

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE

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

(2019/C 267/07)

INDICE

	Pagina
1. INTRODUZIONE	7
1.1. Scopo, portata e struttura delle presenti linee guida	7
1.2. Che cos'è il trasferimento del sovrapprezzo?	8
2. IL CONTESTO GIURIDICO	9
2.1. Trasferimento del sovrapprezzo e diritto al pieno risarcimento	9
2.2. Scenari nei quali i giudici nazionali possono dover gestire questioni relative al trasferimento	11
2.3. La facoltà del giudice di stimare il trasferimento	13
2.4. Il ruolo delle prove	14
3. LA TEORIA ECONOMICA DEL TRASFERIMENTO	16
3.1. Panoramica	16
3.2. Esempi	19
4. LA QUANTIFICAZIONE DEL TRASFERIMENTO E GLI EFFETTI SUL VOLUME — ASPETTI GENERALI	21
4.1. Dati e informazioni necessari per quantificare gli effetti del trasferimento	22
4.2. Il ricorso a esperti economici	23
5. QUANTIFICAZIONE E STIMA DEGLI EFFETTI SUL PREZZO CORRELATI AL TRASFERIMENTO	24
5.1. Metodi comparativi	24
5.1.1. Approcci	25
5.1.1.1. L'approccio del «prima-durante-dopo»	25
5.1.1.2. L'approccio trasversale	26
5.1.1.3. L'approccio della differenza nelle differenze	26
5.1.2. Attuazione degli approcci comparativi nella pratica	28
5.1.3. Sfide	30
5.2. Altri metodi	31
5.2.1. L'approccio del tasso di trasferimento	31
5.2.2. Attuazione dell'approccio del tasso di trasferimento nella pratica	32
5.2.3. L'approccio della simulazione	33
6. QUANTIFICAZIONE E STIMA DEGLI EFFETTI SUL VOLUME	33
6.1. Introduzione	33
6.2. Approccio comparativo	35
6.2.1. Informazioni richieste	35
6.2.2. Metodi e sfide	35
6.3. Approccio dell'elasticità	35
6.3.1. Metodi e informazioni necessarie	35
6.3.2. Sfide	36
7. SCELTA DEL METODO	36
8. ALLEGATO 1 — TEORIA ECONOMICA	37
8.1. Introduzione	37

8.2.	Costi dei fattori produttivi e loro effetto sulle decisioni di fissazione dei prezzi	37
8.3.	Caratteristiche della domanda e legami con i prezzi	38
8.4.	La decisione di fissazione dei prezzi di un'impresa	40
8.5.	Intensità della concorrenza e correlazioni con il trasferimento	40
8.5.1.	Continuum della competitività dei mercati	40
8.5.2.	Confronto tra sovrapprezzo specifico di un'impresa e sovrapprezzo a livello di settore e trasferimento	41
8.6.	Alcuni ulteriori fattori che incidono sul trasferimento	41
9.	ALLEGATO 2 — GLOSSARIO	43

INDICE DEI RIQUADRI

	<i>Pagina</i>
Riquadro 1: trasferimento di un aumento di prezzo per il rame (esempio ipotetico)	8
Riquadro 2: i due scenari tipici di trasferimento	11
Riquadro 3: esempio di una causa riguardante prove fornite da esperti economici	23
Riquadro 4: esempio di una causa nella quale il giudice ha nominato un esperto economico	23
Riquadro 5: esempio illustrato di un approccio «prima-durante-dopo»	25
Riquadro 6: esempio illustrato di un approccio trasversale	26
Riquadro 7: illustrazione dell'approccio della differenza nelle differenze	27
Riquadro 8: la causa tedesca in materia di vetri per automobili	28
Riquadro 9: stima del trasferimento sulla base di prove qualitative — <i>Cheminova</i> (2015)	29
Riquadro 10: stima del trasferimento sulla base di prove qualitative — <i>DOUX Aliments</i> (2014)	29
Riquadro 11: l'effetto sul volume	34
Riquadro 12: stima degli effetti sul volume — <i>Cheminova</i> (2015)	34
Riquadro 13: esempi di costi marginali e fissi	37
Riquadro 14: la curva standard di domanda — effetti sul prezzo e sul volume	38
Riquadro 15: altre curvature della domanda	39
Riquadro 16: <i>trade-off</i> tra aumento dei prezzi e vendite perse	40

1. INTRODUZIONE

1.1. Scopo, portata e struttura delle presenti linee guida

- 1) Le presenti linee guida intendono fornire agli organi giurisdizionali, ai giudici e alle altre parti interessate nazionali coinvolti in azioni di risarcimento del danno per violazioni degli articoli 101 e 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE») orientamenti pratici sulle modalità di stima del trasferimento del sovrapprezzo. In particolare, stabiliscono i principi economici, i metodi e la terminologia in materia di trasferimento, tra l'altro, facendo riferimento a numerosi esempi. Inoltre, le presenti linee guida sono concepite per contribuire a determinare le fonti di prove pertinenti, a stabilire se una richiesta di divulgazione sia proporzionata, nonché a valutare le dichiarazioni delle parti in merito al trasferimento e a qualsiasi perizia di esperti economici che possa essere presentata al giudice.
- 2) La base giuridica per le presenti linee guida è l'articolo 16 della direttiva sul risarcimento di danni ⁽¹⁾. Le presenti linee guida non sono vincolanti e non alterano le norme esistenti ai sensi del diritto dell'Unione o delle leggi degli Stati membri, di conseguenza, un giudice nazionale non è tenuto a seguirle. Inoltre, le presenti linee guida non pregiudicano la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea («CGUE»). Si riferiscono alle norme armonizzate stabilite nella direttiva sul risarcimento di danni, osservando che in pratica i giudici nazionali applicheranno le norme nazionali, comprese quelle che recepiscono tale direttiva.
- 3) Essendo una fonte di riferimento in termini di buone prassi, le presenti linee guida forniscono indicazioni sui parametri pertinenti che possono essere presi in considerazione quando si tratta di prove di natura economica pertinenti per valutare il trasferimento del sovrapprezzo. Si basano su studi economici pertinenti raccolti dalla Commissione e integrano la Guida pratica sulla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea («guida pratica») ⁽²⁾ che accompagna la comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno in un'azione di risarcimento fondata sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea ⁽³⁾. Mentre la guida pratica si concentra sul sovrapprezzo, le presenti linee guida trattano specificamente in maniera più approfondita il trasferimento di tale sovrapprezzo ⁽⁴⁾. La guida pratica e le presenti linee guida dovrebbero essere lette congiuntamente ⁽⁵⁾.
- 4) Come spiegato ai punti 17-19, le presenti linee guida possono essere utili quando un autore della violazione invoca il trasferimento nella sua difesa («scudo») contro una domanda di risarcimento o quando un acquirente indiretto richiede un risarcimento dei danni dall'autore della violazione asserendo il trasferimento di un sovrapprezzo («spada»). Tuttavia, come in qualsiasi azione di risarcimento del danno, il grado secondo il quale il giudice deve considerare i fatti di una causa dipenderà dal modo in cui l'azione è intentata dall'attore e dalla natura della difesa invocata dal convenuto. Ad esempio, in taluni casi un attore non può presentare una domanda di risarcimento per un lucro cessante (mancato profitto) come conseguenza dell'effetto sul volume in ragione della complessità aggiuntiva che ciò può comportare ⁽⁶⁾. Tuttavia, una domanda di risarcimento proposta da un acquirente indiretto nei confronti di un autore della violazione comporterà in genere la considerazione del trasferimento, dal momento che ciò è fondamentale nel contesto di detta domanda.
- 5) Analogamente, è probabile che il modo in cui un giudice nazionale intende affrontare la valutazione e la stima del trasferimento sia influenzato dalla natura e dalla portata della domanda di risarcimento, dal merito della stessa e dalla disponibilità di dati. Nel valutare la proporzionalità di un ordine che impone la divulgazione di informazioni, tale giudice potrebbe prendere in considerazione la scelta del metodo e dell'approccio economici tra le diverse opzioni illustrate nelle linee guida. Ciò che potrebbe essere appropriato in termini di portata dei dati richiesti e costo dell'analisi di esperti per una domanda di risarcimento relativa a 20 milioni di EUR potrebbe non esserlo per una domanda relativa a 200 000 EUR.

⁽¹⁾ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (GU L 349 del 5.12.2014, pag. 1).

⁽²⁾ Documento di lavoro dei servizi della Commissione — Guida pratica sulla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 11.6.2013, SWD (2013) 205.

⁽³⁾ 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 (GU C 167 del 13.6.2013, pag. 19).

⁽⁴⁾ La guida pratica tratta il trasferimento soltanto brevemente, ossia ai punti 161-171.

⁽⁵⁾ Le presenti linee guida si concentrano sul trasferimento del sovrapprezzo nel contesto delle violazioni dell'articolo 101 del TFUE, in particolare i cartelli secondo la definizione di cui all'articolo 2, punto 14, della direttiva sul risarcimento di danni e altre restrizioni orizzontali. Tuttavia possono costituire una fonte di riferimento anche per le buone prassi nel contesto di azioni di risarcimento del danno dinanzi ai giudici nazionali per restrizioni verticali, come ad esempio il mantenimento dei prezzi di rivendita, e per violazioni dell'articolo 102 del TFUE, ossia di abuso di posizione dominante, ad esempio in caso di fissazione di prezzi eccessivi, a condizione che le specificità delle norme dell'UE applicabili siano sufficientemente prese in considerazione.

⁽⁶⁾ L'effetto sul volume è spiegato brevemente al punto 10. Il capitolo 6 descrive i metodi per la quantificazione e la stima di tale effetto.

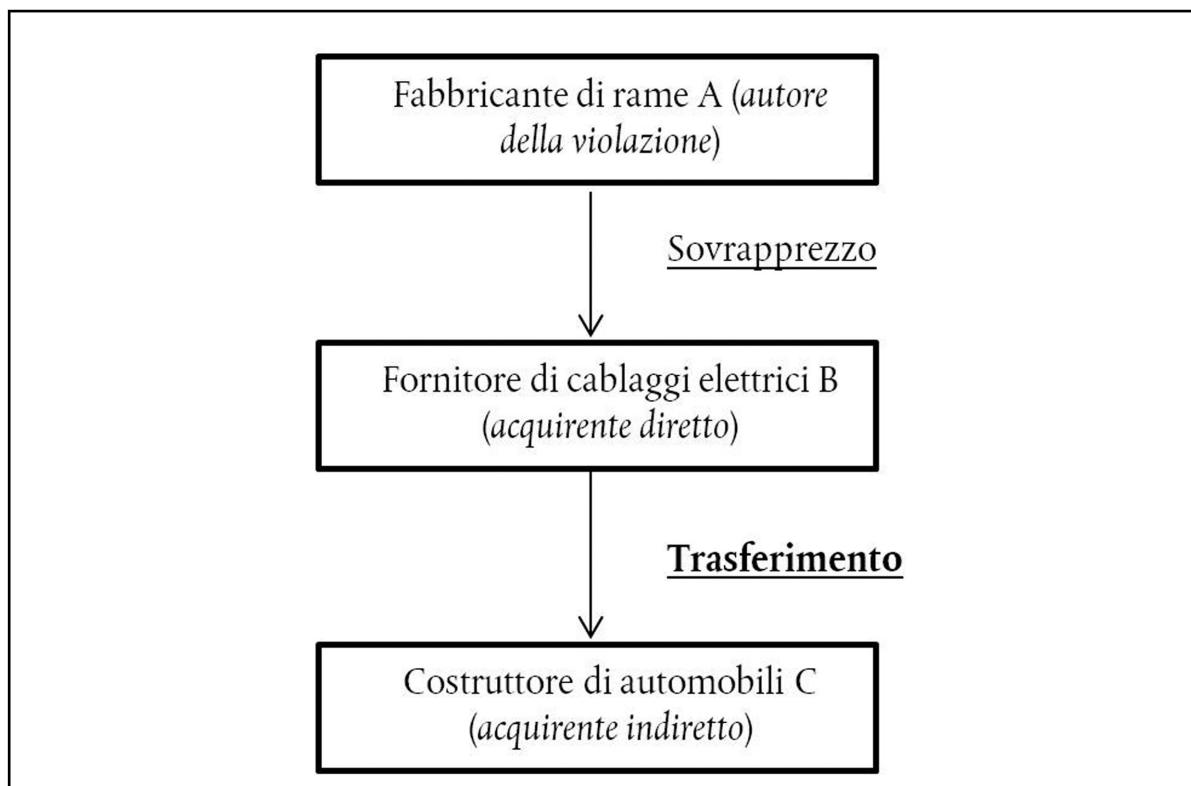
- 6) Facendo riferimento ai principi giuridici, alla giurisprudenza consolidata e alle disposizioni della direttiva sul risarcimento di danni, le presenti linee guida stabiliscono il contesto giuridico del trasferimento. Una breve sezione dedicata ai riferimenti normativi riassume le norme procedurali e gli strumenti in base ai quali i giudici nazionali possono prendere in considerazione il trasferimento del sovrapprezzo in azioni di risarcimento del danno. Il contesto giuridico si riferisce al diritto dell'UE, alla legge nazionale e alle rispettive prassi. In questo contesto occorre che i giudici prestino particolare attenzione ai principi di efficacia ed equivalenza⁽⁷⁾. Innanzitutto ciò significa che devono applicare le norme nazionali in maniera tale che la domanda non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto a un pieno risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza dell'UE (principio di efficacia)⁽⁸⁾. In secondo luogo, i giudici devono tenere a mente che le norme e procedure nazionali relative alle azioni per il risarcimento del danno a seguito di violazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE non devono essere meno favorevoli, per i presunti soggetti danneggiati, di quelle che disciplinano azioni simili per danni derivanti da violazioni del diritto nazionale in materia di concorrenza (principio di equivalenza).
- 7) La sezione principale delle presenti linee guida riguarda l'economia del trasferimento, ossia la teoria economica e i metodi di quantificazione pertinenti ai fini della stima del trasferimento. La parte sulla teoria economica si concentra sui concetti teorici alla base del trasferimento e definisce i fattori che possono influire su quest'ultimo. La parte relativa alla quantificazione economica presenta approcci e metodi diversi per quantificare gli effetti del trasferimento.

1.2. Che cos'è il trasferimento del sovrapprezzo?

- 8) Il trasferimento del sovrapprezzo può verificarsi a diversi livelli della catena di approvvigionamento. È illustrato nel riquadro 1 facendo riferimento ad un esempio ipotetico. A scopo illustrativo e come punto di partenza per variazioni che spiegano ulteriormente il trasferimento, l'esempio di cui al riquadro 1 descrive un caso relativamente semplice concernente prezzi fissi per il rame e il trasferimento del corrispondente aumento dei prezzi nel settore automobilistico. Nella pratica, il trasferimento può verificarsi in catene di approvvigionamento ancora più complesse, il prodotto o il servizio oggetto del cartello può costituire un fattore produttivo ancora più esiguo e il prodotto finale può essere influenzato da più di una pratica anticoncorrenziale.

Riquadro 1

Trasferimento di un aumento di prezzo per il rame (esempio ipotetico)



⁽⁷⁾ Cfr. articolo 4 della direttiva sul risarcimento di danni.

⁽⁸⁾ Per il diritto al pieno risarcimento cfr. i punti 12 e successivi.

L'impresa A è un fabbricante di rame e ha costituito un cartello concordando con i suoi concorrenti di fissare i prezzi di vendita del rame in violazione dell'articolo 101 del TFUE. Tale accordo ha consentito ad A di addebitare ai propri clienti, tra i quali l'impresa B, prezzi più elevati per il rame.

La differenza tra il prezzo effettivamente pagato e il prezzo che sarebbe altrimenti prevalso in assenza di una violazione del diritto della concorrenza dell'UE è denominata sovraprezzo ⁽⁹⁾.

L'impresa B è un fornitore di componenti automobilistici e ha utilizzato il rame acquistato da A per produrre cablaggi elettrici che ha venduto al costruttore di auto C. In seguito all'aumento del prezzo correlato al cartello per il rame, anche B ha aumentato il prezzo di vendita per i cablaggi elettrici forniti a C. Questo comportamento costituisce un trasferimento del sovraprezzo, in questo caso, da B a C. Sulla base delle definizioni contenute nella direttiva sul risarcimento di danni, A può essere definito come *l'autore della violazione*, B come *l'acquirente diretto* e C come *l'acquirente indiretto* ⁽¹⁰⁾.

- 9) Esistono comunque esempi più complessi di trasferimento. Taluni di essi sono riportati in ulteriori riquadri in appresso. Tali riquadri mirano a mettere in evidenza taluni aspetti del trasferimento e gli approcci precedentemente adottati dai giudici nazionali nella stima della parte del sovraprezzo trasferita sull'acquirente indiretto.
- 10) Quando l'acquirente diretto trasferisce, in tutto o in parte, il sovraprezzo all'acquirente indiretto, quest'ultimo non si troverà soltanto a far fronte a un effetto sul prezzo, bensì in molti casi ridurrà anche la propria domanda e, di conseguenza, l'acquirente diretto venderà meno. Il valore della vendita che va perso può essere indicato come l'effetto del trasferimento sul volume. Le sue implicazioni giuridiche ed economiche sono discusse in maggior dettaglio in appresso.
- 11) Un sovraprezzo può essere trasferito su un'intera catena di approvvigionamento e può riguardare prodotti o servizi. Ad esempio, seguendo l'esempio di cui al riquadro 1, il costruttore di automobili C potrebbe avere anch'egli aumentato in maniera analoga i prezzi che ha addebitato al suo cliente, il rivenditore indipendente di auto D. Successivamente, D potrebbe anch'egli aver aumentato il prezzo al consumatore finale per l'automobile nella quale è possibile trovare il rame oggetto del cartello. C, D e i consumatori finali sono tutti acquirenti indiretti ai sensi della definizione di cui alla direttiva sul risarcimento di danni ⁽¹¹⁾.

2. IL CONTESTO GIURIDICO

2.1. Trasferimento del sovraprezzo e diritto al pieno risarcimento

- 12) Tanto la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea quanto la direttiva sul risarcimento di danni sono importanti ai fini della valutazione del trasferimento. Innanzitutto, è importante ricordare che secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, «tutti» hanno il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando sussiste un nesso di causalità tra tale danno e una violazione dall'articolo 101 o 102 del TFUE ⁽¹²⁾. In particolare, l'articolo 1, paragrafo 1 e l'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva sul risarcimento di danni specificano chiaramente che qualsiasi persona che abbia subito un danno causato da una violazione dell'articolo 101 o 102 del TFUE deve poter essere in grado di esercitare in maniera efficace il diritto di richiedere il pieno risarcimento ⁽¹³⁾. In secondo luogo, le norme in materia di trasferimento del sovraprezzo di cui alla direttiva sul risarcimento di danni sono radicate nel principio compensativo che costituisce la base di tale direttiva nel suo complesso, il che significa prevedere che una persona che ha il diritto di chiedere il risarcimento per il danno subito deve essere posta nella situazione in cui si sarebbe trovata se tale violazione non fosse stata commessa.

⁽⁹⁾ Cfr. articolo 2, paragrafo 20, della direttiva sul risarcimento di danni.

⁽¹⁰⁾ Cfr. articolo 2, paragrafi 2, 23 e 24, della direttiva sul risarcimento di danni.

⁽¹¹⁾ Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 24, della direttiva sul risarcimento di danni, con «“acquirente indiretto” [si intende] una persona fisica o giuridica che ha acquistato non direttamente da un autore della violazione, ma da un acquirente diretto o da un acquirente successivo beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza, oppure beni o servizi che li incorporano o che derivano dagli stessi».

⁽¹²⁾ Sentenza della Corte del 14 marzo 2019, *Skanska*, C-724/17 ECLI:EU:C:2019:204, punto 26 e sentenza della Corte del 28 marzo 2019, *Cogeco*, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, punto 40, entrambi con riferimento alla sentenza della Corte del 5 giugno 2014, *Kone*, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, punto 22 e la giurisprudenza ivi menzionata, ossia la sentenza della Corte del 13 luglio 2006, *Manfredi*, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, punto 61 e la sentenza della Corte del 6 novembre 2012, *Otis e altri*, C 199/11, ECLI:EU:C:2012:684, punto 43.

⁽¹³⁾ In assenza di normativa dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni singolo Stato membro stabilire le modalità di esercizio del diritto di agire per il risarcimento del danno risultante da un'intesa o da una pratica vietati dall'articolo 101 TFUE, ivi comprese quelle relative all'applicazione della nozione di «nesso di causalità», sempreché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività (*Kone*, sentenza della Corte del 5 giugno 2014 nella causa C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, punto 24; *Manfredi*, sentenza della Corte del 13 luglio 2006 nella causa C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, punto 64).

- 13) Nel contesto del trasferimento del sovrapprezzo, l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva sul risarcimento di danni specifica che «tutti» include acquirenti diretti e indiretti. Ciò significa, ad esempio, nel caso ipotetico di cui al riquadro 1, che il fabbricante di cablaggi elettrici B, in veste di acquirente diretto, e il costruttore di automobili C, in veste di acquirente indiretto, possono altresì chiedere un risarcimento al fabbricante di rame A, in qualità di autore della violazione. Anche altri acquirenti indiretti che si trovano più in basso nella catena di approvvigionamento hanno il diritto di ottenere il risarcimento dei danni causati dall'autore della violazione. Come menzionato al punto 11, si tratterebbe del rivenditore indipendente di automobili D e dei consumatori finali di cui nell'esempio nel riquadro 1.
- 14) Va osservato che gli aspetti del principio compensativo, ossia il diritto di una persona di richiedere il pieno risarcimento per un danno legato in maniera causale a una violazione del diritto della concorrenza dell'UE, si applicano anche ai fornitori diretti e indiretti di un autore della violazione. La direttiva sul risarcimento di danni fa riferimento, come esempio, al caso di un cartello fra acquirenti nell'ambito del quale il danno potrebbe derivare da un prezzo inferiore pagato dagli autori della violazione ai loro fornitori (14).
- 15) Il pieno risarcimento include il risarcimento per il danno emergente (*damnum emergens*) e per il lucro cessante (*lucrum cessans*), più il pagamento di interessi (15). In generale il danno emergente si riferisce a una diminuzione del patrimonio di una persona, mentre il lucro cessante si riferisce all'esclusione di un incremento di tale patrimonio che si sarebbe verificato in mancanza del fatto dannoso (16). Nel contesto del trasferimento, questa distinzione assume un ruolo particolare per quanto riguarda gli effetti economici caratteristici e la loro classificazione giuridica. La norma generale è riportata in appresso.
- L'effetto sul prezzo si riferisce al sovrapprezzo come un aumento del prezzo che un acquirente diretto o indiretto ha dovuto pagare per un prodotto o per servizi a causa della violazione del diritto della concorrenza dell'UE (17). Ciò include il prezzo di protezione (18). L'effetto sul prezzo può riflettersi in una richiesta da parte dell'acquirente diretto o indiretto di risarcimento del danno emergente. Si tratta della parte del danno che viene denominata danno da sovrapprezzo nella direttiva sul risarcimento di danni (19). Tuttavia, l'acquirente diretto o indiretto potrebbe essere in grado di trasferire il sovrapprezzo più a valle della catena di approvvigionamento, parzialmente o integralmente. Di conseguenza, nello stimare il trasferimento parziale o integrale di un sovrapprezzo nel contesto di un'azione di risarcimento del danno, i giudici nazionali dovranno individuare il danno da sovrapprezzo che rimane ad un dato livello della catena di approvvigionamento. A seconda del sistema giuridico, il giudice nazionale può considerare tale trasferimento come una riduzione del danno emergente oppure, facendo riferimento ad altre regole o principi, ad esempio come una *compensatio lucri cum damno* (20).
 - L'effetto sul volume può essere descritto, più in generale, come il danno causato dal fatto che, in ragione del sovrapprezzo, viene acquistato un minor numero di prodotti o servizi (21). Tuttavia, l'attenzione delle presenti linee guida si concentra sull'effetto sul volume inteso come la perdita di profitto dovuta alla riduzione delle vendite derivante dal trasferimento. Come menzionato nella direttiva sul risarcimento di danni, tale perdita può essere recuperata come lucro cessante (22).

(14) Cfr. considerando 43 della direttiva sul risarcimento di danni. Nella situazione di un *cartello fra acquirenti*, il prezzo più basso pagato dagli autori della violazione può essere indicato come «addebito inferiore al dovuto» e potrebbero esserci anche effetti correlati sul volume a monte. Tuttavia, occorre osservare che i fornitori possono essere influenzati negativamente anche nel caso di un *cartello fra venditori*. Ciò può accadere se forniscono meno agli autori della violazione a causa dell'effetto sul volume, ossia in presenza di un lucro cessante dovuto alla riduzione della domanda a livello di acquirente diretto o anche indiretto a valle della catena di approvvigionamento. Il calo della domanda in relazione al fattore produttivo oggetto del cartello può altresì causare una riduzione della domanda di altri fattori produttivi. Anche i fornitori di tali altri fattori produttivi possono richiedere il risarcimento dei danni, a condizione che possano dimostrare l'esistenza di un nesso causale tra il danno da loro subito e la violazione del diritto della concorrenza dell'UE.

