predatori

Analizziamo, ad esempio, il mercato dei voli per una tratta tra due città. Su questo mercato opera, in posizione dominante, la Titan Airlines, un'impresa affermata che offre servizi a bordo di prim'ordine per una tariffa standard di 1 000 EUR. Un altro operatore di dimensioni più piccole è Bluesky Airlines, che di recente ha iniziato a operare sulla stessa tratta per una tariffa di 800 EUR.

Titan Airlines inizia ad applicare prezzi predatori, abbassando strategicamente le proprie tariffe a un prezzo standard di 500 EUR. Bluesky Airlines incontra non poche difficoltà nel fronteggiare queste tariffe predatorie, non riuscendo più a registrare profitti e venendo così esclusa dal mercato. In questo caso, l'impresa dominante Titan Airlines trarrà vantaggio dalla riduzione della concorrenza e otterrà un incremento degli utili aumentando le tariffe fino a raggiungere livelli superiori a quelli in vigore prima dell'applicazione dei prezzi predatori, ossia superando il prezzo standard iniziale di 1 000 EUR. Se, fino all'ingresso di un nuovo concorrente, Titan Airlines applicasse una tariffa di 1 100 EUR, i clienti pagherebbero un sovrapprezzo di 100 EUR a causa dell'infrazione.

212. Per quantificare i sovrapprezzi generati dal recupero, il modello concettuale applicabile non è, in linea di massima, diverso da quello trattato nella parte 3, ossia nei casi di infrazioni che generano in maniera più diretta un aumento dei prezzi. Dal momento che il danno causato da una pratica di esclusione non coinvolge soltanto i concorrenti dell'autore dell'infrazione, ma si ripercuote anche su tutti i clienti di uno specifico mercato, gli aspetti trattati nel contesto del danno da sovrapprezzo sono applicabili anche a questa situazione.
213. La posizione sul mercato raggiunta da un'impresa grazie ad una pratica d'esclusione non genera sempre un aumento dei prezzi per i clienti dell'impresa autrice dell'infrazione. Tuttavia, anche in questi casi i clienti potrebbero venire danneggiati dall'infrazione, ad esempio se la situazione si ripercuote sugli aspetti legati alla qualità. Nell'esempio descritto, può accadere che l'impresa dominante Titan Airlines applichi nuovamente lo stesso prezzo standard di 1 000 EUR, non superando così la tariffa in vigore prima dell'esclusione di Bluesky Airlines. I passeggeri di questa tratta risentono comunque negativamente della situazione, ad esempio nel caso in cui Titan Airlines sfrutti le minori pressioni concorrenziali per abbassare il livello del proprio servizio a bordo.
214. I clienti del concorrente escluso potrebbero trovarsi in una situazione diversa da quella dei clienti dell'autore dell'infrazione, dal momento che potrebbero dover ricorrere ai prodotti o ai servizi offerti dall'impresa autrice dell'infrazione, vista l'esclusione dal mercato del concorrente. In aggiunta a un probabile calo della qualità, potrebbero dover corrispondere all'impresa autrice dell'infrazione prezzi maggiori rispetto a quelli pagati per i prodotti o i servizi offerti dall'impresa esclusa.

A seconda delle norme giuridiche applicabili, questi clienti possono dimostrare che, in assenza dell'infrazione, avrebbero effettuato i propri acquisti dal concorrente escluso, a un prezzo inferiore. In questo caso, l'effetto da tenere in considerazione è simile al sovrapprezzo. Il sovrapprezzo può essere calcolato confrontando il prezzo del prodotto o servizio venduto dall'impresa autrice dell'infrazione nello scenario reale, con la tariffa applicata dall'impresa esclusa nello scenario di non infrazione.

Ad esempio, i passeggeri che viaggiavano con Bluesky Airlines prima della sua esclusione potrebbero dover corrispondere un sovrapprezzo se, a causa dell'esclusione dal mercato dell'impresa, sono obbligati a volare a tariffe più alte con Titan Airlines. Il sovrapprezzo può essere stimato come la differenza tra il prezzo effettivo di 1 000 EUR corrisposto a Titan Airlines e il prezzo di 800 EUR che Bluesky Airlines avrebbe applicato se non fosse stata esclusa dal mercato. In questo caso, il sovrapprezzo che i passeggeri avrebbero dovuto corrispondere per il passaggio da Bluesky Airlines a Titan Airline si aggirerebbe intorno ai 200 EUR.

B. *Danno ai concorrenti in qualità di clienti delle imprese autrici dell'infrazione*

215. Nei casi in cui un concorrente sia anche un cliente dell'autore dell'infrazione, la pratica di esclusione potrebbe danneggiarlo laddove effettui degli acquisti dall'autore dell'infrazione. In queste situazioni, il concorrente escluso non solo può chiedere il risarcimento per l'aumento dei costi generato dall'infrazione, ma anche per i mancati guadagni, visto che i volumi prodotti o venduti sono inferiori a quelli che sarebbero stati raggiunti in assenza dell'infrazione¹⁶⁴.
216. Si può osservare che, ai fini della quantificazione, i concorrenti che subiscono un sovrapprezzo si trovano in una posizione analoga a quella dei clienti dei partecipanti a un cartello o a un'altra infrazione che genera un sovrapprezzo. L'esempio del Betanol aiuta a spiegare questo aspetto: supponiamo che anziché rifiutare di fornire il Rawbeta a Eusolv, l'azienda dominante Worldco decida di aumentare il prezzo del Rawbeta fornito a Eusolv, in modo tale da comprimere i suoi margini di profitto. Le considerazioni per una situazione di questo tipo sono simili a quelle che insorgerebbero in caso di un aumento del prezzo dovuto ad altre tipologie di infrazione. Nell'esempio, Eusolv chiederebbe il risarcimento per il sovrapprezzo rappresentato dalla differenza tra il prezzo corrisposto a causa della pratica di esclusione e il prezzo che avrebbe pagato in assenza dell'infrazione. In caso di trasferimento del sovrapprezzo, anche i clienti di Eusolv potrebbero chiedere il risarcimento dei danni e la stessa Eusolv potrebbe chiedere il risarcimento per i volumi persi a causa dell'aumento di prezzo.