(15) Cfr. la seconda frase dell'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva sul risarcimento di danni.

(16) Conclusioni dell'avvocato generale Capotorti emesse il 12 settembre 1979, nella causa 238/78 (*Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione*), ECLI:EU:C:1979:203, punto 9.

(17) Considerando 39 della direttiva sul risarcimento di danni.

(18) Il concetto di prezzo di protezione (*umbrella pricing*) fa riferimento al caso in cui «imprese che non partecipano esse stesse ad un'intesa (cosiddetti «soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa»), nella scia delle manovre di tale intesa, per così dire «sotto l'ombrellino dell'intesa», fissino i propri prezzi — consapevolmente o inconsapevolmente — ad un livello superiore a quello altrimenti possibile in condizioni di concorrenza», Conclusioni dell'avvocato generale Kokott emesse il 30 gennaio 2014 nella causa C-557/12 (*Kone*), ECLI:EU:C:2014:45, punto 2.

(19) Articolo 12, paragrafo 2, della direttiva sul risarcimento di danni.

(20) In altre parole, le presenti linee guida non pregiudicano la valutazione del trasferimento ai sensi del diritto nazionale, a condizione che tale diritto rispetti il principio di equivalenza ed efficacia (cfr. punto 6). Quando fanno riferimento al trasferimento come a una riduzione del danno emergente, ciò include una considerazione del trasferimento mediante rinvio ad altre norme e altri principi, come ad esempio una *compensatio lucri cum damno*.

(21) Guida pratica, punto 128.

(22) Cfr. articolo 12, paragrafo 3, della direttiva sul risarcimento di danni.

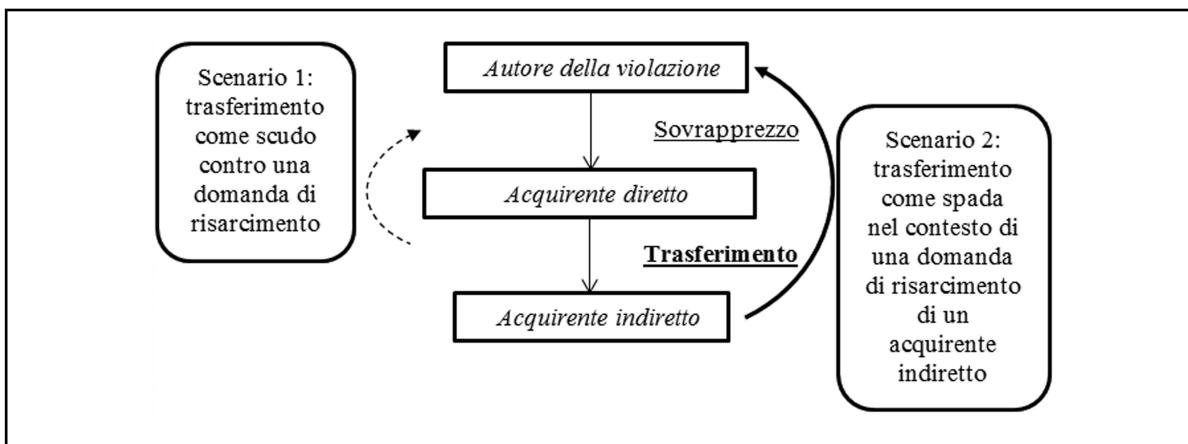
- 16) Sebbene, sulla base della direttiva sul risarcimento di danni, si possa distinguere tra il danno emergente dovuto al sovrapprezzo, da un lato, e il lucro cessante dovuto alla riduzione delle vendite, dall'altro, vi è un collegamento intrinseco tra l'effetto sul prezzo sottostante e l'effetto sul volume⁽²³⁾. Di conseguenza, se il trasferimento diventa pertinente, devono essere presi in considerazione entrambi gli effetti e la loro interazione. I metodi economici per farlo sono specificati più in appresso.

2.2. Scenari nei quali i giudici nazionali possono dover gestire questioni relative al trasferimento

- 17) Nelle azioni per il risarcimento del danno basate su violazioni del diritto della concorrenza dell'UE, di norma i giudici nazionali si occupano del trasferimento del sovrapprezzo in due scenari.
- 18) Innanzitutto un autore della violazione può invocare il trasferimento del sovrapprezzo a sua difesa nei confronti di domande di risarcimento del danno, ossia sostenendo che l'acquirente diretto o indiretto ha trasferito il sovrapprezzo, integralmente o in parte, ai propri acquirenti⁽²⁴⁾. Questa circostanza, nella quale il trasferimento può essere descritto come uno scudo, è illustrata nel riquadro 2 facendo riferimento a una domanda di risarcimento dell'acquirente diretto. Va osservato che l'eccezione del trasferimento può essere invocata anche contro domande di risarcimento di acquirenti indiretti che si trovano più a valle della catena di approvvigionamento.
- 19) In secondo luogo, gli acquirenti indiretti possono basare le loro azioni di risarcimento del danno sull'argomentazione secondo la quale gli acquirenti diretti degli autori della violazione hanno trasmesso loro (in parte) il sovrapprezzo e quindi loro hanno subito un danno. In un tale scenario il trasferimento può essere descritto come una spada. Anche questo scenario è illustrato nel riquadro 2.

Riquadro 2

I due scenari tipici di trasferimento



- 20) In via preliminare, occorre osservare che l'articolo 17, paragrafo 2, della direttiva sul risarcimento di danni stabilisce la presunzione generale secondo la quale le violazioni consistenti in cartelli causano un danno. Inoltre, gli articoli 13 e 14 della medesima direttiva includono norme specifiche in materia di onere della prova nel contesto del trasferimento.
- 21) Nel primo scenario, ossia quando il trasferimento del sovrapprezzo viene utilizzato come difesa contro un'azione basata su una violazione del diritto della concorrenza dell'UE, è il convenuto a dover dimostrare che l'attore ha trasferito il sovrapprezzo⁽²⁵⁾. Tale onere della prova si riferisce all'esistenza e alla portata del trasferimento del sovrapprezzo. Se l'eccezione del trasferimento ha esito totalmente o parzialmente positivo, l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva sul risarcimento di danni stabilisce che, conformemente al diritto processuale nazionale, tenendo conto del principio di efficacia ed equivalenza, l'attore può comunque richiedere un risarcimento per lucro cessante⁽²⁶⁾. In questo caso, l'onere della prova dell'effetto sul volume correlato al trasferimento spetta all'attore.

⁽²³⁾ Il collegamento intuitivo tra l'effetto sul prezzo e quello sul volume è spiegato in dettaglio nell'allegato 1.

⁽²⁴⁾ Cfr. considerando 39 della direttiva sul risarcimento di danni.

⁽²⁵⁾ Cfr. la seconda frase dell'articolo 13 della direttiva sul risarcimento di danni.

⁽²⁶⁾ L'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva sul risarcimento di danni stipula che le norme sul trasferimento lasciano impregiudicato il diritto di un soggetto danneggiato di chiedere e ottenere un risarcimento per il lucro cessante dovuto al trasferimento integrale o parziale del sovrapprezzo.

- 22) La direttiva sul risarcimento di danni include altresì norme applicabili al secondo scenario, ossia nel caso in cui un acquirente indiretto sostenga di aver subito un danno a causa del trasferimento del sovrapprezzo. In tale scenario, l'onere di provare l'esistenza e la portata di tale trasferimento ricade sull'acquirente indiretto che chiede il risarcimento del danno all'autore della violazione.
- 23) Tuttavia, la direttiva sul risarcimento di danni affronta specificamente le difficoltà che gli acquirenti indiretti incontrano quando tentano di ottenere un risarcimento per il danno derivante dal trasferimento di un sovrapprezzo⁽²⁷⁾. Innanzitutto, l'articolo 14, paragrafo 1 e il considerando 41 della direttiva sul risarcimento di danni fanno riferimento al fatto che il trasferimento di aumenti di prezzo a valle della catena di approvvigionamento può costituire una pratica commerciale. In caso di individuazione di tale pratica commerciale, i giudici nazionali possono fare affidamento sulla prova prima facie del trasferimento. Sulla base di tale riferimento, l'articolo 14, paragrafo 2, della direttiva sul risarcimento di danni stabilisce una presunzione relativa in base alla quale si ritiene che un attore (ossia l'acquirente indiretto) abbia dimostrato il verificarsi di un trasferimento dall'acquirente diretto a quello indiretto, a condizione che l'attore possa dimostrare il soddisfacimento delle seguenti condizioni:
- il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza dell'UE⁽²⁸⁾;
 - la violazione del diritto della concorrenza dell'UE ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto; e
 - l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza dell'UE o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano.
- 24) Tale presunzione non si applica nel caso in cui l'autore della violazione sia in grado di dimostrare in modo verosimile e ritenuto adeguato dal giudice che il sovrapprezzo non è stato trasferito, o non è stato trasferito interamente, sull'acquirente indiretto⁽²⁹⁾.
- 25) In ragione 1) del principio compensativo, 2) della pratica del trasferimento del sovrapprezzo e 3) delle presunzioni di cui sopra, può accadere che vi siano domande di risarcimento parallele da parte degli acquirenti a livelli diversi della catena di approvvigionamento. In tali situazioni, i giudici nazionali dovrebbero cercare di evitare tanto la sovracompenzione quanto la sottocompenzione⁽³⁰⁾. Tale obiettivo può essere conseguito, tra l'altro, tenendo debitamente conto, per quanto possibile, di eventuali azioni per il risarcimento del danno relative alla medesima violazione del diritto della concorrenza dell'UE, delle decisioni giudiziarie risultanti da tali azioni e delle pertinenti informazioni di dominio pubblico risultanti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza dell'UE nel caso di specie⁽³¹⁾. È nell'interesse delle parti coinvolte in un'azione di risarcimento del danno rendere il giudice nazionale edotto in merito a tali azioni, giudizi o informazioni e spiegarne la pertinenza ai fini del caso in esame.
- 26) Inoltre, se azioni correlate sono pendenti dinanzi ai giudici di Stati membri diversi, i giudici nazionali possono applicare l'articolo 30 del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio⁽³²⁾ a cui fa riferimento la direttiva sul risarcimento di danni⁽³³⁾. Tale articolo stipula che il giudice nazionale successivamente adito può sospendere il procedimento o, in determinate circostanze, dichiarare la propria incompetenza. Il giudice di uno Stato membro può altresì utilizzare le norme nazionali in materia di sospensioni, qualora disponibili ai sensi della legislazione nazionale.

⁽²⁷⁾ Considerando 41 della direttiva sul risarcimento di danni.

⁽²⁸⁾ In particolare, l'acquirente indiretto può dimostrare che questa prima condizione è soddisfatta facendo riferimento agli effetti vincolanti di una decisione della Commissione o di un'autorità nazionale garante della concorrenza. Per quanto concerne le decisioni della Commissione, l'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (GU L 1 del 4.1.2003, pag. 1) stabilisce che i giudici nazionali, nel pronunciarsi su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 101 del TFUE che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Per quanto concerne le decisioni definitive in materia di violazioni emesse dalle autorità nazionali garanti della concorrenza, gli acquirenti possono invocare l'articolo 9 della direttiva sul risarcimento di danni. Tale articolo opera una distinzione sulla base dell'autorità nazionale garante della concorrenza che ha emesso la decisione pertinente sulla violazione. Ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva sul risarcimento di danni, una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza di uno Stato membro è ritenuta accertata definitivamente una violazione del diritto in materia di concorrenza dinanzi ai giudici di tale specifico Stato membro, mentre l'articolo 9, paragrafo 2, della medesima direttiva stabilisce che i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione una decisione finale dell'autorità nazionale garante della concorrenza di un altro Stato membro quanto meno come prova prima facie dell'esistenza di una violazione.

⁽²⁹⁾ Cfr. l'ultima frase dell'articolo 14, paragrafo 2, della direttiva sul risarcimento di danni.

⁽³⁰⁾ Cfr. articolo 12, paragrafo 1, articolo 12, paragrafo 2, e articolo 15 della direttiva sul risarcimento di danni.

⁽³¹⁾ Cfr. articolo 15, paragrafo 1, della direttiva sul risarcimento di danni.

⁽³²⁾ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, 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).

⁽³³⁾ Cfr. considerando 44 e articolo 15, paragrafo 2 della direttiva sul risarcimento di danni.

- 27) Al fine di promuovere la coerenza tra le sentenze risultanti da procedimenti tra loro connessi, i giudici nazionali dovrebbero altresì prendere in considerazione e consentire l'uso di mezzi procedurali appropriati a loro disposizione ai sensi del diritto nazionale. A titolo di esempio, la direttiva sul risarcimento di danni fa riferimento alla riunione delle azioni⁽³⁴⁾, nonché alla possibilità che una persona possa rilevare la domanda di un'altra⁽³⁵⁾. L'obiettivo di tale acquisizione potrebbe consistere nel proporre un'azione congiunta che possa contribuire a garantire la coerenza tra azioni di risarcimento del danno connesse alla medesima violazione del diritto in materia di concorrenza⁽³⁶⁾.
- 28) A seconda dell'ordinamento giuridico nazionale, possono essere applicati altri strumenti, come meccanismi di ricorso collettivo, notifiche o interventi di terzi e norme sulle sospensioni. Ad esempio, un acquirente diretto può intervenire nell'azione di risarcimento del danno di un acquirente indiretto avviata nei confronti dell'autore della violazione. In tal caso, tanto l'acquirente diretto (la parte interveniente) quanto l'autore della violazione (convenuto) possono sostenere che il sovrapprezzo non è stato, o non lo è stato interamente, trasferito all'acquirente indiretto (attore).
- 29) La disponibilità di tali mezzi procedurali può diventare pertinente anche quando un giudice nazionale si pronuncia in merito alla proporzionalità di una richiesta di divulgazione. Ad esempio, la riunione di una serie di domande di entità minore può aumentare il valore totale delle domande pendenti dinanzi a un giudice in misura tale da spingere quest'ultimo a ritenere che la quantità di dati richiesta per un'analisi di esperti più costosa sia proporzionata.

2.3. La facoltà del giudice di stimare il trasferimento

- 30) L'articolo 12, paragrafo 5, della direttiva sul risarcimento di danni impone specificamente agli Stati membri di garantire che i giudici nazionali dispongano della facoltà di stimare, conformemente alle procedure nazionali, la parte del sovrapprezzo che è stata trasferita. Tale potere deve coprire tutti gli effetti del trasferimento, ossia l'effetto sul prezzo e quello sul volume. Ciò risulta anche dall'articolo 17, paragrafo 1, della direttiva sul risarcimento di danni, che si applica più in generale alla quantificazione del danno.
- 31) Nell'esercitare questa facoltà di stima, i giudici nazionali devono tenere conto delle norme e dei principi stabiliti nella direttiva sul risarcimento di danni e nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Ciò significa che, anche quando i giudici stimano il danno che presenta un nesso di causalità rispetto a una violazione dell'articolo 101 o 102 del TFUE, ciò deve avvenire sulla base del principio del risarcimento. In altre parole, la corrispondente concessione del risarcimento di danni deve ciò nonostante mirare a porre la vittima nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione non fosse stata commessa (cfr. punto 12). A tale fine i giudici nazionali devono utilizzare altresì i loro strumenti procedurali di conseguenza. In particolare, devono applicare le norme applicabili sull'onere e sul grado di rilevanza della prova in modo da non mettere a rischio la piena efficacia dell'articolo 101 del TFUE.
- 32) Ad esempio, nella causa *Kone* la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che le vittime del prezzo di protezione possano ottenere un risarcimento per la perdita causata da una violazione del diritto della concorrenza dell'UE, affermando che la piena efficacia dell'articolo 101 del TFUE sarebbe messa a rischio qualora il diritto nazionale escludesse in maniera categorica e indipendentemente da circostanze particolari del caso il loro diritto di richiedere un risarcimento per il danno subito. Inoltre, la sentenza *Kone* mette in evidenza il fatto che nelle azioni di risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza dell'UE possano sorgere questioni fattuali e giuridiche relative al nesso di causalità. Tali questioni sorgono anche nel contesto del trasferimento⁽³⁷⁾.
- 33) Analogamente, nello stimare, in conformità con le procedure nazionali, l'ammontare del danno e la parte di qualsiasi sovrapprezzo trasmesso, come previsto dalla direttiva sul risarcimento di danni, i giudici nazionali devono rispettare i principi di equivalenza e di efficacia di cui sopra. Per quanto riguarda la facoltà di stimare, ciò significa che i giudici nazionali non possono respingere le domande basate sul trasferimento soltanto in ragione del fatto che una parte non è in grado di quantificare con precisione gli effetti del trasferimento.

⁽³⁴⁾ Considerando 44 della direttiva sul risarcimento di danni.

⁽³⁵⁾ Cfr. articolo 2, punto 4, della direttiva sul risarcimento di danni, alla fine.

⁽³⁶⁾ Cfr. il documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna il libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008) 165 definitivo, punti 223-224.

⁽³⁷⁾ La potenziale tensione tra nesso di causalità economico e giuridico nel contesto del trasferimento è diventata evidente nelle sentenze dei giudici nazionali che limitano l'uso del trasferimento come scudo facendo riferimento al diritto nazionale, in particolare nel Regno Unito [cfr. sentenza del Tribunale per i ricorsi in materia di concorrenza, del 14 luglio 2016, [2016] CAT 23 (*Sainsbury's Supermarkets Ltd/MasterCard Inc*), in particolare il punto 484 e la sentenza della Corte d'appello, del 4 luglio 2018, [2018] EWCA 1536 (Civ) (*Sainsbury's Supermarkets Ltd/Mastercard Inc*), in particolare punti 332 e 340] e nei Paesi Bassi [sentenza della *Hoge Raad* (Corte di cassazione, Paesi Bassi), dell'8 luglio 2016, causa 15/00167 (*TenneT/ABB*), punti 4.4.1-4.4.5].

- 34) Inoltre, il potere di stimare, come previsto dall'articolo 12, paragrafo 5, e dall'articolo 17, paragrafo 1, dalla direttiva sul risarcimento di danni, impone ai giudici nazionali innanzitutto di basare la loro valutazione sulle informazioni ragionevolmente disponibili e, in secondo luogo, di sforzarsi di definire un'approssimazione plausibile dell'importo o della parte del trasferimento. Ciò deriva dalla direttiva sul risarcimento di danni che sottolinea l'esistenza di asimmetrie in termini di informazioni e riconosce che il danno difficilmente può essere quantificato con precisione perfetta⁽³⁸⁾. L'esercizio della stima è soggetto al diritto interno. In effetti, numerosi Stati membri disponevano già di norme corrispondenti alla facoltà di stimare prevista nella direttiva sul risarcimento di danni⁽³⁹⁾.
- 35) Nella pratica i giudici nazionali dovranno spesso fare affidamento su ipotesi, ad esempio in relazione a prezzi, volumi di vendita o profitti ipotetici. I giudici nazionali possono disporre 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⁽⁴⁰⁾. Inoltre, le ipotesi sono in genere importanti quando si costruisce uno scenario controfattuale allo scopo di quantificare il trasferimento e gli effetti sul volume, come descritto nella seguente sezione 4. A considerazione di tale importanza, può essere opportuno chiedere che in qualsiasi tipo di richiesta avanzata al giudice le ipotesi siano definite in maniera precisa e la sensibilità delle previsioni ai cambiamenti delle ipotesi siano rese esplicite, come richiesto dalla Direzione generale della Concorrenza della Commissione nel suo documento «*Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Article 101 and 102 TFEU and in merger cases*» [Migliori prassi per la presentazione di prove economiche e per la raccolta di dati nei casi riguardanti l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE e nei casi di concentrazione] («Migliori prassi»)⁽⁴¹⁾.

2.4. Il ruolo delle prove

- 36) La valutazione giuridica del trasferimento richiede in genere un'analisi fattuale ed economica complessa. Sebbene l'assunzione delle prove necessarie in genere costituisca un aspetto importante in tutte le azioni per il risarcimento del danno a seguito di violazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE, il ruolo delle prove sul trasferimento varia a seconda dei due scenari di cui sopra e della misura in cui si applica una presunzione⁽⁴²⁾. In ogni caso, i fatti che sono effettivamente pertinenti e disponibili possono determinare l'assunzione di prove e, in definitiva, la valutazione del trasferimento.
- 37) Il tipo di prova necessario per dimostrare e quantificare il trasferimento dipenderà da quale dei metodi economici, descritti nelle seguenti sezioni 5 e 6 viene utilizzato. Le prove possono essere categorizzate in modi diversi, tuttavia, in genere sono suddivise in prove qualitative e prove quantitative. La stessa direttiva sul risarcimento di danni chiarisce che per «prove» si intendono tutti i tipi di mezzi di prova ammissibili dinanzi al giudice nazionale⁽⁴³⁾. Ciò potrebbe includere quanto segue:
- prove qualitative che consentono la comprensione del comportamento aziendale o le strategie di fissazione dei prezzi di un'impresa, tra le quali ad esempio i) contratti, ii) documenti interni, iii) relazioni finanziarie e contabili, iv) deposizioni testimoniali, v) perizie, nonché vi) relazioni settoriali e studi di mercato; oppure
 - prove quantitative relative, in particolare, ai dati per l'uso di tecniche econometriche⁽⁴⁴⁾, quali: i) prezzi di vendita, prezzi al dettaglio e al consumatore finale del prodotto o servizio in questione, nonché di prodotti o servizi comparabili; ii) relazioni finanziarie; iii) perizie; iv) prezzi stabiliti dalla normativa; v) volumi di vendite; vi) sconti, nonché vii) altri costi dei fattori produttivi ed elementi di costo.

⁽³⁸⁾ Cfr. considerando 46 della direttiva sul risarcimento di danni. Per trattare tali questioni la direttiva sul risarcimento di danni include, tra l'altro, norme sulla divulgazione (cfr. punti 40 e successivi), la possibilità di chiedere assistenza alle autorità nazionali garanti della concorrenza conformemente all'articolo 17, paragrafo 3, della direttiva sul risarcimento di danni e l'obbligo di tenere conto di altri procedimenti relativi alla medesima violazione (cfr. punto 25).

⁽³⁹⁾ Ad esempio, i giudici nazionali del Regno Unito possono quantificare il danno «tramite l'esercizio di una sana immaginazione e la pratica dell'eliminazione del superfluo» [come stabilito nella causa *Watson Laidlaw & Co Ltd/Pott Cassels & Williamson* [1914] S.C. (H.L.) 18 ai punti 29-30 e applicato successivamente anche nel contesto di azioni di risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza, cfr. ad esempio la sentenza della Corte d'appello, del 14 ottobre 2008, [2008] EWCA Civ 1086 (*Devenish Nutrition Ltd/Sanofi-Aventis SA*) punto 110], mentre nei Paesi Bassi il giudice nazionale che concede il risarcimento dei danni può quantificare l'ammontare del danno nella misura in cui ciò è possibile (cfr. articolo 612 *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) e lo stima nel modo che meglio si adatta alle caratteristiche del danno (cfr. 6:97 *Burgerlijk Wetboek*).

⁽⁴⁰⁾ Guida pratica, punto 16 e nota a piè di pagina 15 con riferimento alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 27 gennaio 2000, *Mulder e altri/Consiglio e Commissione*, cause riunite C-104/89 e C-37/90, ECLI:EU:C:2000:38, punto 79. L'approccio generale alla quantificazione del danno nei casi di concorrenza è illustrato anche nei punti 11-20 della guida pratica.

⁽⁴¹⁾ Disponibile (in inglese) all'indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf

⁽⁴²⁾ Cfr. sopra, punti 17 e successivi.

⁽⁴³⁾ Cfr. l'articolo 2, paragrafo 13, della direttiva sul risarcimento di danni che chiarisce esplicitamente che il concetto di «prove» comprende i documenti e tutti gli altri oggetti contenenti informazioni, indipendentemente dal supporto sul quale le informazioni sono registrate.

⁽⁴⁴⁾ Le tecniche econometriche sono spiegate nella seguente sezione 5 e nell'allegato 2.

Come si può desumere dagli elenchi non esaustivi di cui immediatamente sopra, taluni tipi di prove possono essere considerate tanto qualitative quanto quantitative, ad esempio relazioni finanziarie e perizie.

- 38) Come spiegato più in generale nella guida pratica, di norma, le specificità del caso in esame e le prove fornite costituiscono il punto di partenza per stabilire se la violazione ha effettivamente danneggiato l'attore e, in caso affermativo, per stabilire la determinazione quantitativa di tale danno⁽⁴⁵⁾. Le prove pertinenti possono comprendere prove dirette che, quanto meno nel contesto del trasferimento, possono essere intese come documenti giustificativi prodotti dall'acquirente diretto o indiretto, nonché deposizioni testimoniali sul trasferimento o meno del sovrapprezzo. La disponibilità di tali prove può rivestire un ruolo importante nel momento in cui il giudice decide se e quali metodi descritti in appresso possono essere utilizzati da una parte per adempiere al grado di rilevanza della prova richiesto dalla normativa applicabile.
- 39) Inoltre, quando si tratta della valutazione del trasferimento, spesso i giudici nazionali devono valutare perizie di esperti economici. A seconda dei mezzi disponibili a norma del diritto interno, tali perizie possono essere presentate da esperti nominati dalla parte, da un esperto nominato dal giudice stesso per fini di assistenza oppure da esperti nominati da entrambe le parti e dal giudice. Nella misura del possibile, il giudice nazionale può voler fornire orientamenti a uno di questi esperti economici, potenzialmente in una fase iniziale del procedimento quando le parti chiedono la divulgazione di prove, e porre domande più concrete in relazione al metodo di quantificazione da utilizzare e ai dati necessari. Tali orientamenti e domande possono essere pertinenti ai fini della gestione delle cause, ma anche per la valutazione sostanziale. In particolare, come menzionato in precedenza, quando i giudici nazionali stimano gli effetti del trasferimento, possono considerare se una perizia di un esperto economico è conforme alle migliori prassi, ossia se definisce attentamente le ipotesi pertinenti e la sensibilità delle previsioni a cambiamenti di tali ipotesi. Allo stesso modo e ancora una volta nel rispetto del diritto interno, i giudici nazionali possono chiedere agli esperti economici di fornire spiegazioni alternative per le loro conclusioni, garantire la replicabilità e consentire alle parti di formulare osservazioni.
- 40) La direttiva sul risarcimento di danni mira a garantire l'effettivo esercizio dei diritti e la possibilità di ricorrere a strumenti equivalenti stabilendo norme per richiedere la divulgazione delle prove. Tali norme si applicano in entrambi gli scenari di trasferimento di cui sopra. Per quanto concerne lo scenario nel quale il trasferimento è utilizzato come difesa, l'articolo 13 della direttiva sul risarcimento di danni afferma espressamente che il convenuto può ragionevolmente richiedere la divulgazione all'attore o a terzi. In uno scenario nel quale un acquirente indiretto chiede un risarcimento, l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva sul risarcimento di danni stabilisce che tale acquirente indiretto può ragionevolmente richiedere la divulgazione di prove al convenuto o a terzi.
- 41) Tali norme della direttiva sul risarcimento di danni limitano la divulgazione delle prove nel senso che la parte che ha l'onere di provare l'esistenza e la portata del trasferimento può richiedere la divulgazione soltanto «ragionevolmente». In linea con le norme generali sulla divulgazione di cui all'articolo 5 della direttiva sul risarcimento di danni, il giudice nazionale può esigere che la parte attrice presenti un'affermazione plausibile secondo la quale il danno da sovrapprezzo è stato trasferito dall'acquirente diretto all'acquirente indiretto. La parte attrice deve altresì utilizzare i fatti che sono già ragionevolmente a sua disposizione. Nel contesto del trasferimento, ciò può comprendere informazioni raccolte durante lo svolgimento delle attività commerciali con l'altra parte o informazioni ragionevolmente disponibili ricevute da terzi, quali i fornitori di informazioni sul mercato.
- 42) La prima frase dell'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva sul risarcimento di danni stabilisce un principio generale di proporzionalità nel senso che impone ai giudici nazionali di «limit[are] la divulgazione delle prove a quanto è proporzionato». Questo principio è importante per la gestione dei casi nelle azioni per il risarcimento del danno a seguito di violazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE. Come accennato in precedenza, i giudici applicano le norme procedurali nazionali e devono prestare particolare attenzione ai principi di efficacia e di equivalenza. Tuttavia, nell'ambito di applicazione di tali norme giuridiche, i giudici nazionali possono prendere in considerazione i costi e i benefici dell'ordinare la divulgazione richiesta. Ad esempio, ciò significa che i giudici nazionali possono giungere alla conclusione che le prove presentate dalle parti consentono già loro di stimare la parte del sovrapprezzo che è stata trasmessa, piuttosto che raccogliere ulteriori dati.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. anche i punti 13 e seguenti della guida pratica.

- 43) Le prove possono essere richieste all'altra parte o da terzi attraverso e sotto lo stretto controllo del giudice nazionale. La richiesta deve riguardare elementi o categorie di prova specifici⁽⁴⁶⁾. A condizione di tenere conto dei principi generali di proporzionalità e la tutela degli interessi legittimi, il giudice nazionale può persino ordinare la divulgazione di prove contenenti informazioni riservate alla parte che ha l'onere di dimostrare gli effetti del trasferimento. Tali informazioni possono comprendere ad esempio documenti o dati su entrate, prezzi o margini. Tuttavia, nel momento in cui viene ordinata la divulgazione di tali prove, è fondamentale che il giudice nazionale disponga di misure a tutela delle informazioni riservate⁽⁴⁷⁾. A titolo di esempio, la direttiva sul risarcimento di danni fa riferimento a poche misure, come la possibilità di non rendere visibili parti riservate di un documento, di condurre audizioni a porte chiuse, di limitare il numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove e di conferire ad esperti l'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata⁽⁴⁸⁾. Conformemente al diritto interno, i giudici nazionali possono altresì prendere in considerazione le misure di cui nelle Migliori prassi, quali ad esempio una procedura di sala dati (*data room*)⁽⁴⁹⁾ e di cui all'articolo 9, paragrafo 2 della direttiva sui segreti commerciali⁽⁵⁰⁾.
- 44) La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza potrebbe essere potenzialmente pertinente ai fini della quantificazione del sovrapprezzo, tuttavia è di norma meno pertinente nel contesto del trasferimento (in particolare perché il trasferimento del sovrapprezzo riguarda il comportamento di fissazione dei prezzi degli acquirenti sui quali in genere il fascicolo di un'autorità garante della concorrenza non contiene alcuna informazione). Inoltre, la versione pubblica della decisione relativa alla violazione può comprendere una quantità maggiore di informazioni generali che possono essere pertinenti, come ad esempio informazioni in merito ai prodotti o ai servizi che sono stati oggetto di comportamenti anticoncorrenziali. Come previsto dall'articolo 6, paragrafo 10, della direttiva sul risarcimento di danni, la divulgazione delle prove da parte di un'autorità garante della concorrenza rappresenta soltanto una misura di ultima istanza.
- 45) Infine, come indicato all'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva sul risarcimento di danni, le azioni per il risarcimento del danno correlate alla medesima violazione del diritto della concorrenza dell'UE e le relative decisioni giudiziarie possono anch'esse costituire una fonte di informazioni pertinenti per la quantificazione del trasferimento.

3. LA TEORIA ECONOMICA DEL TRASFERIMENTO

3.1. Panoramica

- 46) Il trasferimento del sovrapprezzo e gli effetti associati sui prezzi e sul volume derivano dagli incentivi di un'impresa a rispondere all'aumento dei suoi costi aumentando i suoi prezzi⁽⁵¹⁾. Il sovrapprezzo iniziale può essere inteso come un aumento dei costi dei fattori produttivi per l'acquirente diretto. Per stimare gli effetti del trasferimento, il giudice dovrebbe di norma esaminare il modo in cui un tale aumento di costi si ripercuoterebbe: 1) sui prezzi fissati dall'acquirente diretto nel mercato a valle; e 2) sul volume delle vendite perse fornito dall'acquirente diretto.
- 47) I giudici nazionali stimano il trasferimento in base alle circostanze della causa specifica. Tuttavia, una comprensione generale della teoria economica del trasferimento e degli effetti associati può essere importante per il giudice per diversi motivi. Innanzitutto, le previsioni derivanti dalla teoria economica possono servire come uno dei vari fattori pertinenti ai fini della valutazione del soddisfacimento o meno del grado di rilevanza della prova in un caso specifico. Ad esempio, la teoria economica fornisce al giudice un quadro entro il quale valutare le prove quantitative e qualitative⁽⁵²⁾. In secondo luogo, in particolare in una fase iniziale del contenzioso, la teoria economica può aiutare i giudici a prendere decisioni in relazione alla divulgazione di dati o informazioni valutandone la rilevanza. Infine, anche considerazioni teoriche o concettuali possono costituire una base per discernere la credibilità e l'attendibilità delle diverse spiegazioni economiche alla base del legame tra il sovrapprezzo e il trasferimento proposto dalle parti.

⁽⁴⁶⁾ Il considerando 16 della direttiva sul risarcimento di danni chiarisce che una categoria di prove dovrebbe essere individuata attraverso il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi, come la natura, l'oggetto o il contenuto dei documenti di cui è richiesta la divulgazione, il periodo durante il quale sono stati redatti o altri criteri.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. articolo 5, paragrafo 4, della direttiva sul risarcimento di danni.

⁽⁴⁸⁾ Considerando 18 della direttiva sul risarcimento di danni.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. Migliori prassi, punto 45.

⁽⁵⁰⁾ Direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti (GU L 157 del 15.6.2016, pag. 1).

⁽⁵¹⁾ Tali incentivi sono illustrati in maniera più dettagliata nell'allegato 1.

⁽⁵²⁾ Tali prove sono spiegate ulteriormente nella sezione 4.1.

- 48) La direttiva sul risarcimento di danni non opera distinzioni tra il danno derivante 1) da un aumento dei prezzi (effetti sui prezzi) e dal trasferimento di sovrapprezzi, compreso l'effetto sul volume, e quello derivante 2) da altri effetti, quali la riduzione della qualità dei prodotti od ostacoli all'innovazione (effetti non legati ai prezzi) che possono verificarsi. Le presenti linee guida si concentrano sul trasferimento di aumenti di prezzo e sui corrispondenti effetti sul volume⁽⁵³⁾.
- 49) Secondo la teoria economica, l'esistenza e la portata degli effetti del trasferimento, ossia gli effetti sul prezzo e sul volume, sono determinati da una serie di fattori⁽⁵⁴⁾. Tali fattori influenzano simultaneamente l'esito di uno scenario di trasferimento e si dovrebbe quindi tenere conto della loro interdipendenza.
- 50) Inoltre, l'importanza relativa di ciascun fattore potrebbe variare da caso a caso. Di conseguenza potrebbe essere rilevante per il giudice comprendere quali fattori possono influenzare il grado di trasferimento in un caso specifico. A tal fine, a seconda del diritto interno, il giudice può fare riferimento a spiegazioni ricevute dagli esperti economici delle parti o dall'esperto economico nominato dal giudice stesso. Inoltre, nella pratica, può accadere che un'impresa non prenda sempre decisioni in materia di fissazione dei prezzi che sono del tutto coerenti con le previsioni tratte sulla base della teoria economica. Pertanto, è importante valutare le indicazioni fornite dalla teoria economica anche alla luce delle prove concrete disponibili nel caso in esame. Tali prove possono avere natura tanto qualitativa quanto quantitativa e comprendere tanto documenti interni che descrivono il grado di trasferimento quanto i metodi quantitativi spiegati nella sezione 4.
- 51) Come precisato in dettaglio nell'allegato 1, secondo la teoria economica, i fattori più importanti che influiscono sull'esistenza e sull'entità degli effetti del trasferimento comprendono:
- i) la natura dei costi⁽⁵⁵⁾ dei fattori produttivi soggetti a un sovrapprezzo (indipendentemente dal fatto che tali costi siano fissi o variabili, del fatto che la violazione determini un aumento di tali costi soltanto nei confronti di un cliente o di tutti i clienti o di un'ampia maggioranza degli stessi su un determinato mercato);
 - ii) la natura della domanda del prodotto che devono affrontare i clienti diretti o indiretti (in particolare, il legame tra la domanda e il livello dei prezzi);
 - iii) la forza e l'intensità della concorrenza nei mercati nei quali operano i clienti diretti o indiretti; e
 - iv) altri elementi quali i costi di adeguamento dei prezzi, la percentuale dei costi di un'impresa colpita dal sovrapprezzo, il potere dell'acquirente, l'integrazione verticale dei clienti diretti e indiretti, la regolamentazione in materia di prezzi o la tempistica delle decisioni sui prezzi intraprese ai vari livelli della catena di approvvigionamento.
- 52) Innanzitutto, la natura dei costi dei fattori produttivi soggetti ad un sovrapprezzo influenza la possibilità e la misura in cui tale sovrapprezzo può essere trasferito. Quando il sovrapprezzo impatta sui costi dell'acquirente diretto che non variano in base alla quantità dei fattori produttivi (ossia sui costi fissi), è meno probabile che venga trasferito perché tali costi non influenzano in genere la definizione dei prezzi dell'acquirente diretto, almeno non nel breve termine. Tuttavia, a lungo termine, i costi fissi possono influenzare anche l'analisi delle decisioni strategiche di un'impresa, come ad esempio la sua capacità di produzione, la quale a sua volta potrebbe influire sul successivo meccanismo di formazione dei prezzi (nel breve termine). In tale scenario potrebbe verificarsi anche un trasferimento dei costi fissi. Al contrario, quando il sovrapprezzo ha ripercussioni sui costi dell'acquirente diretto che effettivamente variano in base alla quantità dei fattori produttivi (ossia sui costi variabili), sarà solitamente più probabile che venga trasferito, quanto meno in una certa misura. Questo perché i costi marginali (una sottocategoria di costi variabili che può essere definita come l'incremento dei costi sostenuto all'atto dell'acquisto di un fattore produttivo aggiuntivo)⁽⁵⁶⁾ in genere influenzano le decisioni di fissazione dei prezzi dell'acquirente diretto⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵³⁾ Tuttavia, non è possibile escludere che i metodi e le tecniche descritti nelle presenti linee guida possano essere applicati in azioni di risarcimento del danno riguardanti altri tipi di danni, ossia effetti non legati ai prezzi.

⁽⁵⁴⁾ I motivi per cui i fattori elencati al punto 51 potrebbero essere importanti nel determinare l'esistenza e la portata dell'effetto sul prezzo e dell'effetto sul volume correlati al trasferimento sono spiegati nella presente sezione. Una spiegazione più dettagliata dell'impatto di ciascun fattore è riportata nell'allegato 1, unitamente a una spiegazione del meccanismo standard di formazione dei prezzi.

⁽⁵⁵⁾ Questo aspetto è spiegato ulteriormente nell'allegato 1.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. punto 159.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. anche 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), punto 80. Tuttavia, è possibile che in determinati casi i costi fissi possano essere presi in considerazione da un'impresa all'atto della fissazione dei propri prezzi. Qualora ciò accadesse, la parte che sostiene tale punto di vista dovrebbe dimostrare tale aspetto, ad esempio utilizzando i metodi per la stima spiegati nella sezione 4.

- 53) In secondo luogo, la domanda dei prodotti affrontata dal cliente diretto influisce sul livello del trasferimento. Un meccanismo standard di formazione dei prezzi si basa sul fatto che la domanda che un'impresa deve affrontare (ossia i quantitativi venduti dalla stessa) diminuisce quando ne aumenta il prezzo. La misura in cui un acquirente diretto aumenta il proprio prezzo per far fronte a un sovrapprezzo dipende dal fatto che la domanda reagisce in maniera marcata o meno a tale cambiamento di prezzo. Ad esempio, se l'acquirente diretto è un monopolista e la domanda che deve affrontare è parimenti sensibile a un cambiamento dei prezzi per tutti i livelli di prezzo, e i suoi costi marginali sono costanti, la teoria economica suggerisce che metà del sovrapprezzo sarà trasferita. Se la domanda di un monopolista diminuisce «sempre di più» (ossia secondo un tasso crescente) all'aumentare del prezzo, è meno probabile che il sovrapprezzo venga trasferito rispetto a una situazione nella quale la domanda di tale monopolista diminuisce «sempre meno» (ossia secondo un tasso decrescente) all'aumentare del prezzo, a parità di tutti gli altri aspetti (58).
- 54) In terzo luogo, anche la natura e l'intensità dell'interazione concorrenziale tra le imprese sul mercato nel quale operano gli acquirenti diretti incidono sul livello del trasferimento. È importante tenere a mente che l'effetto dell'aumentata concorrenza sul possibile grado di trasferimento dipende dal fatto che il sovrapprezzo iniziale influisce soltanto sul cliente diretto (sovrapprezzo specifico di un'impresa) oppure anche sui concorrenti del cliente diretto (sovrapprezzo a livello di settore). Se il sovrapprezzo ha ripercussioni soltanto su un acquirente diretto, che compete strenuamente con altri acquirenti diretti, il trasferimento è meno probabile rispetto a una situazione in cui l'unico acquirente diretto interessato deve affrontare una concorrenza debole. Tuttavia, qualora esista un sovrapprezzo a livello di settore, un gran numero di acquirenti diretti in forte concorrenza tra loro favorirà in genere un trasferimento più elevato di tale sovrapprezzo rispetto a una situazione nella quale si registra una concorrenza più debole tra tali acquirenti diretti (59).
- 55) Un certo numero di decisioni giudiziarie emesse da giudici nazionali in azioni di risarcimento del danno ha sottolineato l'importanza di considerare come la domanda reagisce alle variazioni dei prezzi, l'intensità della concorrenza e se i concorrenti del acquirente diretto siano o meno influenzati dal sovrapprezzo (60).
- 56) In quarto luogo, come indicato al punto 51 e nell'allegato 1, in determinate circostanze altri aspetti possono svolgere un ruolo fondamentale nel contesto del meccanismo di formazione dei prezzi dell'acquirente diretto e, quindi, del trasferimento del sovrapprezzo da parte dell'acquirente diretto. Ad esempio, un altro aspetto che potrebbe essere importante ai fini della quantificazione del trasferimento è se il fattore produttivo interessato dal trasferimento rappresenta una quota notevole o limitata dei costi variabili dell'acquirente diretto. Un acquirente diretto può dover sostenere dei costi nel momento in cui varia i suoi prezzi, i cosiddetti «costi di adeguamento dei prezzi». Se il sovrapprezzo rappresenta soltanto una piccola quota dei costi variabili, l'acquirente diretto potrebbe non ritenere redditizio trasferire tale sovrapprezzo in ragione dei costi di adeguamento del prezzo. Inoltre, altri aspetti che possono anch'essi influenzare il grado di trasferimento sono, ad esempio, il livello del potere degli acquirenti o le tempistiche delle decisioni in materia di fissazione dei prezzi prese ai vari livelli della catena di approvvigionamento. Taluni dei fattori di cui al punto 51 sono stati presi in considerazione dai giudici nazionali nel contesto di cause relative al trasferimento (61).
- 57) L'esistenza e la portata del trasferimento sono legate alla perdita di vendite che in genere accompagneranno qualsiasi aumento dei prezzi. Come illustrato in precedenza, tale perdita di vendite può essere designata come l'effetto sul volume che un acquirente può rivendicare per un lucro cessante. L'effetto sul volume deriva dal fatto che di solito l'acquirente si trova di fronte a una curva della domanda che tende verso il basso. Se il sovrapprezzo iniziale viene trasferito a valle della catena di approvvigionamento, si verificherà un effetto sul volume a tutti i livelli della catena verticale. Di conseguenza, quando la domanda include danni per effetti sul volume, i giudici possono dover stimare anche un tale effetto.

(58) L'importanza della forma della domanda del prodotto è spiegata ulteriormente nell'esempio 3 di cui al capitolo 3.2 e nell'allegato 1.

(59) Queste previsioni risultanti dalla teoria economica sono illustrate e spiegate ulteriormente nell'esempio 2 di cui al capitolo 3.2.

(60) Per esempi di sentenze relative all'importanza delle dinamiche del mercato e a come la domanda reagisce alle variazioni dei prezzi, cfr. ad esempio le sentenze tedesche del 28 giugno 2011 del *Bundesgerichtshof* (Corte federale di cassazione tedesca), causa n. KZR 75/10 (ORWI), punti 59 e 69, e la sentenza del *Landgericht Düsseldorf* (Tribunale regionale di Düsseldorf) del 19 novembre 2015, causa n. 14d O 4/14 (*Vetri per automobili*), punto 221. L'importanza del grado di concorrenza e il fatto che il sovrapprezzo iniziale sia specifico di un'impresa o un settore sono trattati anche in diverse sentenze emesse da giudici nazionali, cfr. ad esempio una sentenza danese del *Sø- og Handelsretten* (Tribunale regionale marittimo e del commercio) del 3 ottobre 2002, causa V 15/01 (UfR2004.2600S) (EKKO/Brandt Group Norden e altri) e una sentenza spagnola del *Tribunal Supremo de España* (Corte suprema di Spagna) del 7 novembre 2013, causa 5819/2013 (Nestle e altri/Ebro Puleva).

(61) Per un esempio di una causa che valuta se il trasferimento è probabile quando l'effetto apportato dal sovrapprezzo rappresenta una piccola quota dei costi variabili dell'acquirente diretto, cfr. ad esempio una sentenza francese, ossia la sentenza della *Cour d'appel de Paris* (Corte di appello di Parigi) del 27 febbraio 2014, causa 10/18285 (SNC Doux Aliments Bretagne e altri/Société Ajinomoto Eurolysine). Tale ultima sentenza è altresì spiegata ulteriormente nel riquadro 10.

- 58) Come menzionato in precedenza, qualsiasi vittima di una violazione del diritto della concorrenza dell'UE ha il diritto di richiedere il pieno risarcimento del danno subito legato da un nesso causale alla violazione. Quando viene invocato il trasferimento, una valutazione dell'effetto sul volume può diventare importante ai fini della quantificazione del danno da sovrapprezzo nel contesto di un'azione di risarcimento del danno. In tal caso occorre tuttavia osservare che una stima del danno totale calcolata semplicemente sottraendo l'effetto sul prezzo correlato al trasferimento derivante dall'effetto del sovrapprezzo porterebbe a una sottostima del danno subito dal cliente diretto o indiretto qualora l'effetto sul volume non venisse preso in considerazione.
- 59) Il volume perso derivante da un sovrapprezzo è influenzato dalla sensibilità della domanda che l'acquirente deve affrontare e dal modo in cui i concorrenti dell'acquirente reagiscono al sovrapprezzo. Ad esempio, se l'acquirente si trova di fronte a una domanda non elastica, ossia se i suoi clienti sono sensibili agli aumenti di prezzo soltanto in minima misura, l'aumento dei prezzi porta a una diminuzione relativamente limitata del volume venduto. A parità di condizioni, ciò porterà a un effetto sul volume minore rispetto al caso di una domanda più elastica. Allo stesso tempo, se anche i concorrenti dell'acquirente aumentano i loro prezzi in seguito a un sovrapprezzo, ciò potrebbe ridurre anche l'impatto dell'aumento del prezzo dell'acquirente sulle sue vendite (62).

3.2. Esempi

- 60) Gli esempi ipotetici riportati in appresso intendono illustrare la rilevanza delle indicazioni fornite dalla teoria economica spiegate nella presente sezione e nell'allegato 1.
- 61) L'esempio 1 descrive sovrapprezzi specifici di un'impresa in un mercato caratterizzato da una notevole concorrenza.

Esempio 1

Situazione: nello stesso mercato rilevante vi sono 10 produttori di succo di mela. Uno dei produttori acquista le mele da un fornitore coinvolto in un cartello che ne fissa il prezzo. Tale produttore di succo di mela richiede il risarcimento del danno come compensazione per un sovrapprezzo. Tuttavia, il convenuto (il fornitore di mele) invoca l'eccezione del trasferimento e sostiene che il produttore di succo di mela ha trasferito l'intero sovrapprezzo agli acquirenti indiretti.

Analisi: il produttore di succo di mela che deve fare fronte al sovrapprezzo è soggetto a una notevole concorrenza da parte di altre nove società per la produzione e la fornitura di succo di mela. Tutti i prodotti venduti dalle dieci imprese sono piuttosto omogenei per i consumatori. Nella misura in cui gli altri produttori non ottengono le mele dai membri del cartello, ma sono in grado di acquistarli altrove a un prezzo inferiore, il produttore che deve acquistare dal cartello è posto in una situazione di svantaggio concorrenziale nei confronti dei suoi concorrenti. La capacità del produttore di succo di mela di trasferire l'aumento dei costi sarebbe quindi limitata a causa del fatto che perderebbe la vendita (e il profitto) a favore dei suoi concorrenti in misura molto elevata se trasferisse il sovrapprezzo, anche solo parzialmente. Maggiore è la concorrenza tra i 10 produttori di succo di mela, maggiore è il vincolo sulla capacità di trasferire l'aumento dei costi. Di conseguenza, in questo scenario, di norma il cliente diretto non sarà in grado di trasferire l'aumento dei costi (il sovrapprezzo).

- 62) L'esempio 2 illustra una situazione di sovrapprezzi a livello di settore e l'intensità della concorrenza.

Esempio 2

Situazione: tutti e 10 i produttori di succo di mela di cui all'esempio 1 acquistano mele da fornitori coinvolti in un cartello che fissa i prezzi. I membri del cartello sostengono che qualsiasi eventuale sovrapprezzo è trasferito agli acquirenti indiretti.

Analisi: i produttori di succo di mela sono esposti al sovrapprezzo in maniera analoga e il mercato è caratterizzato come competitivo. Poiché tutti i produttori si trovano ad affrontare un sovrapprezzo, un'impresa non subirà uno svantaggio competitivo rispetto alle altre imprese. È quindi più probabile che ciascun produttore di succo di mela trasferisca in larga misura il sovrapprezzo, a differenza del caso descritto nell'esempio 1 (nel quale il sovrapprezzo è specifico di un'impresa). A titolo di esempio, in un mercato perfettamente concorrenziale, il prezzo equivale ai costi marginali e, pertanto, un aumento del costo di un fattore produttivo porterà direttamente a un pari aumento del prezzo.