¹⁶⁴

Per una stima dei danni in caso di prezzi discriminatori che interessano un concorrente in qualità di cliente dell'autore dell'infrazione, cfr. *Højesteret* (Corte suprema della Danimarca), sentenza del 20 aprile 2005, causa n. 387/2002 (*GT Linien A/S/DSB*).

Elenco dei casi citati

Corte di giustizia dell'UE

Causa 238/78, *Ireks-Arkady GmbH/Consiglio e Commissione*, Racc. 1979, pag. 2955.
Causa C-271/91, *Marshall*, Racc. 1993, pag. I-4367.
Causa C-308/87, *Grifoni II*, Racc. 1994, pag. I-341.
Cause riunite C-104/89 e C-37/90, *Mulder e a./Consiglio e Commissione*, Racc. 2000, pag. I-203.
Causa C-453/99, *Courage*, Racc. 2001, pag. I-6297.
Causa C-147/01, *Weber's Wine World*, Racc. 2003, pag. I-11365.
Cause riunite da C-295/04 a 298/04, *Manfredi*, Racc. 2006, pag. I-6619.
Causa C-360/09 *Pfleiderer*, non ancora pubblicata in Raccolta.
Causa C-199/11, *Europese Gemeenschap contro Otis NV e altri*, Racc. 2012, non ancora pubblicata

Tribunale

Causa T-202/98, *Tate & Lyle/Commissione*, Racc. 2001, pag. II-2035.
Cause riunite T-25/95 ecc. *Cimenteries CBR SA/Commissione*, Racc. 2000, pag. II-491.

Tribunali degli Stati membri

Corte d'Appello di Milano, sentenza del 3 febbraio 2000, causa n. I, 308 (*Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*).

Corte d'Appello di Roma, sentenza del 20 gennaio 2003, causa n. I, 2474 (*Albacom S.p.A./Telecom Italia S.p.A.*).

Corte d'Appello di Milano, sentenza dell'11 luglio 2003 (*Bluvacanze*).

Cour d'Appel de Paris (Corte d'appello di Parigi), sentenza del 23 giugno 2003 (*Lescarcelle-De Memoris/OGF*).

Landgericht Dortmund (Tribunale di prima istanza di Dortmund), sentenza del 1 aprile 2004, causa n. 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*).

Højesteret (Corte suprema della Danimarca), sentenza del 20 aprile 2005, causa n. 387/2002 (*GT Linien A/S/DSB*).

Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia della Germania), sentenza del 28 giugno 2005, causa n. KBR 2/05 (*Calcestruzzo trasportabile*).

Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid (Tribunale commerciale di Madrid), sentenza dell'11 novembre 2005, causa n. 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A./Telefónica de España S.A.*).

Audiencia Provincial de Madrid (Corte d'appello di Madrid), sentenza del 25 maggio 2006, causa n. 73/2006.

Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello della Lituania), sentenza del 26 maggio 2006, causa n. 2A-41/2006 (*Stumbras*).

Corte Suprema di Cassazione (Italia), sentenza del 2 febbraio 2007, causa n. 2305 (*Fondiarria SAI SpA/Nigriello*).

Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia della Germania), sentenza del 19 giugno 2007, causa n. KBR 12/07 (*Cartello sulla vendita all'ingrosso di carta*).

Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz (Tribunale civile di Graz), sentenza del 17 agosto 2007, causa n. 17 R 91/07 p (*Scuola guida*).

Oberlandesgericht Düsseldorf (Corte d'appello di Düsseldorf), sentenza del 16 aprile 2008, causa n. VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*).

Stockholms tingsrätt (Tribunale di primo grado di Stoccolma), sentenza del 20 novembre 2008, cause riunite T 32799-05 e T 34227-05 (*Europe Investor Direct AB e a./VPC Aktiebolag*), appello pendente.

Tribunal administratif de Paris (Tribunale amministrativo di Parigi), sentenza del 27 marzo 2009 (*SNCF/Bouygues*)

Østre landsrets (Corte suprema orientale della Danimarca), sentenza del 20 maggio 2009, causa n. B-3355-06 (*Forbruger-Kontakt a-s/Post Danmark A/S*).

Kammergericht Berlin (Corte d'appello di Berlino), sentenza del 1 ottobre 2009, causa n. 2 U 10/03 Kart.

Oberlandesgericht Karlsruhe (Corte d'appello di Karlsruhe) sentenza dell'11 giugno 2010, causa n. 6 U 118/05; appello dinanzi alla Corte federale di giustizia (vedi sotto).

Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona (Tribunale commerciale di Barcellona), sentenza del 20 gennaio 2011, causa n. 45/2010 (*Centrica Enerciga S.L.U./ Endesa Distribución Eléctrica S.A.*).

Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia), sentenza del 28 giugno 2011, causa KZR 75/10.

Competition Appeal Tribunal (Autorità della concorrenza di secondo grado), sentenza del 28 marzo 2013, causa n. 1166/5/7/10 (*Albion Water Limited/ Dŵr Cymru Cyfyngedig*).