(62) Se soltanto l'acquirente aumentasse il suo prezzo, i suoi clienti potrebbero passare ad acquistare dai concorrenti. Qualora, invece, i concorrenti aumentino anch'essi i loro prezzi in una certa misura, il passaggio potrebbe essere meno interessante per i clienti e quindi le vendite complessive del primo acquirente potrebbero subire una riduzione inferiore. Va notato tuttavia che se alcuni o tutti i clienti rispondono a un aumento dei prezzi a livello di mercato smettendo di acquistare del tutto il prodotto, l'effetto sul volume potrebbe persino essere superiore al caso di un aumento del prezzo dell'acquirente singolo.

- 63) L'esempio 3 descrive la questione del tasso di trasferimento di monopolisti che devono gestire una domanda diversa.

Esempio 3

Situazione: il produttore di succo di mela A è un monopolista nel mercato della produzione di succo di mela nello Stato membro 1, mentre il produttore di succo di mela B è un monopolista nel medesimo mercato del prodotto nello Stato membro 2. Il costo di produzione di un ulteriore lotto di succo di mela è costante e simile per A e B.

I due produttori di succo di mela producono a partire da mele provenienti da C, un fornitore coinvolto in un cartello per la fissazione dei prezzi. Di conseguenza, tanto A quanto B sono soggetti a un sovrapprezzo di 6 EUR per cassetta di mele avendo acquistato le mele da C.

A e B sono stati soggetti a domande diverse provenienti dalle catene di vendita al dettaglio di generi alimentari in ciascuno Stato membro. Nello Stato membro 1, la domanda è stata parimenti sensibile a una variazione dei prezzi per tutti i livelli di prezzo (la domanda è stata lineare, cfr. riquadro 15). Nello Stato membro 2, non è invece stato così, qui la domanda è diminuita «sempre meno» (secondo un tasso decrescente) all'aumentare del prezzo (la curva della domanda è stata convessa, cfr. anche riquadro 15).

A e B chiedono il risarcimento da C (il membro del cartello) per il danno derivante dal sovrapprezzo. C invoca l'eccezione del trasferimento, sostenendo che A e B hanno trasferito la metà del sovrapprezzo.

Analisi: i monopolisti nello Stato membro 1 e nello Stato membro 2 sono stati soggetti a una domanda diversa proveniente dalle catene di vendita al dettaglio di generi alimentari in ciascuno Stato membro. I loro costi per la produzione di un ulteriore lotto di succo di mela sono stati costanti. Il sovrapprezzo di 6 EUR per cassetta di mele è stato considerato un aumento dei costi marginali per ciascuno di essi. A seguito di tale aumento dei costi, la portata dell'adeguamento al rialzo dei prezzi è dipesa dalla quantità di produzione che ciascuno di essi ha dovuto sacrificare per trasferire una certa quantità della variazione dei costi, ossia per aver aumentato i prezzi.

Ciò si verifica perché se il volume perso in caso di aumento dei prezzi è relativamente basso, l'aumento dei prezzi è più interessante rispetto alla situazione nella quale la perdita di volume è elevata. La perdita di volume in caso di aumento dei prezzi è correlata alla curvatura della domanda che un monopolista affronta, ossia al fatto che la domanda sia lineare, convessa o concava. Questo aspetto è spiegato ulteriormente nel riquadro 15.

Per quanto riguarda il monopolista A nello Stato membro 1, sulla base della teoria economica è possibile sostenere che tale monopolista ha trasferito la metà del sovrapprezzo, ossia 3 EUR. Tuttavia, poiché il monopolista B ha dovuto affrontare una domanda convessa, la domanda rimanente è diventata meno sensibile al prezzo all'aumentare dello stesso. Rispetto ad A, che è soggetto a una domanda lineare, B avrebbe perso meno volume in caso di un aumento dei prezzi pari a 3 EUR. Ciò implica che B era incentivato a trasferire un importo superiore a 3 EUR.

- 64) L'esempio 4 descrive la questione dei costi di adeguamento dei prezzi e dei costi variabili rispetto a quelli fissi a breve e a lungo termine.

Esempio 4

Situazione: le imprese A e B sono le uniche imprese che possiedono e noleggiano gru a torre nello Stato membro 1. Dal 2005 al 2015 le imprese A e B hanno partecipato a un cartello, concordando di aumentare il prezzo del noleggio delle gru a torre dell'80 %. L'impresa C è un'impresa edile che opera nelle città dello Stato membro 1. L'azienda progetta, costruisce e vende ai clienti finali appartamenti residenziali in grattacieli. I prezzi degli appartamenti sono pubblicizzati in una vasta gamma di mezzi di comunicazione e ubicazioni diversi, ivi compreso su internet, nei giornali e su cartelloni stradali. L'autorità nazionale garante della concorrenza nello Stato membro 1 ha ritenuto che l'accordo sui prezzi nel settore delle costruzioni costituisse una violazione del diritto in materia di concorrenza e la sua decisione di infliggere ammende ai membri del cartello non è stata impugnata dalle imprese A o B.

L'impresa C è una cliente diretta del cartello e richiede il risarcimento dei danni da parte dei membri del cartello A e B. Tuttavia, le imprese A e B hanno invocato l'eccezione del trasferimento, sostenendo che l'impresa C ha trasferito l'intero sovrapprezzo agli acquirenti indiretti, ossia i clienti finali che acquistano appartamenti nei grattacieli.

Analisi: il noleggio delle gru a torre è uno dei numerosi costi dei fattori produttivi che l'impresa C sostiene quando progetta e costruisce grattacieli. Esempi di altri costi dei fattori produttivi sono le materie prime, quali acciaio e cemento, manodopera e costi finanziari. Di conseguenza è probabile che il noleggio di gru a torre costituisca soltanto una piccola parte dei costi totali. Dato che i prezzi degli appartamenti sono ampiamente pubblicizzati, l'impresa C può sostenere notevoli costi di adeguamento dei prezzi. Tuttavia, poiché il cartello ha avuto una durata di 10 anni, i costi di adeguamento del prezzo possono essere trascurabili rispetto al sovrapprezzo dopo un certo periodo, incentivando così l'impresa C a tenere conto del sovrapprezzo nella fissazione dei prezzi degli appartamenti. Pertanto, può accadere che, a causa dei costi di adeguamento dei prezzi, l'impresa C possa non essere incentivata a trasferire il sovrapprezzo nel breve periodo. Tuttavia, l'incentivo a trasferirlo può cambiare durante il periodo della violazione. Al fine di valutare l'effettivo trasferimento durante il periodo pertinente, il giudice dovrebbe pertanto stimare l'effetto del trasferimento in base alle prove disponibili, ad esempio utilizzando uno dei metodi illustrati nella sezione 4.

4. LA QUANTIFICAZIONE DEL TRASFERIMENTO E GLI EFFETTI SUL VOLUME — ASPETTI GENERALI

- 65) Il risarcimento per il danno subito mira a porre la parte lesa nella posizione in cui sarebbe stata qualora la violazione non fosse avvenuta. Per poter valutare tale posizione, è necessario confrontare la situazione osservata, ossia la situazione nella quale si è verificata la violazione, con una situazione ipotetica, ossia la situazione nella quale non ha avuto luogo alcuna violazione. Questa ipotetica situazione viene denominata «scenario controfattuale».
- 66) Lo scopo della creazione di uno scenario controfattuale consiste nell'isolare l'effetto della violazione da altri fattori che incidono sul prezzo di un prodotto o di un servizio, che avrebbero influenzato tale prezzo anche nel caso in cui la violazione non avesse avuto luogo⁽⁶³⁾. Ad esempio, un aumento della domanda comporterebbe di norma un aumento dei prezzi anche in assenza di un cartello. Gli acquirenti diretti o indiretti non dovrebbero quindi essere risarciti per tale effetto. Di conseguenza, nel creare uno scenario controfattuale, è necessario controllare i fattori che non sono correlati alla violazione⁽⁶⁴⁾.
- 67) Poiché lo scenario controfattuale è ipotetico, non può essere osservato direttamente. Come descritto in appresso, sono stati sviluppati metodi e tecniche diversi nel settore dell'economia e della prassi giurisprudenziale per stabilire lo scenario controfattuale, che variano in base alle ipotesi sottostanti e alla varietà di dati necessari.
- 68) Mentre tali metodi tentano di interpretare quale sarebbe stata l'evoluzione del mercato in assenza della violazione, anche le prove dirette a disposizione delle parti e del giudice (ad esempio documenti interni che descrivono come l'acquirente diretto abbia trasferito il sovrapprezzo iniziale in una situazione specifica) possono fornire, nel rispetto delle norme giuridiche nazionali applicabili, informazioni importanti per la valutazione dei danni in un caso specifico⁽⁶⁵⁾.
- 69) Nel trattare un trasferimento nel contesto di un'azione di risarcimento del danno, i giudici nazionali possono dover tener conto di tre componenti che si riferiscono al danno per il quale un acquirente diretto o indiretto può chiedere un risarcimento, l'effetto sul prezzo correlato al trasferimento e l'effetto sul volume correlato al trasferimento⁽⁶⁶⁾. I giudici nazionali e gli esperti economici possono scegliere di valutare queste tre componenti in maniera sequenziale, ossia secondo una procedura in tre fasi descritta in appresso.
- 70) In una prima fase si può procedere alla quantificazione o alla stima del sovrapprezzo. Per fare ciò è possibile ricorrere a numerosi metodi diversi. Tuttavia, i metodi più ampiamente utilizzati dalle parti e dai giudici per stimare il sovrapprezzo iniziale sono i cosiddetti metodi comparativi. I diversi metodi per la stima del sovrapprezzo sono presi in considerazione in dettaglio nella guida pratica.

⁽⁶³⁾ Occorre osservare che la necessità di creare uno scenario controfattuale al momento della valutazione del trasferimento è in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sul trasferimento nel contesto del rimborso di tributi e dazi doganali illegali addebitati dagli Stati membri; cfr. sentenza della Corte del 4 ottobre 1979, *Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione*, C-238/78, ECLI:EU:C:1979:226, punto 14; sentenza della Corte del 21 dicembre 2000, *Michailidis*, C-441/98, ECLI:EU:C:2000:479, punti 33 e successivi; sentenza della Corte del 6 settembre 2011, *Lady & Kid e altri*, C-398/09, ECLI:EU:C:2011:540. Inoltre, nelle conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed del 3 giugno 2003, *Commissione/Repubblica italiana*, causa C-129/00, ECLI:EU:C:2003:319, punto 78, l'avvocato generale ha sottolineato che sarebbe necessario uno scenario controfattuale per dimostrare cosa sarebbe accaduto ai prezzi sul mercato a valle in assenza del sovrapprezzo iniziale.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. discussione correlata di cui al punto 77.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. anche guida pratica, punti 14 e 30.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. riquadro 16 di cui all'allegato 1.

- 71) Una seconda fase consiste nella stima dell'entità dell'effetto sul prezzo correlato al trasferimento. La portata di tale effetto può essere stimata direttamente impiegando i metodi comparativi, ossia metodi simili a quelli impiegati per la quantificazione del sovrapprezzo. Qualora siano soddisfatte determinate ipotesi, la portata di tale effetto può essere stimata anche indirettamente, ottenendo una stima del tasso secondo il quale l'aumento nei costi dei fattori produttivi interessati avrebbe dovuto essere trasferito e combinando quindi tale stima con le informazioni sul sovrapprezzo e sulle vendite. Le sezioni da 5.1 a 5.2 offrono una panoramica dei diversi approcci per la quantificazione di tali effetti.
- 72) In una terza fase viene stimato l'effetto sul volume correlato al trasferimento. Analogamente alla stima dell'effetto sul prezzo correlato al trasferimento, l'effetto sul volume può essere stimato direttamente o indirettamente. Approcci diversi per quantificare tali effetti sono presi in considerazione nelle sezioni 6.2 e 6.3.
- 73) Al fine di quantificare i danni nel contesto di azioni di risarcimento dinanzi a giudici nazionali, risultanti dalla violazione del diritto della concorrenza dell'UE, si può ricorrere ad ulteriori approcci, come un approccio di simulazione, che tiene conto simultaneamente degli effetti sul prezzo e di quelli sul volume correlati al trasferimento. L'approccio di simulazione è spiegato brevemente nella sezione 5.2.

4.1. Dati e informazioni necessari per quantificare gli effetti del trasferimento

- 74) Come spiegato nella sezione 2.2, la direttiva sul risarcimento di danni prevede norme che disciplinano la divulgazione di prove. Dati e informazioni in possesso delle parti o di terzi sono fattori importanti per svolgere una solida analisi economica degli effetti del trasferimento. Di conseguenza, un primo passo utile da compiere nel quantificare l'effetto sul prezzo correlato al trasferimento potrebbe essere quello di individuare i dati necessari e la loro disponibilità ai fini della definizione dello scenario controfattuale.
- 75) Nel decidere quale tipo di dati e informazioni siano pertinenti in una causa specifica, può essere utile per il giudice tenere conto delle indicazioni generali fornite dalla teoria economica spiegata nella sezione 3. Tali informazioni possono altresì essere pertinenti nel caso in cui il giudice debba valutare perizie contrastanti di esperti economici⁽⁶⁷⁾. Inoltre, definire il tipo di dati necessari per la stima del trasferimento richiederà in genere una buona conoscenza del settore in questione e delle caratteristiche prevalenti del mercato nel caso in esame. Pertanto, inizialmente, può essere utile considerare innanzitutto i documenti che indicano la plausibilità del trasferimento, come decisioni giudiziarie esistenti, procedimenti giudiziari civili paralleli relativi allo stesso livello o a un livello diverso della catena di approvvigionamento nel medesimo mercato, studi di mercato o decisioni delle autorità garanti della concorrenza che descrivono le dinamiche del mercato rilevante⁽⁶⁸⁾.
- 76) Il giudice potrebbe dover prendere in considerazione tanto prove qualitative quanto prove quantitative⁽⁶⁹⁾. Le prove qualitative, come i documenti interni in materia di fissazione dei prezzi, strategia, contratti e rendiconti finanziari, possono essere analizzate nel contesto della teoria economica. Possono inoltre fornire informazioni sull'eventuale esistenza di prove o di un collegamento tra la fissazione dei prezzi a valle e il sovrapprezzo a monte risultante dalla violazione.
- 77) Tuttavia, in molti casi può essere altresì utile ricorrere a prove quantitative ai fini della definizione di uno scenario controfattuale e della verifica dei diversi fattori che incidono sul trasferimento. Tali prove possono includere dati su prezzi, costi o margini effettivi, nonché su indicatori esterni che influenzerebbero le decisioni in materia di fissazione dei prezzi delle imprese, ad esempio misure aggregate di attività economica (quali la crescita del PIL, l'inflazione e i tassi di occupazione). In taluni casi le variabili regionali dell'attività economica potrebbero essere utili per verificare le diverse tendenze regionali che non sono correlate alla violazione.
- 78) Il giudice può altresì prendere in considerazione più fattori specifici dell'industria o dell'impresa che influenzano la formazione dei prezzi. Ad esempio, nel caso di cui al riquadro 1, se anche la plastica fosse stata un fattore produttivo essenziale per la produzione di cablaggi elettrici durante il periodo della violazione nel quale il fabbricante di rame A aveva concordato con i suoi concorrenti di fissare i prezzi del rame come altro fattore produttivo essenziale per il fornitore di cablaggi elettrici B, è probabile che B avrebbe trasferito al suo cliente anche un aumento dei prezzi per la plastica che non era soggetto a una violazione del diritto della concorrenza dell'UE. In questo caso, una stima del trasferimento che non tiene conto degli effetti correlati all'aumento dei prezzi della plastica potrebbe materialmente sovrastimare il trasferimento del sovrapprezzo attribuendo erroneamente l'intero aumento del prezzo alla violazione. Un ragionamento analogo si applica alle potenziali diminuzioni di altri costi dei fattori produttivi che, se non considerate ma trasferite a valle della catena di approvvigionamento, ridurrebbero artificialmente il trasferimento stimato del sovrapprezzo di cartello.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. punto 39.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. punto 25.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. punto 37 ed esempi di cui al riquadro 9 e al riquadro 10.

- 79) Negli esempi che seguono, l'applicazione dei metodi si concentra sul prezzo. A seconda della disponibilità di dati e delle circostanze di un determinato caso, il giudice può anche prendere in considerazione gli stessi metodi per stimare altre variabili economiche, quali i margini di profitto o il livello dei costi di un'impresa. I dati utilizzati per confrontare il mercato interessato con quello controllattuale possono riguardare l'intero mercato (ad esempio la media del prezzo dei cablaggi elettrici per tutti i clienti in altri mercati di prodotti o mercati geografici) oppure determinati clienti o gruppi di clienti.

4.2. Il ricorso a esperti economici

- 80) In molti casi nei quali viene valutato il trasferimento del sovrapprezzo è possibile coinvolgere esperti economici in azioni di risarcimento del danno dinanzi ai giudici nazionali. Le norme sulle perizie variano notevolmente tra gli Stati membri⁽⁷⁰⁾; in ogni caso, i giudici nazionali potrebbero trovare utile disporre di un orientamento su principi generali e strumenti pertinenti per il coinvolgimento di esperti economici.
- 81) All'inizio del procedimento giudiziario, qualora la normativa nazionale lo consenta, il giudice può facilitare una discussione tra esperti che rappresentano le parti coinvolte. Tali discussioni possono mirare a individuare e definire gli ambiti di accordo e disaccordo su questioni pertinenti per il caso, ivi comprese quelle relative agli obblighi di informativa. Un esempio di tale approccio è illustrato nel riquadro 3.

Riquadro 3

Esempio di una causa riguardante prove fornite da esperti economici⁽⁷¹⁾

In una causa dinanzi a un organo giurisdizionale del Regno Unito, gli esperti economici che rappresentavano ciascuna parte (l'autore della violazione e l'attore) avevano proposto il proprio metodo distinto per la stima del trasferimento. Il giudice ha espresso preoccupazione in merito alla potenziale complessità delle perizie e ha chiesto agli esperti delle parti di raggiungere un accordo in merito all'approccio proposto per le prove di natura economica sul trasferimento prima di ordinare qualsiasi divulgazione. Qualora gli esperti non avessero raggiunto un accordo sull'approccio, il giudice avrebbe dovuto esaminare le affermazioni sui rispettivi approcci, compresa una spiegazione di ciò che ciascun esperto proponeva, le informazioni necessarie e il costo dell'esercizio, e quindi decidere quale metodo dovesse essere applicato.

- 82) In talune giurisdizioni i giudici nazionali possono nominare esperti economici con il compito di assistere nella stima del trasferimento e per tradizione hanno adottato tale approccio per stimare il sovrapprezzo iniziale. Il giudice può impiegare un approccio analogo nella stima del trasferimento, ad esempio ricorrendo ai cosiddetti metodi comparativi. L'esperienza derivante dall'uso di esperti nominati dal giudice per la stima del sovrapprezzo può quindi essere rilevante anche ai fini della stima del trasferimento. Un esempio di un approccio nel quale il giudice ha nominato un esperto economico è riportato nel riquadro 4.

Riquadro 4

Esempio di una causa nella quale il giudice ha nominato un esperto economico⁽⁷²⁾

In una causa dinanzi un giudice tedesco, quest'ultimo ha nominato un esperto economico. Il compito dell'esperto era quello di proporre una metodologia e successivamente quantificare il sovrapprezzo. Come prima fase, l'esperto ha proposto un metodo empirico per la stima dei sovrapprezzi. L'approccio suggerito dall'esperto è stato discusso per iscritto e verbalmente nel corso di udienze prima che il giudice decidesse l'approccio da adottare.

Nella fase successiva è stato applicato il metodo scelto e sono stati calcolati i sovrapprezzi. I dati sottostanti utilizzati per i calcoli sono stati presentati al giudice e alle parti.

La terza fase ha comportato una verifica della solidità dell'approccio nel contesto della quale le parti hanno avuto l'opportunità di formulare osservazioni e porre domande. Tali osservazioni sono state prese in considerazione in una valutazione finale consegnata al giudice. La valutazione finale ha inoltre considerato la plausibilità dei risultati stimati, la solidità degli effetti stimati e la qualità dei dati sottostanti.

⁽⁷⁰⁾ Ad esempio, i giudici di Francia, Paesi Bassi e Regno Unito trattano in larga misura direttamente con gli esperti economici nominati dalle parti. In altri Stati membri, come in Belgio, Danimarca, Germania, Italia e Ungheria, in molti casi, i giudici hanno cercato di chiedere il parere di esperti nominati dal giudice stesso. Esistono anche variazioni nella legislazione nazionale in merito al soggetto nei confronti del quale l'esperto è tenuto a svolgere il proprio dovere. In taluni Stati membri, quali il Regno Unito e l'Irlanda, l'esperto ha degli obblighi nei confronti del giudice, anche se le sue parcellle sono pagate dalle parti. In Spagna, gli esperti nominati dalle parti sono soggetti al dovere di obiettività e indipendenza; mentre in alcuni Stati membri, come in Germania e in Italia, non esiste tale obbligo esplicito.

⁽⁷¹⁾ Sentenza della *High Court of Justice of England and Wales* (Alta Corte di giustizia di Inghilterra e Galles) del 4 ottobre 2017, [2017] EWHC 2420 (Ch) (*Emerald Supplies/British Airways Plc*).

⁽⁷²⁾ Sentenza dell'*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Corte d'appello di Düsseldorf) del 26 giugno 2009, causa VI-2a Kart 2 – 06/08, (*Zement*).

- 83) Nel contesto di una causa nella quale gli esperti economici che rappresentano le parti hanno opinioni contrastanti su quale approccio utilizzare per stimare il trasferimento, il giudice nazionale può altresì chiedere consiglio all'autorità nazionale garante della concorrenza su quale metodo impiegare⁽⁷³⁾. Inoltre, ai fini della valutazione del grado di trasferimento, in linea di principio, un giudice nazionale può anche fare affidamento sulle informazioni contenute in una decisione emessa da un'autorità garante della concorrenza, ad esempio per quanto riguarda il sovrapprezzo iniziale⁽⁷⁴⁾.

5. QUANTIFICAZIONE E STIMA DEGLI EFFETTI SUL PREZZO CORRELATI AL TRASFERIMENTO

- 84) Nella valutazione dell'effetto sul prezzo correlato al trasferimento, i giudici nazionali possono basarsi su diversi tipi di approcci economici per la quantificazione, in particolare sugli approcci comparativi, ma anche sull'approccio del tasso di trasferimento⁽⁷⁵⁾ o sull'approccio della simulazione. Tali approcci, come descritto nel presente capitolo, si basano su dati quantitativi per stimare l'effetto del trasferimento. In numerosi casi, il giudice può ritenere utile valutare anche prove qualitative, quali documenti interni o deposizioni testimoniali, ai fini della stima l'effetto del trasferimento. La disponibilità di tali prove qualitative può rivestire un ruolo importante nel momento in cui un giudice decide se, e quali, tecniche descritte possono essere utilizzate da una parte per adempiere al grado di rilevanza della prova richiesto dalla normativa applicabile⁽⁷⁶⁾.

5.1. Metodi comparativi

- 85) L'effetto sul prezzo correlato al trasferimento a vari livelli della catena di approvvigionamento può essere calcolato stimando direttamente l'aumento dei prezzi o la variazione dei margini risultante dall'impatto del sovrapprezzo iniziale. Nel valutare se un sovrapprezzo viene trasferito dall'acquirente diretto, questo metodo confronta il prezzo fissato da tale acquirente durante il periodo della violazione con quello fissato nel mercato o nei mercati di confronto.
- 86) Nello stimare l'effetto sul prezzo correlato al trasferimento, il giudice può stimare le differenze tra i prezzi o i margini osservati e quelli controllattuali⁽⁷⁷⁾ applicando i medesimi metodi comparativi utilizzati per il calcolo del sovrapprezzo iniziale. Sebbene il concetto che sta alla base di questi metodi sia descritto in maniera dettagliata nella guida pratica, ulteriori linee guida sull'attuazione di tali metodi nel contesto del trasferimento sono fornite nelle sezioni che seguono.
- 87) Il vantaggio offerto dai metodi comparativi risiede nel fatto che utilizzano dati reali rilevati sullo stesso mercato o su un mercato simile⁽⁷⁸⁾. Si basano sul fatto che lo scenario comparativo può essere considerato rappresentativo dello scenario in assenza di violazione. Questi metodi sono stati inoltre riconosciuti e utilizzati dalle autorità garanti della concorrenza in Europa con l'obiettivo di intraprendere analisi di carattere simile alla stima del trasferimento, ad esempio durante lo svolgimento di una valutazione ex post della politica della concorrenza⁽⁷⁹⁾.
- 88) Quando si ricorre al metodo comparativo, idealmente si dovrebbe confrontare il prezzo o il margine durante il periodo della violazione con quelli del medesimo mercato in assenza della violazione. Tuttavia, ovviamente non è possibile sapere esattamente quale sarebbe stata l'evoluzione di un mercato in assenza di una violazione. Ad esempio, può accadere che fattori importanti che incidono sui prezzi fissati dall'acquirente diretto, come le variazioni della domanda o dei prezzi di altri fattori produttivi, non abbiano un impatto analogo sui prezzi durante il periodo della violazione e nello scenario controllattuale.

⁽⁷³⁾ Dall'articolo 17, paragrafo 3, della direttiva sul risarcimento di danni si desume che un'autorità nazionale garante della concorrenza può, su richiesta di un giudice nazionale, prestare a questo assistenza con riguardo alla determinazione quantitativa del danno qualora l'autorità nazionale garante della concorrenza consideri appropriata tale assistenza.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. ad esempio la sentenza dell'*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Corte d'appello di Düsseldorf) del 15 aprile 2013, causa VI-4 Kart 2 – 6/10 (OWi), e successivamente la sentenza della *Bundesgerichtshof* (Corte federale di cassazione della Germania) del 9 ottobre 2018, causa KRB 51/16 (*Flüssiggas I*) sulle decisioni dell'autorità nazionale tedesca garante della concorrenza (Bundeskartellamt) del 14.12.2007, del 26.2.2008, del 12.2.2009 e del 9.4.2009, caso B11-20/50 (*Flüssiggas*) nel contesto delle quali il Bundeskartellamt ha tenuto conto delle entrate supplementari ottenute attraverso la violazione (*kartellbedingter Mehrerlös*) e delle discussioni sui diversi metodi ai fini del calcolo del sovrapprezzo.

⁽⁷⁵⁾ L'approccio del tasso di trasferimento si basa, tra l'altro, sull'ipotesi che le variazioni dei costi dei fattori produttivi siano trasferite a un tasso identico indipendentemente dalla rilevanza di tali costi e dalla portata della variazione degli stessi. Tale ipotesi potrebbe spingersi troppo oltre. Come spiegato ulteriormente ai punti 120 e seguenti, l'approccio del tasso di trasferimento dovrebbe di norma essere preso in considerazione soltanto se l'ipotesi è plausibile sulla base dei fatti della causa.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. anche guida pratica, punto 14.

⁽⁷⁷⁾ L'approccio che utilizza i dati sui margini è spiegato in maggior dettaglio nella sezione 6.3 dedicata alla stima dell'effetto sul volume.

⁽⁷⁸⁾ Questo fatto è sottolineato nella guida pratica, al punto 37, e nella giurisprudenza sulla stima dei sovrapprezzi ivi citata. Sempre nel contesto della stima dei sovrapprezzi, un giudice tedesco ritiene che i metodi comparativi possano essere preferibili rispetto ad altri approcci, cfr. la sentenza dell'*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Corte d'appello di Düsseldorf) del 26 giugno 2009, causa VI-2a Kart 2 – 06/08 (*Zement*), punti 469 e seguenti.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. ad esempio il documento «*Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions*» [Guida di riferimento sulla valutazione ex post delle decisioni di esecuzione delle autorità garanti della concorrenza], OCSE 2016.

- 89) È fondamentale tenere a mente questi fattori nel considerare se un determinato mercato di confronto sia adatto come scenario controfattuale. Come spiegato ulteriormente nella sezione 5.1.1, sono disponibili varie tecniche per tenere conto delle differenze tra il mercato interessato dalla violazione e i mercati di confronto. Spetta ai sistemi giuridici nazionali stabilire se il livello di somiglianza tra il mercato nel quale si è verificata la violazione e i mercati di confronto è considerato sufficiente affinché i risultati di tale raffronto possano essere utilizzati per stimare il trasferimento ⁽⁸⁰⁾.

5.1.1. Approcci

- 90) Quando si ricorre al metodo comparativo per stimare l'effetto del trasferimento, il prezzo fissato dall'acquirente diretto o indiretto durante il periodo della violazione viene confrontato con lo scenario in assenza di violazione o controfattuale. Lo scenario controfattuale può essere stabilito sulla base di ⁽⁸¹⁾:

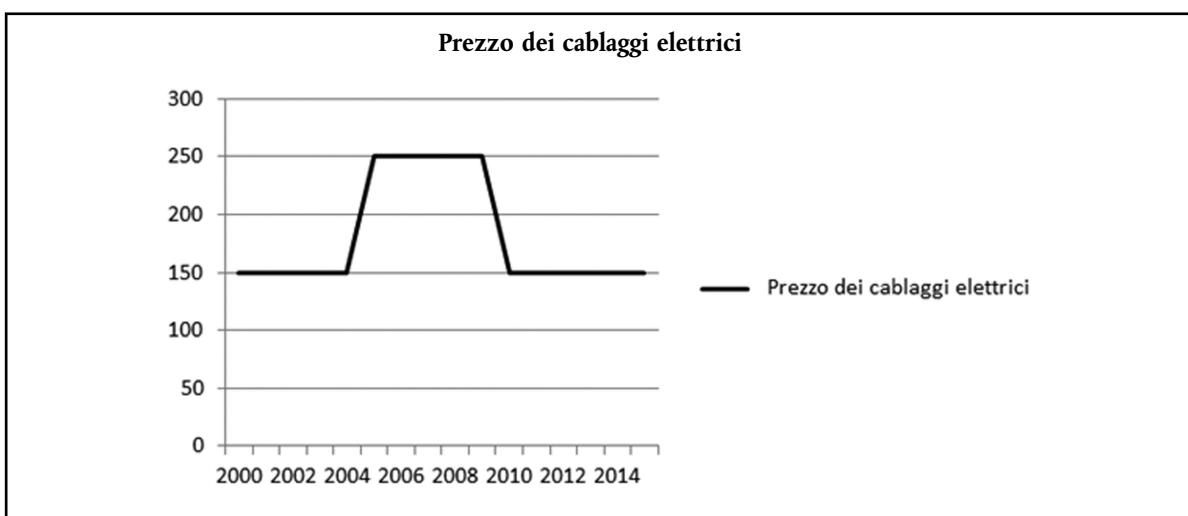
- dati relativi ai prezzi o ai margini relativi a questo mercato prima e/o dopo la violazione, solitamente denominato approccio del «prima-durante-dopo»;
- dati riguardanti il medesimo mercato (del prodotto) ma in una diversa zona geografica oppure un altro mercato del prodotto che si ritiene evolva in maniera analoga a quello nel quale opera l'acquirente diretto o indiretto, solitamente denominato approccio «trasversale»; o
- una combinazione di raffronti temporali e raffronti tra mercati, di solito designata come l'approccio della «differenza nelle differenze».

5.1.1.1. L'approccio del «prima-durante-dopo»

- 91) Un approccio frequentemente utilizzato nella stima dei sovrapprezzi iniziali consiste nel confrontare i prezzi nel corso del tempo nel contesto del medesimo mercato, ossia nell'effettuare un raffronto prima-durante-dopo (illustrato nel riquadro 5) ⁽⁸²⁾. Nell'applicare questo approccio alla stima del trasferimento, il mercato di confronto è esattamente il medesimo mercato del prodotto nel quale era attivo l'acquirente diretto o indiretto al momento della violazione, tuttavia analizzato in momenti diversi nel tempo. Di conseguenza, secondo l'ipotesi alla base di questo approccio, il mercato del prodotto in questione nel periodo di assenza di violazione fornisce una buona approssimazione dello scenario controfattuale, ossia della situazione che sarebbe prevalsata sul mercato del prodotto qualora non si fosse verificata alcuna violazione durante il periodo della stessa. Tale ipotesi può essere errata in quanto, sul piano pratico, non esiste un mercato di confronto indipendente dalla geografia o dal prodotto in grado di spiegare un ulteriore elemento di isolamento in relazione all'effetto derivante dalla violazione.

Riquadro 5

Esempio illustrato di un approccio «prima-durante-dopo» ⁽⁸³⁾



⁽⁸⁰⁾ La guida pratica affronta questa questione nel contesto della valutazione dei sovrapprezzi (cfr. ad esempio i punti 37 e 59-95).

⁽⁸¹⁾ Qualora ai fini dell'individuazione dello scenario controfattuale si prendano in considerazione mercati di confronto in paesi stranieri, il giudice nazionale dovrebbe tenere altresì conto delle possibili differenze legislative. Ciò è particolarmente importante quando si tratta di mercati regolamentati come ad esempio quelli dei prodotti farmaceutici o dell'energia.

⁽⁸²⁾ Cfr. guida pratica, punti 38-48.

⁽⁸³⁾ Per semplicità, questo grafico illustra soltanto l'effetto sul prezzo derivante dalla violazione. In uno scenario reale i prezzi saranno influenzati anche da altri fattori oltre al tasso di trasferimento, quali l'inflazione e altre brusche ripercussioni sui costi.

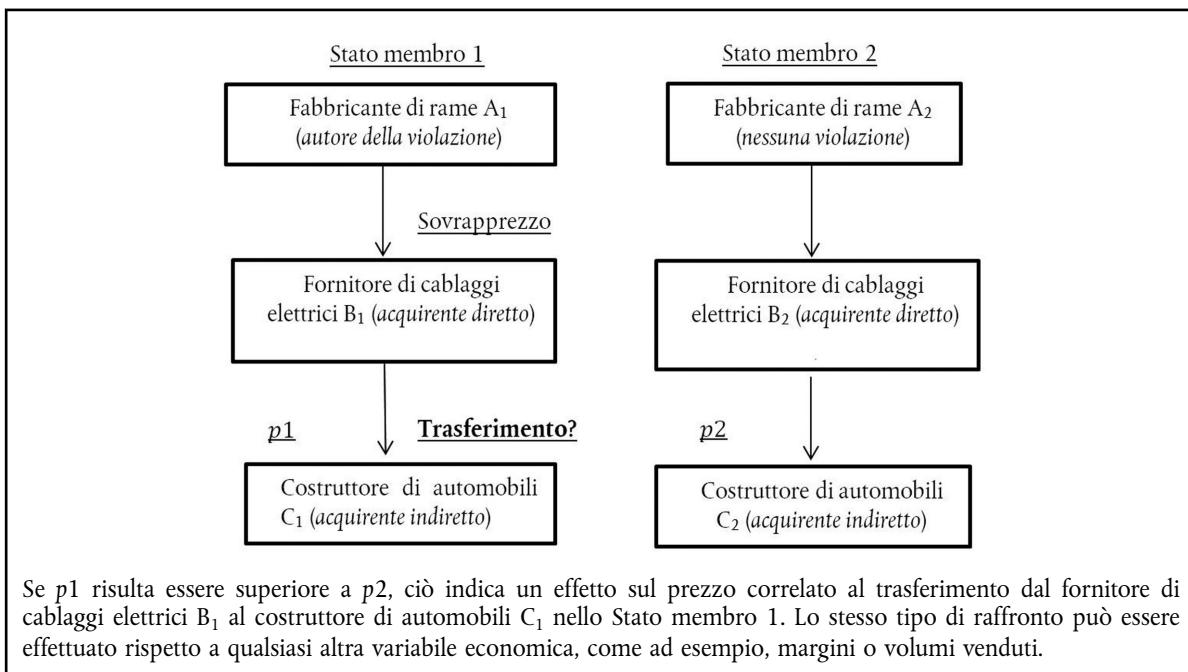
- 92) Nell'esempio illustrato nel riquadro 5, si presume che la fissazione illegale dei prezzi nel settore del rame abbia avuto una durata di cinque anni, dal 2005 al 2010. In questo periodo⁽⁸⁴⁾ il sovrapprezzo iniziale è stato trasferito al costruttore di automobili C. Nell'applicare questo metodo, il prezzo pagato dal costruttore di automobili durante il periodo della violazione viene confrontato con il prezzo pagato dallo stesso in un periodo non interessato dalla violazione e dal trasferimento, ad esempio nel 2003 e nel 2004. Un esempio di una causa nella quale un attore ha applicato questo approccio è illustrato nel riquadro 8.

5.1.1.2. L'approccio trasversale

- 93) In taluni casi può essere complicato osservare le evoluzioni dei prezzi nel tempo nel mercato di confronto e in quello oggetto della violazione. In tal caso si potrebbe ricorrere a un altro metodo comparativo, ossia un metodo che mette a confronto mercati geografici diversi. Secondo l'ipotesi alla base di tale approccio, l'altro mercato geografico è analogo a quello della violazione in tutti gli aspetti, ad eccezione dell'evento della violazione. Ancora una volta, tale ipotesi potrebbe spingersi troppo oltre.
- 94) Ad esempio, come illustrato nel riquadro 6, un giudice nazionale può prendere in considerazione il raffronto dei prezzi pagati dal costruttore di automobili C₁ durante il periodo della violazione nello Stato membro 1 (p1) con il prezzo medio pagato da costruttori di automobili simili nello Stato membro 2, ossia su un mercato geografico separato che non è interessato dalla violazione (p2). Questo metodo è denominato metodo del «raffronto tra mercati» (*cross-market comparison*)⁽⁸⁵⁾.

Riquadro 6

Esempio illustrato di un approccio trasversale



5.1.1.3. L'approccio della differenza nelle differenze

- 95) Da un punto di vista economico, il metodo più preciso tra quelli comparativi è quello che combina l'approccio del prima-durante-dopo e quello trasversale. Questo metodo è denominato metodo della «differenza nelle differenze» (*difference-in-differences*)⁽⁸⁶⁾ e si concentra sullo sviluppo della variabile economica pertinente nel mercato interessato dal trasferimento durante un certo periodo (differenza nel tempo nel mercato del trasferimento) e lo confronta con lo sviluppo della medesima variabile durante lo stesso periodo di tempo in un mercato di confronto non interessato dal trasferimento (ad esempio in un altro mercato geografico).

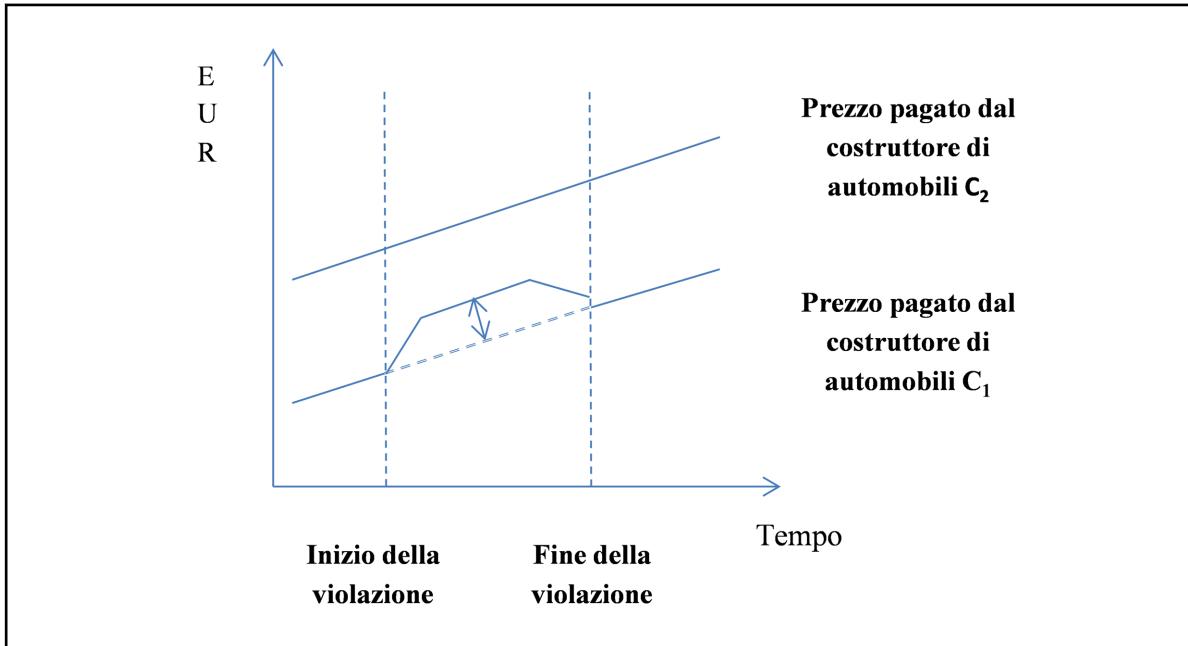
⁽⁸⁴⁾ Si noti tuttavia che la questione del trasferimento ritardato, menzionato nell'allegato 1, può essere importante quando si confrontano i prezzi durante la violazione con il prezzo in vigore prima e dopo.

⁽⁸⁵⁾ Questo metodo è stato impiegato di frequente per valutare il sovrapprezzo iniziale in azioni per il risarcimento del danno, cfr. ad esempio le cause citate nella nota a piè di pagina 45 della guida pratica.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. anche il punto 112.

- 96) Il riquadro 7 illustra l'approccio della differenza nelle differenze.

Riquadro 7
Illustrazione dell'approccio della differenza nelle differenze



- 97) Supponendo che, in una causa sulla quale si basano il riquadro 5 e il riquadro 6, il produttore di automobili C_1 nello Stato membro 1 (l'acquirente indiretto) richieda un risarcimento del danno dal produttore di rame A_1 (l'autore della violazione), come spiegato al punto 8, qualsiasi danno subito da C_1 deriva dal trasferimento del sovrapprezzo dal fornitore di cablaggi B_1 . Il ricorso all'approccio della differenza nelle differenze implicherebbe una valutazione dello sviluppo del prezzo pagato dal costruttore di automobili C_1 nello Stato membro 1 (il mercato con un effetto sul prezzo correlato al trasferimento) durante un certo periodo e il suo raffronto con lo sviluppo del prezzo pagato dal costruttore di automobili C_2 nello Stato membro 2 (non interessato dalla violazione e quindi esente da effetti sul prezzo correlati al trasferimento) nel medesimo periodo. Il raffronto mostra la differenza tra queste due differenze nel tempo. In questo modo si ottiene una stima della variazione del prezzo pagato dal costruttore di automobili, escludendo tutti i fattori che hanno interessato in uguale misura i mercati tanto nello Stato membro 1 quanto nello Stato membro 2. Di conseguenza, questo metodo isola l'effetto sul prezzo correlato al trasferimento da altre influenze sul prezzo dei cablaggi elettrici comuni ad entrambi i mercati.
- 98) Un'altra variante della causa sulla quale si basano il riquadro 6 e il riquadro 7 può illustrare questo metodo. Supponiamo che un raffronto effettuato prima, durante e dopo riveli un aumento del prezzo unitario dei cablaggi elettrici di 100 EUR nello Stato membro 1 (nel quale si sono verificati la violazione e il trasferimento) tra il 2005 e il 2010. Un'analisi del mercato non interessato dalla violazione nello Stato membro 2 nello stesso periodo può mostrare che il prezzo unitario dei cablaggi elettrici è aumentato di soli 10 EUR, in ragione dell'aumento di un altro costo di un fattore produttivo (ad esempio della plastica). Supponendo che tale maggiore costo di un fattore produttivo (plastica) abbia riguardato anche lo Stato membro 1, e a condizione che tutte le altre condizioni siano identiche, un raffronto tra il diverso sviluppo dei prezzi dei cablaggi elettrici negli Stati membri 1 e 2 indicherebbe l'aumento dei prezzi causato dall'effetto del trasferimento. Nell'esempio, tale valore sarebbe pari a 90 EUR.
- 99) Di conseguenza, un punto di forza rilevante del metodo della differenza nelle differenze è dato pertanto dal fatto che consente di filtrare le modifiche non collegate all'effetto sul prezzo correlato al trasferimento che si sono verificate durante lo stesso periodo del trasferimento. Tuttavia, si basa sul presupposto che altri fattori, nell'esempio di cui sopra il prezzo della plastica, influenzino i mercati in maniera analoga. Qualora questo non fosse il caso, potrebbe essere necessaria un'attuazione econometrica della tecnica della differenza nelle differenze. Attuazioni di tali tecniche sono descritte in maggior dettaglio nella sezione 5.1.2.

5.1.2. Attuazione degli approcci comparativi nella pratica

- 100) Sono disponibili varie tecniche per stimare gli effetti sul prezzo correlati al trasferimento in base all'approccio comparativo. Taluni fattori, quali un aumento dei costi delle materie prime nell'esempio di cui sopra, possono influenzare soltanto il mercato di confronto o soltanto il mercato interessato dal trasferimento. Come spiegato in precedenza, si dovrebbero effettuare talune rettifiche ai dati osservati in maniera da tenere conto di tali influenze. Potrebbe trattarsi di semplici rettifiche dei dati nei casi in cui sia relativamente semplice giustificare il fattore d'influenza e la portata dei suoi effetti.
- 101) In taluni casi, quando la disponibilità e la qualità dei dati lo consentono, le rettifiche dei dati comparativi possono essere effettuate sulla base di tecniche econometriche, in particolare attraverso il ricorso all'analisi di regressione. L'analisi di regressione è una tecnica statistica che aiuta a studiare gli schemi nel rapporto tra variabili economiche.
- 102) In un'analisi di regressione vengono esaminate numerose rilevazioni per la variabile di interesse e le presunte variabili di influenza. La relazione individuata viene generalmente descritta sotto forma di equazione. Questa equazione consente di stimare gli effetti delle variabili di influenza sulla variabile in esame e di isolare dagli effetti dell'infrazione. Sulla base di un'analisi di regressione è possibile stimare il grado di correlazione delle variabili rilevanti, che in alcuni casi può indicare un'influenza di tipo causale di una variabile sull'altra⁽⁸⁷⁾.
- 103) Le diverse tecniche disponibili per le rettifiche dei dati comparativi sono descritte in maggior dettaglio nella guida pratica⁽⁸⁸⁾. Facendo riferimento a esempi e illustrazioni, la guida pratica fornisce orientamenti in merito a concetti, approcci e condizioni per l'applicazione delle diverse tecniche e dovrebbe fungere da base per affrontare questioni relative agli approcci disponibili per l'attuazione dei metodi comparativi.
- 104) Il giudice dovrebbe essere consapevole del fatto che il ricorso ad analisi di regressione può aumentare il grado di precisione di una stima di danni e può quindi contribuire al soddisfacimento del grado di rilevanza della prova richiesto⁽⁸⁹⁾. I giudici nazionali hanno trattato il valore probatorio di prove statistiche, come le analisi di regressione, nei casi in cui è stato concesso il risarcimento dei danni⁽⁹⁰⁾.
- 105) In generale, il valore probatorio di prove statistiche dipende dalla loro capacità di evitare il rischio dei cosiddetti errori di tipo 1, ossia riscontrare l'esistenza di un effetto di trasferimento laddove in realtà non ne esiste alcuno, e dei cosiddetti errori di tipo 2, ossia non riscontrare l'esistenza di un effetto di trasferimento laddove invece ve ne è effettivamente uno. Al fine di affrontare questi rischi, un modello statistico può applicare i concetti di significatività statistica e potenza statistica. Il concetto di significatività statistica prevede la definizione di una soglia alta ai fini della constatazione dell'esistenza di un effetto di trasferimento. Un approccio ampiamente impiegato consiste nel fissare un rischio del 5 % per un errore di tipo 1, utilizzando un cosiddetto intervallo di confidenza del 95 %⁽⁹¹⁾. Tuttavia, i modelli di regressione possono altresì ridurre il rischio di errori di tipo 2⁽⁹²⁾. In una causa specifica nella quale viene stimato il trasferimento, spetta al giudice decidere se un modello di regressione che gli è stato presentato evita i rischi di errori di tipo 1 e di tipo 2 in misura tale da conferire valore probatorio al modello.
- 106) L'importanza potenziale di adeguare i dati comparativi utilizzando tecniche quantitative come le analisi di regressione può essere esemplificata facendo riferimento a una sentenza di un organo giurisdizionale tedesco, illustrata nel riquadro 8.

Riquadro 8

La causa tedesca in materia di vetri per automobili⁽⁹³⁾

L'attore in questa azione di risarcimento del danno era un acquirente indiretto di membri di un cartello di vetri per automobili. I membri del cartello hanno violato l'articolo 101 del TFUE e sono stati sanzionati dalla Commissione europea nel 2008.

Gli esperti degli attori hanno effettuato un'analisi sulle evoluzioni dei prezzi prima, durante e dopo il periodo di durata del cartello. Non sono state eseguite analisi di regressione o di correlazione, tuttavia gli esperti puntavano a stabilire un collegamento tra il prezzo dei vetri per automobili (il prodotto oggetto del cartello) e i vetri sostitutivi per automobili semplicemente esaminando gli andamenti dei prezzi.

⁽⁸⁷⁾ Le analisi di regressione sono spiegate in dettaglio nella guida pratica ai punti 69 e seguenti.

⁽⁸⁸⁾ Ibidem, capitolo II B.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. anche guida pratica, punto 92.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. ad esempio una causa del Regno Unito: sentenza della High Court of Justice of England and Wales (Alta Corte di giustizia di Inghilterra e Galles) del 9 ottobre 2018, [2018] EWHC 2616 (Ch) (Britned/ABB), concessione del permesso di presentare ricorso.

⁽⁹¹⁾ Il ricorso a intervalli di confidenza nella stima dei danni è spiegato anche nella guida pratica (punti 86 e seguenti).

⁽⁹²⁾ Esiste un certo compromesso tra i due tipi di errore nel senso seguente: per una data dimensione del campione di dati, riducendo ulteriormente il rischio di errori di tipo 1 (ad esempio utilizzando un intervallo di confidenza più stretto, ossia del 99 % anziché del 95 %) si ha di norma un aumento del rischio di errori di tipo 2. In generale, la limitazione di entrambi i tipi di errori è possibile soltanto aumentando le dimensioni del campione. Quindi, nella pratica, è importante valutare se i metodi sono applicati su un insieme di dati sufficientemente grande.

⁽⁹³⁾ Sentenza del Landgericht Düsseldorf (Tribunale regionale di Düsseldorf), del 19 novembre 2015, causa 14d O 4/14 (vetri per automobili).

Il giudice ha comunque ritenuto che tale analisi non dimostrasse l'esistenza di alcun nesso diretto sufficiente di causalità tra la fissazione dei prezzi dei due prodotti di cui sopra. Ciò è stato dovuto in particolare ai dati utilizzati nell'analisi degli esperti degli attori e al fatto che altri effetti sui prezzi e le evoluzioni del mercato non sono stati tenuti debitamente in considerazione. Il giudice ha considerato anche le condizioni di mercato nel caso di specie al fine di respingere gli argomenti sul trasferimento.

- 107) Tuttavia, le tecniche basate su analisi econometriche possono comportare costi considerevoli in taluni casi. In tali casi, il giudice può ritenere sufficiente stimare il trasferimento valutando simultaneamente i dati quantitativi senza ricorrere all'analisi di regressione e prendendo in considerazione le prove qualitative. Inoltre, nella maggior parte dei casi il giudice ritiene altresì utile valutare le prove qualitative, quali prove dirette sul trasferimento, anche nel caso in cui faccia ricorso ai metodi quantitativi descritti nella presente sezione.
- 108) Nello stimare il trasferimento sulla base di prove qualitative, i documenti interni che descrivono la politica di fissazione dei prezzi di un'impresa possono avere particolare rilevanza. Nel valutare i documenti interni, il giudice deve essere consapevole del fatto che imprese afferenti a settori diversi o persino appartenenti al medesimo settore possono adottare politiche di fissazione dei prezzi diverse. In taluni casi, un'impresa può avere una politica chiara o una prassi consolidata che individua le rettifiche di prezzo che deriveranno da specifiche variazioni dei costi. Ad esempio, in taluni casi gli acquirenti possono collegare adeguamenti di prezzo a variazioni di determinati indici che potrebbero non essere influenzate dalla condotta anticoncorrenziale degli autori della violazione, come ad esempio gli indici dei prezzi al consumo. In altri casi, gli acquirenti possono cercare di conseguire determinati obiettivi di rendimento, ad esempio applicare un margine specifico al prezzo dei prodotti che forniscono. In linea di principio, la prima politica può fornire un'indicazione a sfavore della constatazione di un trasferimento, mentre la seconda suggerisce che l'acquirente trasmette le variazioni di costo.
- 109) Inoltre, nel valutare le politiche di fissazione dei prezzi, il giudice dovrebbe valutare altresì se la politica di fissazione dei prezzi dell'impresa in questione sia stata effettivamente attuata, ad esempio considerando i dati relativi ai prezzi per stabilire se questi corrispondono alla politica di fissazione dei prezzi in questione.
- 110) Si riportano in appresso esempi di casi in cui i giudici nazionali hanno preso in considerazione prove qualitative.

Riquadro 9

Stima del trasferimento sulla base di prove qualitative — *Cheminova* (2015) ⁽⁹⁴⁾

In questa sentenza, il giudice ha riscontrato che un produttore di antiparassitari aveva trasferito il 50 % del sovrapprezzo iniziale ai clienti indiretti. Tale constatazione era basata sulla teoria economica. In questo caso il giudice ha potuto basarsi su studi di mercato accessibili al pubblico che descrivevano il mercato nel quale il cliente diretto operava come un mercato monopolistico. In una relazione fornita dal cliente diretto, si sosteneva che il mercato avrebbe dovuto essere in effetti considerato come competitivo piuttosto che come un mercato monopolistico. Il cliente diretto ha sostenuto tra l'altro che sul mercato numerosissimi prodotti erano soggetti a concorrenza e che quote di mercato moderate indicavano un mercato concorrenziale. Tuttavia, in considerazione dei fatti del caso specifico, il giudice ha contestato tale approccio.

Riquadro 10

Stima del trasferimento sulla base di prove qualitative — *DOUX Aliments* (2014) ⁽⁹⁵⁾

In questa sentenza, il giudice ha riscontrato che l'attore aveva dimostrato l'assenza di trasferimento. Il sovrapprezzo in questo caso riguardava la lisina, un fattore produttivo per la produzione di pollame. Il giudice ha riscontrato che la lisina rappresentava soltanto l'uno per cento dei costi di produzione di pollame e che un aumento così esiguo dei costi non costituiva una prova sufficiente per convincerlo che ciò avrebbe determinato altresì, a sua volta, un aumento dei prezzi del pollo. Il giudice ha rilevato che i prezzi rispondevano ad altri fattori, quali la concorrenza con altri prodotti a base di carne e il potere di acquisto dell'acquirente. Nel concludere che il sovrapprezzo non era stato trasferito ai rivenditori al dettaglio indiretti, il giudice ha fatto riferimento al fatto che i polli erano venduti in un mercato internazionale e competitivo e che le catene di vendita al dettaglio di generi alimentari avevano un notevole potere di acquisto.

⁽⁹⁴⁾ Sentenza del *Sø- og Handelsretten* (Tribunale regionale marittimo e del commercio) del 15 gennaio 2015, causa SH2015.U-0004-07 (*Cheminova A/S/Akzo Nobel Functional Chemicals BV et al.*).

⁽⁹⁵⁾ Sentenza della *Cour d'Appel de Paris* (Corte di appello di Parigi) del 27 febbraio 2014, causa 10/18285 (SNC *Doux Aliments Bretagne e altri/Société Ajinomoto Eurolysine*).

111) Nell'applicare metodi comparativi ai fini della stima dei sovrapprezzi, talvolta i giudici hanno applicato anche il cosiddetto sconto di sicurezza, ossia hanno apportato un adeguamento dell'importo al fine di tenere sufficientemente conto delle incertezze nella stima derivata dai dati osservati⁽⁹⁶⁾. Qualora non sia fattibile attuare un'analisi econometrica, tale approccio può essere applicato anche nella stima del trasferimento. L'obiettivo di un simile approccio sarebbe quello di escludere gli effetti di altri possibili fattori sulla variabile in esame (ad esempio, il prezzo offerto dal cliente indiretto).

5.1.3. Sfide

- 112) Nel valutare l'effetto sul prezzo correlato al trasferimento, il giudice può in particolare prendere in considerazione tecniche che, nella misura più ampia possibile, controllano fattori diversi da quello derivante dalla violazione. Il metodo della differenza nelle differenze è una di queste tecniche. Richiede informazioni o dati provenienti da un mercato di confronto (ad esempio un altro mercato geografico) e dati di serie temporali relative al mercato interessato dal trasferimento. Tuttavia, il giudice deve essere consapevole del fatto che esistono potenziali sfide che possono influire sulla validità dei metodi comparativi.
- 113) Idealmente, come spiegato in precedenza, il mercato di confronto è simile al mercato oggetto della violazione, ma non è influenzato da quest'ultima. Tuttavia gli acquirenti che operano in ciascuno di questi mercati utilizzano spesso gli stessi fattori produttivi. In tal caso potrebbe essere difficile trovare un mercato di confronto non interessato dalla violazione. In particolare, se la violazione coinvolge un'ampia zona geografica, è probabile che anche prodotti simili a quello in questione e che incorporano lo stesso fattore produttivo siano stati interessati. Ciò può rendere difficile trovare un mercato di confronto adatto.
- 114) In altre circostanze, il mercato di confronto può essere influenzato indirettamente dal sovrapprezzo iniziale. Nell'esempio stilizzato del cartello del rame di cui al riquadro 6, il fornitore di cablaggi elettrici B_1 acquista rame dall'autore della violazione A_1 . Anche se il fornitore di cablaggi elettrici B_2 nel mercato di confronto non acquista dall'autore della violazione A_1 , i fornitori di cablaggi elettrici B_2 e B_1 possono essere concorrenti sugli stessi mercati geografici a valle. Ciò implica che se il fornitore di cablaggi elettrici B_1 aumenta i suoi prezzi in risposta alla violazione iniziale, i suoi concorrenti possono anch'essi aumentare i loro prezzi. In questo caso, il prezzo offerto dal fornitore di cablaggi elettrici B_2 potrebbe essere stato influenzato indirettamente dalla violazione e, di conseguenza, potrebbe non costituire un elemento di confronto adatto⁽⁹⁷⁾.
- 115) Per quanto riguarda il confronto nel tempo, può essere difficile individuare con sufficiente precisione il periodo in cui il mercato è stato interessato da una determinata violazione. Le parti possono presentare una decisione emessa da un'autorità garante della concorrenza che menziona un periodo di violazione, ovvero stabilisca le date di inizio e di fine della stessa. Tuttavia, questo periodo potrebbe non corrispondere al periodo in cui un mercato è stato effettivamente interessato dalla violazione. È altresì importante osservare che la determinazione delle date del periodo della violazione o del periodo in cui il mercato è stato interessato può avere un notevole impatto sull'esito dell'analisi. In realtà l'effetto della violazione non può essere limitato al periodo previsto in tale decisione⁽⁹⁸⁾. Da un lato la data di inizio individuata dall'autorità garante della concorrenza può essere successiva a quella dell'inizio effettivo della violazione, ad esempio a causa della mancanza di prove attendibili⁽⁹⁹⁾. Dall'altro, la data di fine prevista in una decisione di infrazione può essere antecedente alla fine della violazione effettiva.
- 116) Inoltre gli effetti di una violazione possono non essere limitati alla durata della stessa. È possibile infatti che la violazione incida sul mercato in questione anche in seguito alla cessazione del comportamento vietato dal diritto della concorrenza dell'UE. In particolare, ciò potrebbe verificarsi nei mercati oligopolistici, se le informazioni raccolte durante la violazione consentono ai fornitori di un determinato prodotto di adottare, in maniera sostenibile in seguito alla sua conclusione, una linea d'azione finalizzata alla vendita a un prezzo maggiore rispetto al prezzo concorrenziale, ossia un prezzo che sarebbe stato applicato in assenza della violazione, senza intraprendere pratiche vietate dal diritto della concorrenza dell'UE⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. anche guida pratica, punto 95.

⁽⁹⁷⁾ Questo effetto è simile agli effetti del prezzo di protezione di cui al punto 32.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. anche guida pratica, punto 43.

⁽⁹⁹⁾ I giudici nazionali potrebbero voler constatare che l'onere della prova relativamente alto che le autorità garanti della concorrenza devono soddisfare nei loro procedimenti per violazione non sia di fatto utilizzato a detrimento della vittima di una violazione del diritto in materia di concorrenza quando tali giudici stimano il danno subito da tale vittima nel contesto di un'azione di risarcimento del danno.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. anche guida pratica, punto 153. Per un esempio di una causa nella quale un giudice nazionale ha stabilito che i prezzi imposti nei cinque mesi successivi alla violazione conclusa erano ancora influenzati dal cartello, cfr. sentenza dell'*Oberlandesgericht Karlsruhe* (Corte d'appello di Karlsruhe) dell'11 giugno 2010 nella causa 6 U 118/05, citata anche nella guida pratica, punto 44.

- 117) Anche la possibilità che gli acquirenti a diversi livelli della catena di approvvigionamento possano ritardare il trasferimento di un sovrapprezzo può influenzare significativamente il raffronto⁽¹⁰¹⁾. L'esempio di cui al riquadro 1 può illustrare questo aspetto. Supponiamo che il costruttore di automobili C negozi i prezzi con il fornitore di cablaggi elettrici B con cadenza annuale. Il fornitore di cablaggi elettrici B adegua i prezzi soltanto una volta l'anno dopo aver finalizzato le negoziazioni con il costruttore di automobili C. Se viene istituito un cartello per la fissazione dei prezzi nel mercato del rame subito dopo la conclusione delle negoziazioni tra il fornitore di cablaggi elettrici e il costruttore di automobili, è soltanto in occasione delle negoziazioni annuali dell'anno successivo che il fornitore di cablaggi elettrici può avere l'opportunità di trasferire l'aumento del prezzo del rame all'interno del suo prezzo.
- 118) Pertanto, il ritardo del trasferimento a valle della catena di approvvigionamento può determinare difficoltà nel decidere quale sia il periodo pertinente per il confronto dei prezzi durante e prima oppure durante e dopo la violazione (o entrambi). Il giudice può adeguare l'analisi considerando la natura di ciascun caso, ad esempio, analizzando la politica di fissazione dei prezzi delle parti e, su tale base, introdurre un determinato intervallo di tempo durante l'analisi dei modelli di fissazione dei prezzi a livelli diversi della catena di approvvigionamento.
- 119) Il ricorso ad analisi di regressione durante l'utilizzo dell'approccio comparativo può aumentare la precisione dell'effetto stimato del trasferimento. Un giudice dovrebbe essere consapevole del fatto che, sebbene offrano una stima diretta dell'effetto del trasferimento, tali tipi di modelli di regressione non quantificano la misura in cui ciascuno dei fattori teorici che incidono sul trasferimento, discussi nella sezione 3 (ad esempio la natura dei costi dei fattori produttivi e la natura della domanda di prodotto), ha contribuito all'effetto in questione. Un punto di forza del ricorso ad analisi di regressione è costituito dalla minore probabilità di formulare ipotesi errate correlate alla teoria economica. Sebbene una tale ripartizione quantitativa per singolo fattore degli effetti stimati del trasferimento non sia solitamente necessaria ai fini della stima dell'effetto del trasferimento, si può notare che le tecniche descritte alla sezione 5.2.3 possono fornire una ripartizione quantitativa dei fattori.

5.2. Altri metodi

5.2.1. L'approccio del tasso di trasferimento

- 120) La sezione precedente ha descritto i metodi e le tecniche degli approcci comparativi alla stima dell'effetto sul prezzo correlato al trasferimento. In generale, l'approccio comparativo è preferibile laddove fattibile e proporzionato. Ciò è dovuto al chiaro vantaggio offerto da tale metodo di consentire una stima del trasferimento basata sui prezzi effettivi fissati da un acquirente diretto o indiretto durante il periodo della violazione. Tuttavia si basa, tra l'altro, sulla disponibilità di dati relativi a tali prezzi, in aggiunta ai prezzi in uno o più mercati di confronto. Tali informazioni possono essere disponibili in molti casi. Tuttavia, se le informazioni sui prezzi effettivi nel mercato oggetto della violazione e in uno o più mercati di confronto non possono essere presentate dinanzi al giudice, ad esempio nel caso in cui quest'ultimo ritenga che la divulgazione di tali informazioni sia sproporzionata rispetto al valore del risarcimento richiesto nel caso di specie, il trasferimento può essere stimato sulla base di altri metodi, quali l'approccio del tasso di trasferimento.
- 121) Tale approccio del tasso di trasferimento può essere attuato analizzando le modalità con cui le precedenti variazioni dei costi di un'impresa hanno inciso sui suoi prezzi prima o dopo il periodo della violazione. Nell'esempio di cui al riquadro 1, il tasso di trasferimento può ad esempio essere stimato analizzando le modalità con cui i cambiamenti storici del costo del rame hanno influenzato il prezzo dei cablaggi elettrici. In parole povere, se un aumento del costo del rame di 10 EUR è seguito da un aumento del prezzo dei cablaggi elettrici di 5 EUR, si stima che il tasso di trasferimento sia pari al 50 %. Per stimare il trasferimento durante il periodo della violazione, il giudice potrebbe quindi combinare tale tasso di trasferimento con le informazioni sul sovrapprezzo e sulle vendite.
- 122) Tuttavia, l'approccio del tasso di trasferimento non è privo di rischi e può persino fornire risultati fuorvianti in alcuni casi. Ciò è dovuto al fatto che quando si utilizza questo approccio per stimare il trasferimento, il giudice non può stabilire se il sovrapprezzo sia stato effettivamente trasferito, né può osservare se le variazioni del costo del fattore produttivo interessato si riflettono sui prezzi nei mercati a valle. Di conseguenza è fondamentale per il giudice essere consapevole del fatto che l'approccio del tasso di trasferimento si fonda sull'ipotesi che, durante il periodo della violazione, le variazioni dei costi dei fattori produttivi si riflettono sui prezzi a valle. Qualora tale ipotesi non sia corretta, tale approccio può produrre stime che sono fuorvianti in quanto rilevano un trasferimento di sovrapprezzo laddove in effetti non se ne è verificato alcuno.

⁽¹⁰¹⁾ Inoltre, le imprese possono essere consapevoli del fatto che esiste il rischio di dover affrontare richieste di risarcimento dei danni e che la portata di tali richieste può essere stimata sulla base dei prezzi successivi alla violazione, di conseguenza, potrebbero essere incentivate a mantenere il medesimo livello dei prezzi anche in seguito alla conclusione della violazione.

- 123) Nel ricorrere all'approccio del tasso di trasferimento, il giudice tenterà di norma di stimare il trasferimento in base alle modalità con cui variazioni del costo del fattore produttivo interessato hanno avuto ripercussioni sui prezzi a valle in precedenza. Tuttavia, se tali informazioni non sono disponibili, il giudice può esaminare l'evoluzione di altre componenti del costo marginale dell'acquirente e analizzare come tali variazioni dei costi influenzino i prezzi a valle. Nel caso ipotetico di cui al punto 8 e modificato e spiegato ulteriormente ai punti 78 e 98, ciò significa che un giudice potrebbe prendere in considerazione un'analisi della relazione tra il prezzo dei cablaggi elettrici e il costo della plastica (non influenzato dalla violazione) e stimare un tasso di trasferimento basato su quest'ultima relazione.
- 124) Nella maggior parte dei casi la violazione in questione riguarda il costo di un fattore produttivo che costituisce soltanto una componente del costo marginale dell'acquirente. Se il fattore produttivo interessato dalla violazione costituisce soltanto una piccola parte del costo marginale, anche un aumento significativo del costo di tale fattore produttivo può difficilmente essere rilevato nei dati relativi ai prezzi dell'acquirente, anche qualora venga trasferito integralmente. Sebbene un approccio alternativo possa essere quello di stimare il tasso di trasferimento basato sulle variazioni dei costi di fattori produttivi più significativi e non soltanto sul costo di quello meno significativo interessato, un tale approccio comporta un'ipotesi che potrebbe spingersi troppo oltre, ossia quella secondo la quale gli aumenti dei costi marginali vengono trasferiti ad un tasso identico indipendentemente dalla fonte dell'aumento di tali costi. Inoltre, qualora un metodo comparativo, ossia una stima basata sul prezzo effettivo, non rilevi alcun trasferimento statisticamente significativo, tale esito può essere considerato una prova a sostegno dell'ipotesi che in realtà non abbia avuto luogo alcun trasferimento. In altre parole, la constatazione dell'assenza del trasferimento sulla base del metodo comparativo non costituisce un argomento valido né sufficiente, in quanto tale, per adottare un metodo del tasso di trasferimento.
- 125) Come spiegato nell'allegato 1, esistono anche buone ragioni per le quali le imprese potrebbero non sempre trasferire variazioni esigue dei loro costi marginali, almeno non nel breve periodo, anche qualora trasferissero variazioni di costo di maggiore portata. Di conseguenza potrebbe non essere legittimo supporre che il tasso di trasferimento sarà simile per variazioni diverse dei costi dei fattori produttivi. Una spiegazione potrebbe essere che l'impresa potrebbe sostenere i cosiddetti costi di adeguamento dei prezzi e quindi potrebbe preferire attendere che gli aumenti dei costi marginali si accumulino oltre una determinata soglia prima di variare i propri prezzi.
- 126) Nel valutare le prove indirette del trasferimento sulla base di evoluzioni delle componenti di costo che non sono interessate dal sovrapprezzo, è auspicabile tenere conto anche di prove qualitative capaci di dimostrare che il trasferimento di aumenti esigui dei costi è in linea con la pratica commerciale dell'acquirente diretto o indiretto.
- 127) In taluni casi potrebbero essere disponibili informazioni sui prezzi fissati dall'acquirente diretto durante il periodo della violazione e soltanto per tale periodo. L'approccio del tasso di trasferimento può fornire risultati fuorvianti anche in tali scenari. Ciò è dovuto al fatto che identificherebbe gli effetti sul prezzo correlati al trasferimento sulla base di variazioni dei costi del fattore produttivo che è stato soggetto a una violazione del diritto in materia di concorrenza. In numerosi casi non è improbabile che, durante il periodo della violazione, le variazioni dei costi del fattore produttivo che sono state oggetto di una violazione del diritto in materia di concorrenza siano sostanzialmente inferiori rispetto all'aumento dei costi derivante dalla violazione stessa. Come spiegato in precedenza, esigui aumenti dei costi non possono essere trasferiti nella stessa misura di aumenti dei costi più significativi e, di conseguenza, cercare variazioni relativamente esigue dei costi e dei prezzi durante il periodo della violazione potrebbe portare a una stima imprecisa dell'effetto del trasferimento.

5.2.2. Attuazione dell'approccio del tasso di trasferimento nella pratica

- 128) L'approccio del tasso di trasferimento richiede informazioni sul sovrapprezzo iniziale e sul pertinente tasso di trasferimento. Qualora non sia disponibile alcuna stima precedente del sovrapprezzo, il giudice può prendere in considerazione le tecniche menzionate nella guida pratica ⁽¹⁰²⁾.
- 129) Un vantaggio del metodo comparativo consiste nel fatto che consente la definizione di uno scenario controfattuale. Come menzionato al punto 66, tale esercizio mira a isolare l'effetto della violazione da altri fattori che influenzano anch'essi i prezzi. Sebbene il metodo del tasso di trasferimento non consenta un simile approccio, è comunque importante verificare i fattori che non sono correlati alla violazione. Un approccio potrebbe essere quello di ricorrere a tecniche quantitative, ad esempio all'analisi di regressione ⁽¹⁰³⁾. Nell'esempio di cui al riquadro 1, un giudice può quindi prendere in considerazione un'analisi della relazione tra i prezzi praticati dal fornitore di cablaggi elettrici e le variazioni dei costi dei fattori produttivi dei cablaggi elettrici. Tuttavia, altri fattori potrebbero aver altresì inciso sul prezzo a valle, come ad esempio fluttuazioni della domanda dei costruttori di automobili. Se il giudice non tiene conto di tali fattori aggiuntivi, è molto probabile che il tasso di trasferimento stimato sarà distorto.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. guida pratica, punti 26 e seguenti.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. punti 101 e successivi. Il concetto di analisi di regressione è spiegato in dettaglio nel capitolo II, punto 2, della guida pratica.

130) Un'analisi di regressione richiede in genere una grande quantità di dati relativi a costi e prezzi. Di conseguenza, al fine di stimare il tasso di trasferimento, il giudice può in alternativa valutare se stime provenienti da altre fonti potrebbero fornire una stima ragionevole del tasso di trasferimento. Esempi di tali altre fonti possono includere tassi di trasferimento riscontrati in altre cause riguardanti il medesimo settore o altri settori, studi accademici pertinenti per il settore della causa in esame oppure prove fornite nelle dichiarazioni di testimoni. Questa è un'alternativa particolarmente valida quando i dati necessari non sono disponibili o i metodi quantitativi non includono fattori di controllo pertinenti.

131) Tuttavia, è fondamentale essere consapevoli del fatto che stime basate su altre fonti comportano il rischio di non tenere conto di fattori pertinenti per il tasso di trasferimento nel caso in esame. In particolare, potrebbe essere importante considerare la metodologia posta come base della stima riscontrata in altre fonti e la sensibilità di qualsiasi risultato a potenziali differenze tra tale stima e il tasso di trasferimento. Per fare ciò, il giudice può prendere in considerazione le intuizioni pertinenti desunte dalla teoria economica, come illustrato nella sezione 2.3 e nell'allegato 1, come ad esempio il livello di concorrenza. Qualora vi siano soltanto informazioni limitate, ad esempio sulle diverse condizioni di mercato o su come è stato determinato il tasso di trasferimento, l'approccio basato su quest'ultimo potrebbe non essere adatto.

5.2.3. *L'approccio della simulazione*

132) La guida pratica introduce altresì un cosiddetto approccio della simulazione come un altro modo per quantificare il pregiudizio derivante da una violazione del diritto della concorrenza⁽¹⁰⁴⁾. Tale approccio può essere utilizzato altresì per stimare l'effetto sul prezzo e quello sul volume correlati al trasferimento. Consente di spiegare contemporaneamente gli effetti sul prezzo e quelli sul volume correlati al trasferimento. Al fine di utilizzare questo metodo, un esperto economico dovrà sviluppare un modello di concorrenza nella fase della catena di distribuzione nella quale opera l'attore e simulare l'effetto del sovrapprezzo pertinente sul profitto dell'attore durante il periodo della violazione. Ad esempio, l'esperto economico può verificare in che modo le diverse curvature della curva della domanda possono influenzare il grado di trasferimento. Sulla base delle specifiche del lato della domanda e di quello dell'offerta, è possibile calcolare i prezzi di equilibrio nel mercato pertinente. Inoltre, in una fase successiva, è possibile valutare in che modo tali prezzi sono influenzati da un sovrapprezzo.

133) È importante che un giudice sia consapevole del fatto che questo approccio richiede dati esaurienti su prezzi e quantità nel mercato interessato. Inoltre, si basa su ipotesi concernenti il comportamento di imprese e consumatori che potrebbero spingersi troppo oltre e potrebbero essere difficili da convalidare. Di conseguenza, in molti casi, può essere difficile soddisfare il grado di rilevanza della prova richiesto dal diritto applicabile applicando questo metodo.

6. QUANTIFICAZIONE E STIMA DEGLI EFFETTI SUL VOLUME

6.1. Introduzione

134) In presenza vi è un effetto sul prezzo correlato al trasferimento, ciò implica necessariamente, almeno in teoria, l'esistenza di un effetto sul volume⁽¹⁰⁵⁾. Di conseguenza, se l'effetto sul prezzo viene preso in considerazione tralasciando quello sul volume, si corre il rischio di sottostimare il danno effettivo. Di conseguenza, al fine di evitare una sovraccompensazione o una sottocompensazione, la stima dell'effetto sul volume è essenziale quanto quella dell'effetto sul prezzo correlato al trasferimento, a condizione che l'acquirente chieda il risarcimento dei danni per lucro cessante in ragione dell'effetto sul volume⁽¹⁰⁶⁾.

135) Come illustrato nel riquadro 11, l'effetto sul volume si riferisce alla perdita di profitti (lucro cessante) dovuta alla riduzione delle vendite derivante dal trasferimento, ossia in ragione dell'aumento dei prezzi si registra una riduzione del volume venduto. Nel contesto dell'approccio sequenziale di cui al punto 69, la terza fase in una quantificazione dei danni derivanti da sovrapprezzo consiste nello stimare la portata dell'effetto sul volume.

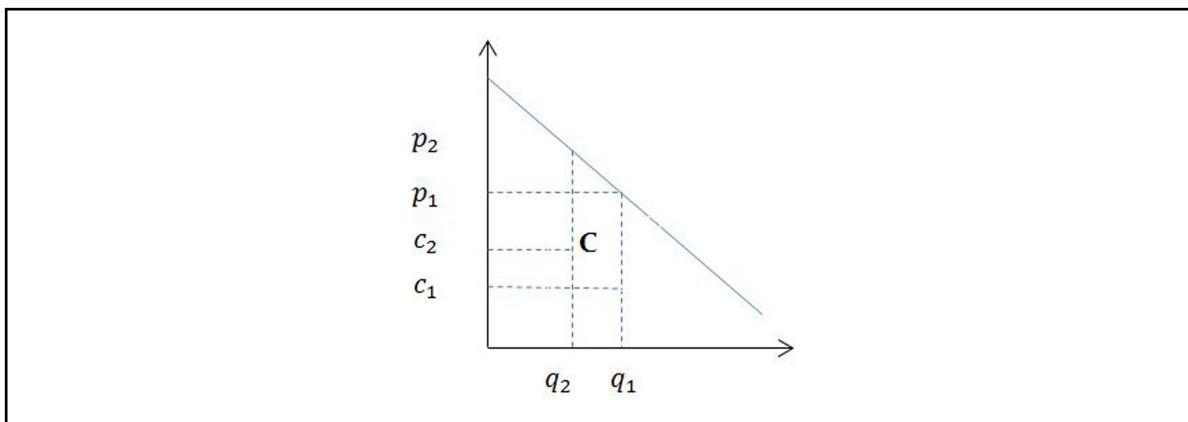
⁽¹⁰⁴⁾ Guida pratica, punti 96 e seguenti.

⁽¹⁰⁵⁾ Considerando che l'acquirente deve solitamente gestire una curva della domanda che tende verso il basso. L'intuizione economica alla base di ciò è spiegata ulteriormente nell'allegato 1.

⁽¹⁰⁶⁾ In diversi casi i giudici nazionali negli Stati membri dell'UE hanno confermato l'importanza di stimare l'effetto sul volume. Ad esempio, un organo giurisdizionale tedesco, la Oberlandesgericht Karlsruhe (Corte d'appello di Karlsruhe), nella sentenza del 9 novembre 2016, nella causa 6 U 204/15 Kart (2) (*Grauzementkartell*), ha constatato che il trasferimento di un sovrapprezzo può successivamente determinare una riduzione dei quantitativi venduti dall'acquirente diretto.

Riquadro 11

L'effetto sul volume



- 136) L'effetto sul volume corrisponde alla differenza tra q_1 e q_2 . L'area C rappresenta il lucro cessante derivante dalla perdita di vendite che può essere quantificato moltiplicando il volume perso per il margine di profitto ($p_1 - c_1$) che l'acquirente avrebbe conseguito in assenza di violazione senza alcun trasferimento.
- 137) La stima dell'effetto sul volume richiede la valutazione di due fattori, ovvero i) della variazione dei quantitativi dovuta all'aumento dei prezzi e ii) del margine controfattuale. Per stimare questi fattori è necessario disporre di dati relativi a parametri diversi da quelli necessari per la stima dell'effetto sul prezzo correlato al trasferimento. A seconda dei dati disponibili, possono essere impiegati metodi diversi. Per quanto concerne la stima dell'effetto sul prezzo correlato al trasferimento, il giudice può tenere conto di prove qualitative di natura diretta ai fini della stima dell'effetto sul volume⁽¹⁰⁷⁾. L'esistenza di tali prove può svolgere un ruolo importante nel momento in cui un giudice decide quale dei diversi metodi descritti più dettagliatamente in appresso debba essere utilizzato, se del caso, in una causa specifica.
- 138) L'effetto sul volume è stato finora stimato dai giudici nazionali soltanto in un numero limitato di cause. Un esempio è fornito nel riquadro 12. In questo caso, un esperto economico nominato dal giudice ha utilizzato dati tanto qualitativi quanto quantitativi per stimare l'effetto sul volume.

Riquadro 12

Stima degli effetti sul volume — *Cheminova* (2015)⁽¹⁰⁸⁾

Come spiegato nel riquadro 9, questo caso riguarda le vendite di antiparassitari in Danimarca. Il giudice ha concluso che l'acquirente diretto ha trasferito metà del sovrapprezzo iniziale. Sulla base della valutazione di un esperto nominato dal tribunale, è stato altresì stimato l'effetto sul volume. L'esperto ha stimato l'effetto sul volume come il margine controfattuale moltiplicato per il numero di vendite non effettuate a causa del trasferimento.

Al fine di stimare il numero di vendite non effettuate durante il periodo della violazione, l'esperto ha utilizzato una versione modificata dell'approccio dell'elasticità, che è spiegato ulteriormente nella sezione 6.3. Non essendo disponibili dati quantitativi su prezzi e volume, l'esperto ha ottenuto una misura dell'elasticità calcolando la media delle elasticità riscontrate in 23 studi di mercato per gli antiparassitari. Inoltre, l'esperto ha stimato il margine controfattuale adeguando il margine realizzato durante il periodo della violazione. Sulla base di tali elementi il giudice ha concluso che i danni risultanti dall'effetto sul volume erano pari al 20 % dell'importo del sovrapprezzo.

⁽¹⁰⁷⁾ Ad esempio, i documenti interni del cliente diretto o indiretto che spiegano in che modo un aumento di prezzo del prodotto oggetto della violazione ha inciso sul volume fornito.

⁽¹⁰⁸⁾ Sentenza del *Sø- og Handelsretten* (Tribunale regionale marittimo e del commercio) del 15 gennaio 2015, causa SH2015.U-0004-07 (*Cheminova A/S/Akzo Nobel Functional Chemicals BV et al.*).

6.2. Approccio comparativo

6.2.1. Informazioni richieste

- 139) L'approccio comparativo ai fini della stima dell'effetto sul volume richiede informazioni i) sui quantitativi osservati venduti dall'impresa interessata dal sovrapprezzo, ii) sul volume controfattuale venduto e iii) sul margine prezzo-costo che sarebbe stato conseguito dall'acquirente in assenza della violazione. Tuttavia, è importante notare che il margine prezzo-costo osservato non è il margine pertinente necessario per la stima dell'effetto sul volume. Ad esempio, se l'acquirente trasferisce metà del sovrapprezzo, ciò ridurrà il suo margine e, di conseguenza, il margine osservato sarà inferiore rispetto a quello controfattuale. In questo caso, l'uso del margine osservato determinerebbe una sottostima della portata dell'effetto sul volume.
- 140) Inoltre, il giudice dovrebbe essere consapevole del fatto che il margine pertinente ai fini della stima dell'effetto sul volume non corrisponde necessariamente a misure standard del margine contabile di un'impresa, come ad esempio l'utile al lordo di interessi e imposte (EBIT, *earnings before interest and taxes*) o l'utile netto dell'impresa.
- 141) I margini pertinenti ai fini della valutazione degli effetti sul volume sono definiti dai prezzi dei prodotti pertinenti dai quali vengono dedotti i costi evitati, ossia i costi che sono stati risparmiati in ragione della riduzione della produzione. Di conseguenza, oltre a dover valutare quali costi siano considerati evitabili, il giudice può ordinare la divulgazione dei prezzi dei prodotti pertinenti. In questo contesto può altresì ordinare la divulgazione di documenti interni che forniscono informazioni sui margini di contribuzione che l'acquirente utilizza per le proprie decisioni in materia di fissazione dei prezzi.

6.2.2. Metodi e sfide

- 142) Il lucro cessante associato all'effetto sul volume può essere stimato secondo il metodo comparativo moltiplicando il margine controfattuale per la riduzione dei volumi di vendita derivante dal trasferimento del sovrapprezzo.
- 143) Utilizzando i dati pertinenti dell'acquirente, il giudice può prendere in considerazione le tecniche comparative di cui sopra per stimare il margine controfattuale e il quantitativo controfattuale. Dato che il margine di profitto e il quantitativo osservati possono essere influenzati da altri fattori non correlati alla violazione, in molti casi sarà necessario verificare tali fattori aggiuntivi. Pertanto, di norma sarebbe necessario utilizzare uno degli approcci di cui sopra (ad esempio un'analisi di regressione) al fine di controllare i fattori non correlati alla violazione.
- 144) Qualora non siano disponibili i dati necessari per attuare l'approccio della differenza nelle differenze, possono essere prese in considerazione altre tecniche tra quelle descritte in precedenza, ossia il raffronto tra mercati o il raffronto temporale. Tuttavia, qualora si ricorra a tali tecniche, è altresì importante definire un solido scenario controfattuale tenendo conto di fattori che variano tra mercati o periodi di tempo diversi.
- 145) I metodi comparativi si basano sull'ipotesi che il periodo o il mercato di riferimento sia sufficientemente simile, in particolare per quanto concerne le caratteristiche del mercato rilevanti per i margini di profitto come il livello di concorrenza nel mercato o la struttura dei costi dei fornitori. Non è semplice verificare questa ipotesi, visti i tanti fattori e le decisioni strategiche che potrebbero definire i margini di un'impresa.

6.3. Approccio dell'elasticità

- 146) L'effetto sul volume può essere stimato anche combinando l'aumento di prezzo osservato come conseguenza dell'effetto sul prezzo correlato al trasferimento a una stima della sensibilità ai prezzi da parte della domanda pertinente. Come accennato in precedenza, la sensibilità ai prezzi da parte della domanda determina la forza della relazione tra prezzo e domanda. Ad esempio, se un aumento di prezzo di 1 EUR è associato a una significativa riduzione dei quantitativi acquistati, la domanda è più sensibile al prezzo rispetto al caso in cui tale riduzione dei quantitativi acquistati è meno importante a fronte del medesimo aumento di prezzo di 1 EUR. La cosiddetta elasticità della domanda rispetto ai prezzi mostra la variazione percentuale dei quantitativi richiesti associata ad un aumento del prezzo pari all'1%⁽¹⁰⁹⁾.

6.3.1. Metodi e informazioni necessarie

- 147) In generale, la diminuzione del volume, illustrata dalla diminuzione delle vendite da q_1 a q_2 nel riquadro 11, sarà influenzata dall'aumento del prezzo specifico di un'impresa e dalle variazioni dei prezzi dei concorrenti, dato che le imprese competono sui prezzi. Di conseguenza la portata della perdita di volume richiederà una valutazione del modo in cui il trasferimento ha influenzato i prezzi di tutti i concorrenti sul mercato, nonché la sensibilità della domanda a tali variazioni di prezzo. Quando si valuta questo metodo, l'effetto⁽¹¹⁰⁾ sul volume è stimato moltiplicando la perdita di volume per il margine controfattuale.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. anche allegato 1, punto 167.

⁽¹¹⁰⁾ L'effetto sul volume è illustrato dall'area C nel riquadro 11 e nel riquadro 14.

- 148) Nello stimare l'effetto sul volume facendo riferimento all'approccio dell'elasticità i requisiti in materia di dati dipenderanno dal fatto che le imprese pertinenti siano influenzate in pari misura dal sovrapprezzo, ossia dal fatto che si tratti o meno di un sovrapprezzo a livello di settore. Gli effetti sul volume tanto dell'elasticità diretta rispetto al prezzo (*own-price elasticity*) quanto dell'elasticità incrociata rispetto al prezzo (*cross-price elasticity*) potrebbero essere rilevati dall'elasticità rispetto al prezzo di mercato. In tali circostanze l'effetto sul volume può essere stimato sulla base del margine controfattuale, dell'elasticità della domanda sul mercato, nonché dei prezzi (p_1) e dei quantitativi (q_2) osservati.
- 149) Il margine controfattuale può essere stimato anche utilizzando l'approccio comparativo. Una stima quantitativa dell'elasticità della domanda sul mercato può richiedere una grande quantità di dati concernenti prezzi e quantitativi, che potrebbero non essere disponibili o proporzionati in un caso specifico. In tali circostanze, il giudice può ritenere sufficiente utilizzare altre fonti di prova come, ad esempio, informazioni contenute in precedenti studi di mercato relativi al mercato pertinente oppure documenti interni che forniscono informazioni sull'elasticità pertinente⁽¹¹¹⁾.
- 150) Un altro approccio semplificato potrebbe essere l'uso di indicazioni derivate dalla teoria economica per stimare l'effetto sul volume. Tale approccio può essere basato sul prezzo fissato dall'acquirente diretto durante il periodo della violazione (l'effetto sul prezzo correlato al trasferimento) e sul volume controfattuale. Poiché la capacità di un'impresa di aumentare i prezzi dipende da quanto sia sensibile al prezzo la domanda per il suo prodotto, normalmente si prevede una relazione inversa tra il margine di un'impresa e l'elasticità della domanda del proprio prezzo. Sulla base di ciò, l'elasticità del proprio prezzo e il margine controfattuale possono essere «elisi». Dato che le informazioni sul prezzo fissato dall'acquirente diretto (l'effetto sul prezzo correlato al trasferimento) saranno già disponibili in questa fase di una causa, l'unica informazione aggiuntiva iniziale necessaria ai fini della stima dell'effetto sul volume è il volume controfattuale.

6.3.2. Sfide

- 151) Quando ricorre all'approccio dell'elasticità, il giudice può stimare i parametri di elasticità pertinenti. Un modo per farlo consiste nello sviluppare un modello di domanda e nell'usare l'econometria. Tuttavia, come accennato in precedenza, tale approccio è impegnativo in termini di requisiti in materia di dati e di ipotesi relative agli stessi. Se non vi sono dati disponibili e vengono utilizzate altre fonti, come ad esempio studi di mercato o informazioni provenienti da casi precedenti, è importante notare che tali fonti potrebbero non essere appropriate se il mercato nel caso in esame è diverso da quello descritto negli studi in termini di struttura del mercato. In tali circostanze, l'approccio dell'elasticità potrebbe non fornire una stima accurata dell'effetto sul volume.
- 152) Come menzionato nell'introduzione della presente sezione a proposito della quantificazione, le tre componenti potenziali del danno in una causa per il risarcimento di danni derivano dal sovrapprezzo iniziale, dall'effetto sul prezzo e dall'effetto sul volume correlati al trasferimento⁽¹¹²⁾. Il giudice può scegliere di valutare le tre componenti in sequenza, laddove la quantificazione del sovrapprezzo costituirà la prima fase della sequenza, la stima dell'effetto sul prezzo correlato al trasferimento la seconda fase e la stima dell'effetto sul volume correlato al trasferimento la terza fase.

7. SCELTA DEL METODO

- 153) La scelta di un metodo per stimare gli effetti sul prezzo e sul volume correlati al trasferimento dipenderà di norma da una serie di aspetti. Ad esempio, se l'attore e il convenuto si basano su metodi diversi e l'applicazione di tali metodi porta a risultati contraddittori, generalmente non è adeguato prendere 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. Come menzionato nella guida pratica, 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⁽¹¹³⁾.
- 154) Le diverse tecniche per la stima degli effetti sul prezzo e sul volume correlati al trasferimento forniti nelle sezioni 5 e 6 variano in termini di complessità e requisiti in materia di dati, da analisi basate su prove qualitative, da un lato, a tecniche econometriche⁽¹¹⁴⁾ basate su dati quantitativi, dall'altro. Diverse tecniche implicano altresì precisioni differenti nella stima dei vari effetti.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. ad esempio sentenza del *Sø- og Handelsretten* (Tribunale regionale marittimo e del commercio) del 15 gennaio 2015, causa SH2015.U-0004-07 (*Cheminova A/S/Akzo Nobel Functional Chemicals BV et al.*).

⁽¹¹²⁾ Cfr. punto 69.

⁽¹¹³⁾ Cfr. anche guida pratica, punto 125.

⁽¹¹⁴⁾ Il concetto di tecniche econometriche è spiegato ulteriormente nella sezione 5 e nell'allegato 2.

155) In questo contesto, non è possibile individuare una tecnica da considerare come quella che sarebbe più appropriata delle altre in tutti i casi. L'uso di tecniche econometriche è un esempio di questo aspetto. Nella maggior parte dei casi l'attuazione di tali tecniche può aumentare il grado di precisione di una stima. Tuttavia, di norma, tali tecniche richiedono una quantità significativa di dati che potrebbero non essere sempre disponibili. Di conseguenza, la raccolta di dati e le loro analisi economiche possono comportare costi considerevoli per le parti, terzi e l'organo giurisdizionale. Tali costi potrebbero essere sproporzionali rispetto all'importo dei danni in questione.

156) Nel valutare gli effetti del trasferimento, i giudici nazionali possono utilizzare elementi di prova diretti pertinenti per la causa. Ad esempio, documenti interni o altri documenti di natura qualitativa prodotti dall'acquirente diretto o indiretto in merito alla relazione tra il sovrapprezzo e le variazioni dei loro prezzi. Se questo tipo di prove è disponibile, il giudice può ritenere sufficiente stimare gli effetti correlati al trasferimento (effetti sul prezzo e sul volume) prendendo in considerazione prove qualitative oppure apportando adeguamenti ai dati quantitativi senza ricorrere a un'analisi di regressione. Di conseguenza, la disponibilità di prove qualitative può rivestire un ruolo importante nel momento in cui un giudice decide se, e quali, tecniche quantitative descritte nelle sezioni precedenti possono essere utilizzate da una parte per adempiere al grado di rilevanza della prova richiesto dalla normativa applicabile (115).

8. ALLEGATO 1 — TEORIA ECONOMICA

8.1. Introduzione

157) Il presente allegato spiega in maniera più dettagliata le intuizioni derivanti dalla teoria economica pertinenti nel contesto della stima del trasferimento. Come illustrato ai punti 49 e seguenti, diversi fattori possono influenzare il grado di trasferimento, come ad esempio la natura dei costi dei fattori produttivi soggetti a un sovrapprezzo, la natura della domanda di prodotti affrontata dal cliente diretto o da quello indiretto, la natura e l'intensità dell'interazione concorrenziale tra le imprese nel mercato in cui operano i clienti diretti o indiretti e altri aspetti quali la quota dei vari fattori produttivi di un'impresa colpita dal sovrapprezzo o l'orizzonte temporale della violazione.

8.2. Costi dei fattori produttivi e loro effetto sulle decisioni di fissazione dei prezzi

158) Come spiegato al punto 46, il sovrapprezzo iniziale si traduce in un aumento dei costi dei fattori produttivi per gli acquirenti di prodotti o servizi soggetti a sovrapprezzo. Se tali acquirenti sono in grado e disposti a trasferire il sovrapprezzo ai propri clienti e, in caso affermativo, in quale misura, dipende, tra gli altri fattori, dalla struttura dei costi degli acquirenti.

159) Al fine di individuare gli effetti del trasferimento, è importante stabilire se i costi dei fattori produttivi sostenuti da un acquirente soggetto a un sovrapprezzo variano al variare del quantitativo di fattori produttivi che lo stesso ordina (ossia si tratta di costi variabili dei fattori produttivi) o meno (ossia si tratta di costi fissi dei fattori produttivi). In effetti, la teoria economica indica che la categoria di costo pertinente per la formazione dei prezzi a breve termine è il costo variabile o, più precisamente, il costo marginale, ossia l'incremento di costo sostenuto all'acquisto di un fattore produttivo aggiuntivo (cfr. riquadro 13). All'opposto di tali costi vi sono i costi fissi che, a loro volta, solitamente influenzano le decisioni strategiche a lungo termine delle imprese, quali la partecipazione al mercato, l'introduzione di prodotti e il livello di investimento.

Riquadro 13

Esempi di costi marginali e fissi

Al fine di spiegare i concetti di costi marginali (variabili) e dei costi fissi è utile considerare l'esempio di cui al riquadro 1.

In tale esempio i costi variabili del fornitore di cablaggi elettrici sarebbero i costi associati alla produzione di un cablaggio elettrico aggiuntivo. Tali costi possono includere i fattori produttivi necessari per produrre il cablaggio elettrico aggiuntivo, ivi compresi rame e plastica, l'elettricità e i costi di manodopera associati alla produzione aggiuntiva.

Tuttavia, il fornitore di cablaggi elettrici sostiene anche costi fissi nel contesto della sua produzione, come ad esempio le attività di commercializzazione dei suoi prodotti e l'investimento in nuovi macchinari. Questi costi non sono influenzati dalla produzione di un cablaggio elettrico aggiuntivo e sono quindi considerati come fissi.

160) In genere, il punto di partenza pertinente per la valutazione degli effetti del trasferimento sarebbe l'impatto del sovrapprezzo sui costi marginali o variabili dell'acquirente.

⁽¹¹⁵⁾ Ciò è indicato altresì nella guida pratica, punto 14.

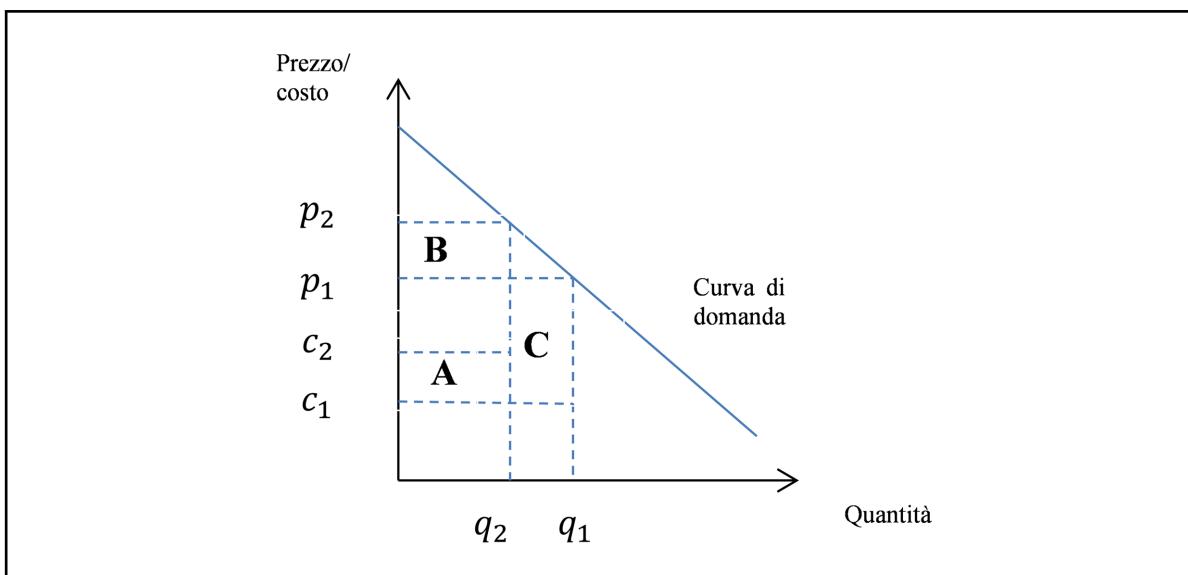
- 161) I contratti tra imprese a diversi livelli della catena di approvvigionamento, che stabiliscono le condizioni alle quali le imprese forniscono i loro prodotti o servizi agli acquirenti, possono riguardare componenti considerate come costi variabili o fissi. Ad esempio, spesso alcune componenti del prezzo pagato da un acquirente non dipendono dal volume acquistato, mentre talune altre componenti sì. Ne consegue che nel contesto di un'azione di risarcimento del danno che comporta qualsiasi argomentazione di trasferimento è importante stabilire se le componenti del prezzo interessate dalla violazione sono costi fissi o meno dal punto di vista dell'acquirente.
- 162) L'intervallo di tempo per il quale si considera la fissazione dei prezzi influirà sul fatto che i costi siano classificati come variabili o fissi. In generale, la teoria economica suggerisce che più lungo è il periodo di tempo pertinente, maggiore è la quota di costi totali che dovrebbe essere considerata come variabile. In altre parole, una determinata categoria di costo considerata come fissa nel breve termine potrebbe essere considerata una variabile dall'impresa se si considera un arco di tempo più lungo. Nel valutare l'arco temporale pertinente in un caso specifico, il giudice può voler tenere conto delle informazioni derivanti dai documenti interni della parte, ad esempio informazioni sui costi che le imprese prendono in considerazione nelle proprie decisioni di fissazione dei prezzi.
- 163) Le considerazioni sui costi fissi e variabili sono di particolare importanza ai fini della stima dell'effetto sul volume, poiché la stima di questo effetto richiede una valutazione del margine delle imprese coinvolte nel caso in esame.

8.3. Caratteristiche della domanda e legami con i prezzi

- 164) Un altro fattore fondamentale per la stima degli effetti del trasferimento è la natura della domanda che gli acquirenti diretti devono affrontare sul mercato nel quale operano. In economia, la relazione tra domanda e livello dei prezzi è un fattore importante per descrivere il funzionamento di un mercato. In ogni mercato, la domanda è definita come la quantità del bene o del servizio in questione che gli acquirenti presenti in tale mercato acquisterebbero a un determinato livello di prezzo.
- 165) Di norma, maggiore è il livello dei prezzi, minore è la quantità aggregata dei prodotti che gli acquirenti sul mercato sono disposti ad acquistare. La sensibilità ai prezzi da parte della domanda determina la forza della relazione tra prezzo e domanda. Se ad esempio un aumento di prezzo di 1 EUR è associato a una significativa riduzione dei quantitativi acquistati, la domanda è più sensibile al prezzo rispetto al caso in cui tale riduzione dei quantitativi acquistati è meno importante a fronte del medesimo aumento di prezzo pari a 1 EUR.
- 166) La curva di domanda inversa con pendenza standard verso il basso è illustrata nel riquadro 14 (¹¹⁶). In tale riquadro l'area A nella figura corrisponde al sovrapprezzo derivante dalla violazione. L'aumento dei prezzi che danneggia l'acquirente diretto viene preso in considerazione come un aumento dei costi dei fattori produttivi di tale acquirente, che è determinato dalla sottrazione $c_2 - c_1$. L'effetto sul prezzo correlato al trasferimento è rappresentato all'area B, mentre il suo effetto sul volume corrisponde all'area C. Come illustrato, un livello di prezzo relativamente elevato (p_2) corrisponde a un quantitativo fornito relativamente basso (q_2).

Riquadro 14

La curva standard di domanda — effetti sul prezzo e sul volume



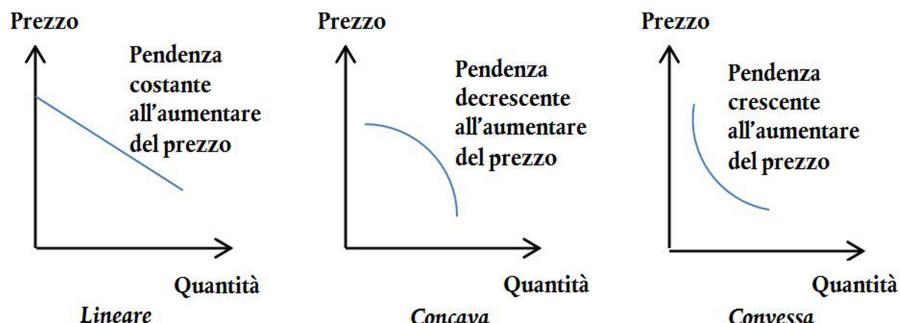
¹¹⁶) La figura illustra i prezzi (asse verticale) in funzione della quantità domandata (asse orizzontale). Questa curva di domanda viene spesso definita «curva di domanda inversa», mentre una curva che rappresenta la domanda sull'asse verticale in funzione dei prezzi sull'asse orizzontale viene definita semplicemente «curva di domanda». Negli esempi grafici che seguono si riportano curve di domanda inverse. Tuttavia, per facilità di linguaggio, ci si riferisce alle stesse come a «curve di domanda».

- 167) Una sintesi comunemente utilizzata della sensibilità del prezzo da parte della domanda è la cosiddetta elasticità della domanda rispetto ai prezzi che mostra la variazione percentuale dei quantitativi della domanda associata ad un aumento del prezzo pari all'1 %. Ad esempio, un'elasticità diretta rispetto al prezzo di un'impresa pari a $-0,5$ significa che un aumento di prezzo dell'1 % è associato a una riduzione della domanda pari allo 0,5 %. Un'elasticità di $-0,2$, invece, implica soltanto una riduzione dello 0,2 % della domanda a fronte di un aumento di prezzo dell'1 %. In quest'ultimo caso, si dice che la domanda è meno elastica rispetto al primo caso, ossia meno sensibile al prezzo in quanto la quantità di acquisto reagisce in misura minore all'aumento dei prezzi.
- 168) Nel valutare il trasferimento di un sovrapprezzo da cliente diretto a un cliente indiretto, la domanda pertinente è quella che il cliente diretto si trova ad affrontare. L'acquirente indiretto potrebbe ridurre la propria domanda in risposta a un aumento di prezzo da parte dell'acquirente diretto.
- 169) La portata dell'effetto sul volume è influenzata direttamente dalla sensibilità ai prezzi da parte della domanda; questo perché la sensibilità ai prezzi determina la riduzione della domanda a fronte di un aumento dei prezzi. A fronte di un determinato aumento di prezzo, la riduzione della produzione è tanto maggiore quanto più la domanda è sensibile ai prezzi. Di conseguenza, l'effetto sul volume, ossia il profitto perso dal cliente dell'autore della violazione a causa della riduzione della produzione (domanda), è strettamente legato alla sensibilità ai prezzi da parte della domanda.
- 170) La portata del trasferimento, e quindi quella degli effetti del trasferimento stesso, è altresì correlata alla relazione tra la domanda e il livello dei prezzi. In questo caso, tuttavia, non è la sensibilità ai prezzi da parte della domanda a essere direttamente pertinente, lo è piuttosto la variazione della sensibilità ai prezzi da parte della domanda al variare del livello dei prezzi. Tale variazione della sensibilità ai prezzi rispetto al livello dei prezzi è denominata curvatura della domanda.
- 171) La curvatura della domanda è il tasso di variazione della sensibilità della domanda ai cambiamenti di prezzo al variare del prezzo o della produzione. Quando la curva di domanda è lineare non presenta alcuna curvatura e la pendenza è costante. Nel caso della domanda convessa la domanda diventa meno sensibile alle variazioni di prezzo all'aumentare del prezzo. Ciò può accadere se i prodotti o i servizi interessati dal sovrapprezzo sono descritti come beni essenziali. Un esempio ipotetico può essere la domanda di acqua potabile nel deserto, in quanto un cliente medio può essere sempre meno sensibile a un aumento del prezzo man mano che la quantità disponibile viene ridotta. Viceversa, un cliente di questo tipo può essere sempre più sensibile a un aumento di prezzo man mano che aumenta la quantità disponibile.
- 172) Se la curva di domanda è concava, come illustrato al centro del riquadro 15, la domanda diventa più sensibile alle variazioni di prezzo all'aumentare del prezzo. Ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, se viene messo a disposizione del cliente un sostituto del prodotto interessato dal sovrapprezzo. Un esempio potrebbe essere la domanda di benzina. A un certo livello di prezzo, i clienti possono modificare il loro comportamento di consumo abbandonando le auto a benzina a favore di quelle elettriche. Ciò implicherebbe una maggiore sensibilità alle variazioni di prezzo da parte della domanda di benzina, in quanto più clienti cambierebbero fonte di approvvigionamento qualora il prezzo della benzina aumentasse.
- 173) La curvatura della curva di domanda può avere un impatto significativo sul trasferimento del sovrapprezzo. Per un dato livello di concorrenza, il trasferimento di un sovrapprezzo a livello di settore aumenta quanto più è convessa la curva di domanda. Se la domanda è sufficientemente convessa, il tasso di trasferimento può superare il 100 %.

Riquadro 15

Altre curvature della domanda

A seconda delle caratteristiche del mercato, la curva di domanda può essere lineare, convessa o concava come illustrato in appresso. La forma discendente di una curva di domanda indica che a fronte di una diminuzione del prezzo i clienti domandano quantitativi maggiori di un prodotto. La pendenza della curva di domanda illustra come cambia la domanda in termini di quantitativi al variare del prezzo. Una curva di domanda più ripida implica che la domanda è meno sensibile ad aumenti dei prezzi.

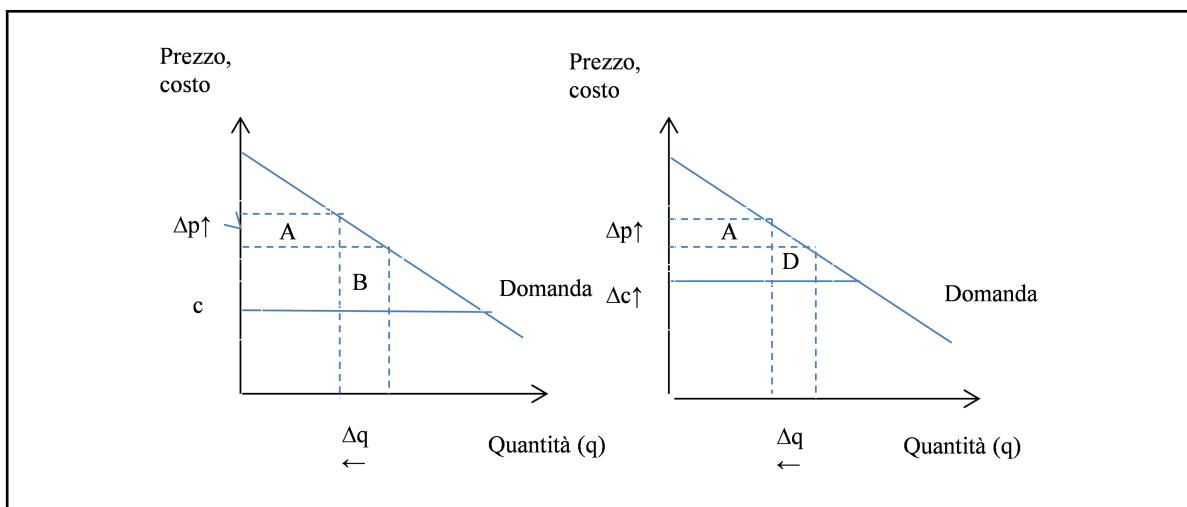


8.4. La decisione di fissazione dei prezzi di un'impresa

- 174) Come spiegato in precedenza ai punti 52 e 53, l'incentivo di un'impresa a trasferire un sovrapprezzo ai propri acquirenti è determinato dal tipo di domanda e dai costi in questione⁽¹¹⁷⁾. Secondo la teoria economica, un'impresa adeguerà i prezzi soltanto laddove ciò aumenterà i suoi profitti. Tuttavia, per ottenere un prezzo più elevato, un'impresa deve di solito accettare una riduzione delle vendite. La valutazione del compromesso (*trade-off*) tra un aumento del profitto derivante da prezzi più elevati e una riduzione del profitto derivante da una riduzione delle vendite è importante per comprendere la portata degli effetti del trasferimento nel contesto di azioni di risarcimento del danno.
- 175) Questo compromesso è illustrato nel riquadro 16. Se un'impresa, ad esempio un cliente diretto di un produttore di materie prime, aumenta i prezzi, l'effetto sul profitto derivante da prezzi più elevati può essere rappresentato dall'area A nella sezione di sinistra del riquadro 16. Il lucro cessante corrispondente derivante da una riduzione delle vendite corrisponde all'area B. Quando l'effetto di un altro piccolo aumento del prezzo è tale da fare sì che l'area A sia uguale all'area B, non vi è alcuno spazio di manovra per guadagnare ulteriori profitti attraverso ulteriori adeguamenti di prezzo. Se i prezzi aumentano oltre tale punto, il margine di profitto perso in ragione della conseguente riduzione dei volumi di vendita prevarrà sui maggiori margini guadagnati sulle restanti vendite effettuate.
- 176) Se l'acquirente diretto si trova ad affrontare costi più elevati delle materie prime, ad esempio se i fornitori di materie prime aumentano i prezzi in violazione dell'articolo 101 del TFUE, ciò può alterare i termini del compromesso di cui al punto 175. Un aumento dei costi dell'acquirente diretto ridurrà i margini guadagnati sulle vendite al prezzo prevalente. In termini di profitto, ciò rende meno costoso aumentare il prezzo a scapito della perdita di talune vendite. Il lucro cessante dovuto alle minori vendite associate all'aumento dei costi è rappresentato dall'area D nella sezione destra del riquadro 16. Poiché l'area D è inferiore all'area B, il cliente diretto ha un incentivo ad aumentare il suo prezzo in risposta all'aumento dei costi, ossia a trasferire la variazione dei costi, almeno in una certa misura.

Riquadro 16

Trade-off tra aumento dei prezzi e vendite perse



8.5. Intensità della concorrenza e correlazioni con il trasferimento

8.5.1. Continuum della competitività dei mercati

- 177) A un dato livello della catena di approvvigionamento, la concorrenza tra le imprese può essere più o meno intensa. Ad un estremo, quando un'impresa è un monopolista nel suo livello della catena di approvvigionamento, non c'è competizione. All'estremo opposto, la concorrenza tra le imprese può essere molto intensa (ad esempio quando molte imprese vendono prodotti piuttosto omogenei in un mercato con scarse barriere all'ingresso), cosicché ciascuna impresa si adeguia ai prezzi in essere e non influenza i prezzi di mercato che saranno equivalenti o molto prossimi ai costi marginali di produzione. Quest'ultimo caso descrive una concorrenza perfetta. Tra questi due casi estremi vi è un'ampia gamma di scenari intermedi nei quali la concorrenza potrebbe essere più o meno intensa a seconda, ad esempio, del numero di imprese attive nel settore o dell'eventualità o meno che i prodotti venduti da imprese diverse siano sostituti stretti o meno.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. anche «Linee direttive sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato» (GU C 101 del 2004, pag. 8), punto 98.

- 178) Tale competitività di mercato ha ripercussioni dirette sul trasferimento. Nel caso di riferimento della concorrenza perfetta, gli shock sui costi a livello di settore sono trasferiti secondo un tasso del 100 % ai clienti diretti. Tale struttura di mercato stilizzata di concorrenza perfetta può fungere da parametro di riferimento per il giudice ai fini della valutazione degli effetti del trasferimento (anche se nei mercati del mondo reale la si osserva sempre più raramente). Al contrario, in un contesto di monopolio o nei vari scenari intermedi, il trasferimento di un sovrapprezzo non può essere pari al 100 %, ma può invece attestarsi al di sopra o al di sotto di tale soglia, compreso un tasso di trasferimento dello 0 %.
- 179) Un esempio di strutture di mercato caratterizzate da concorrenza imperfetta è un mercato che presenta prodotti differenziati. La differenziazione può sorgere in termini di caratteristiche del prodotto o di geografia. Ad esempio, gli acquirenti diretti possono offrire prodotti diversi l'uno dall'altro nella loro qualità effettiva o la qualità percepita dai clienti del prodotto. In alternativa, in ragione delle diverse ubicazioni degli acquirenti diretti, i costi del trasporto delle merci offerte possono variare a seconda del cliente (la cui ubicazione potrebbe anch'essa differire). La differenziazione può rendere i prodotti meno sostituti perfetti l'uno dell'altro. Inoltre, i clienti potrebbero non considerare tutti i prodotti perfettamente intercambiabili tra loro.
- 180) Questa non perfetta sostituibilità potrebbe comportare una riduzione della pressione concorrenziale sui fornitori che possono non dover competere con concorrenti che offrono prodotti strettamente intercambiabili. In altre parole, secondo la teoria economica l'intensità della concorrenza si riduce quando la differenziazione del prodotto aumenta. Come spiegato nei punti 177 e successivi, una concorrenza più debole riduce il tasso di trasferimento di un sovrapprezzo a livello di settore, ovvero quando la differenziazione dei prodotti degli acquirenti diretti aumenta, il tasso di trasferimento del sovrapprezzo a livello di settore al quale sono soggetti si approssimerà al tasso del caso in cui ciascun acquirente diretto è un monopolista. Viceversa, quando la differenziazione del prodotto è limitata, il tasso di trasferimento di un sovrapprezzo a livello di settore è maggiore.

8.5.2. *Confronto tra sovrapprezzo specifico di un'impresa e sovrapprezzo a livello di settore e trasferimento*

- 181) Il trasferimento del sovrapprezzo da parte di un determinato acquirente nei confronti dei propri clienti varia in genere a seconda che i concorrenti dell'acquirente siano anch'essi interessati dal sovrapprezzo o meno. Quando un singolo acquirente è influenzato dal sovrapprezzo, il trasferimento sarà necessariamente specifico dell'impresa. Al contrario, se tutti gli acquirenti presenti in un dato livello della catena di approvvigionamento sono influenzati dal sovrapprezzo, si possono prendere in considerazione tassi di trasferimento per ciascuna impresa, ma anche il trasferimento a livello di settore.
- 182) Se è interessato un solo acquirente, ossia se il sovrapprezzo è specifico dell'impresa, gli effetti del trasferimento potrebbero essere piuttosto limitati, in particolare quando tale acquirente non è in grado di influenzare i prezzi di vendita nel suo mercato in considerazione dell'intensa pressione attuata dai suoi concorrenti.
- 183) Viceversa, se tutte le imprese in un mercato sono interessate da un sovrapprezzo, ossia se il sovrapprezzo si verifica a livello di settore, tutte le imprese dovranno sostenere costi di produzione più elevati, il che implica che potrebbero essere in grado di trasferire almeno parte del sovrapprezzo ai loro clienti. Tuttavia un sovrapprezzo a livello di settore può comunque influenzare in maniera diversa i concorrenti.

8.6. *Alcuni ulteriori fattori che incidono sul trasferimento*

- 184) In alcuni mercati le imprese vendono più prodotti diversi, ad esempio nei mercati al dettaglio di generi alimentari. In tali mercati i prodotti possono essere interconnessi attraverso la loro domanda, ad esempio, se un rivenditore al dettaglio vende marchi concorrenti di numerose categorie di prodotti. Se i prodotti sono sostituti, uno shock sui costi su un prodotto può influenzare anche i prezzi di altri prodotti venduti dal medesimo rivenditore. Anche una variazione del prezzo di altri prodotti può modificare il prezzo del prodotto direttamente influenzato dallo shock sui costi. Di conseguenza tali effetti di ricaduta provenienti da altri prodotti possono aumentare il trasferimento iniziale dei costi nei mercati in cui le imprese vendono più prodotti diversi.
- 185) La misura in cui si osserva un effetto di trasferimento può anche dipendere dall'orizzonte temporale preso in considerazione quando si stima tale effetto. In particolare il trasferimento di un sovrapprezzo a valle della catena di approvvigionamento può essere ritardato per una serie di motivi. Innanzitutto il sovrapprezzo iniziale può incidere soltanto sui costi fissi delle imprese soggette al sovrapprezzo. Sebbene il punto di partenza pertinente per la valutazione degli effetti del trasferimento sia l'impatto del sovrapprezzo sui costi marginali o variabili dell'acquirente, un aumento dei costi fissi potrebbe influenzare le decisioni strategiche di un'impresa e quindi anche gli effetti del trasferimento.

- 186) Inoltre, come menzionato al punto 56, le imprese possono dover sostenere i cosiddetti costi di adeguamento dei prezzi, ossia i costi associati al processo di adeguamento dei prezzi. Qualora questo fosse il caso, un'impresa preferirà limitare il numero di variazioni di prezzo che effettua e potrebbe trasferire un sovrapprezzo soltanto dopo qualche tempo. Ad esempio, tale impresa potrebbe attendere l'accumularsi dell'aumento dei costi marginali oltre una determinata soglia e adeguare il prezzo soltanto in seguito al raggiungimento di tale soglia. In alcuni casi, il sovrapprezzo può costituire un aumento così modesto dei costi marginali che l'acquirente interessato può non ritenere redditizio trasferire tale sovrapprezzo. Viceversa, l'esistenza di costi di adeguamento dei prezzi può portare altresì a un trasferimento superiore al sovrapprezzo iniziale⁽¹¹⁸⁾. Ciò può accadere se l'acquirente diretto è sul punto di variare i propri prezzi in assenza di qualsiasi sovrapprezzo. Di conseguenza un sovrapprezzo esiguo di per sé stesso può innescare un notevole aumento dei prezzi che riflette non solo il sovrapprezzo, ma anche tutti gli altri aumenti dei costi accumulati in seguito all'ultimo adeguamento dei prezzi. Sebbene tali altri aumenti di costo possano non essere imputabili all'autore della violazione, un giudice nazionale può voler essere consapevole del fatto che, in tale scenario, anche un sovrapprezzo relativamente esiguo può comportare un aumento significativo dei prezzi.
- 187) Un altro esempio di come i costi di adeguamento dei prezzi possano incidere sul grado di trasferimento è legato all'esistenza della cosiddetta «fissazione psicologica dei prezzi». In numerosi mercati, in genere in quelli al dettaglio, è comune l'uso di prezzi di poco inferiori a una cifra tonda, ad esempio 99 EUR o 19 900 EUR. I consumatori possono percepire tali prezzi più bassi rispetto a quanto non siano in realtà. L'uso di tale strategia di fissazione dei prezzi potrebbe rendere più probabile che un acquirente diretto scelga di non trasferire un sovrapprezzo, poiché la variazione del prezzo, ad esempio da 19 900 EUR a 20 000 EUR, determinerebbe un calo significativo della domanda dell'acquirente diretto. Il possibile impatto sulla stima degli effetti del trasferimento derivante dall'esistenza di costi di adeguamento dei prezzi è discusso ulteriormente nella sezione 5.2.1.
- 188) Inoltre, in talune circostanze, un acquirente indiretto potrebbe essere in grado di utilizzare il proprio potere negoziale per limitare la capacità di un acquirente diretto di trasferire un sovrapprezzo. Il potere negoziale dell'acquirente indiretto può essere denominato potere di contrasto degli acquirenti⁽¹¹⁹⁾. Il potere degli acquirenti non si limita soltanto alla capacità di passare ad altri fornitori, ma include anche ad esempio la capacità di integrazione a monte.
- 189) In generale, il potere degli acquirenti non impedirà il trasferimento in caso di sovrapprezzo a livello di settore, ma influenzerà il grado di tale trasferimento. Da un lato, si può pensare a uno scenario nel quale un forte potere degli acquirenti costringe gli acquirenti diretti ad accettare il sovrapprezzo e quindi a limitare il trasferimento. Dall'altro, si potrebbe anche pensare ad uno scenario nel quale il forte potere contrattuale dell'acquirente indiretto costringe gli acquirenti diretti ad applicare un margine di profitto pari a zero e a vendere ad un prezzo che copre soltanto i loro costi marginali, determinando quindi un tasso di trasferimento pari al 100 % in caso di sovrapprezzo.
- 190) Dato che il livello del potere degli acquirenti e le sue implicazioni ai fini degli effetti del trasferimento dipenderanno dalla natura delle singole negoziazioni e dal contesto specifico nel quale si svolgono, il giudice può valutare questo argomento caso per caso.
- 191) Inoltre, se l'acquirente diretto soggetto a un sovrapprezzo è integrato verticalmente in un mercato al dettaglio a valle, ossia è attivo anche sul mercato nel quale operano gli acquirenti indiretti, ciò può incidere sull'incentivo dell'acquirente diretto a trasferire il sovrapprezzo iniziale. Inoltre, in un tale scenario, l'acquirente diretto che è soggetto a un sovrapprezzo può essere incentivato a trasferire l'intero sovrapprezzo all'interno dell'impresa integrata. Tuttavia, il tasso di trasferimento nei confronti degli acquirenti indiretti non integrati di norma differisce da tale circostanza, ad esempio a seconda del livello dei costi o dei margini di profitto dei diversi acquirenti indiretti.
- 192) In taluni settori, il prezzo offerto dall'acquirente diretto o indiretto può essere soggetto a regolamentazione, ad esempio alla regolamentazione dei prezzi da parte di agenzie governative. La regolamentazione dei prezzi può influenzare la portata del trasferimento. Ad esempio, se il prezzo regolamentato viene fissato in maniera indipendente dai costi specifici del prodotto oggetto di un sovrapprezzo quando si fissa il prezzo, l'effetto sul prezzo correlato al trasferimento può essere limitato o pari a zero. Tuttavia, come menzionato anche al punto 48, il danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza dell'UE può influire su fattori diversi dal prezzo. Viceversa, se l'autorità di regolamentazione tiene pienamente conto del costo del prodotto oggetto di un sovrapprezzo quando fissa il prezzo regolamentato, il grado di trasferimento può essere notevole anche nei mercati regolamentati.

⁽¹¹⁸⁾ Si noti che la teoria economica mostra altresì che, anche in assenza di eventuali costi di adeguamento dei prezzi, un trasferimento potrebbe essere superiore rispetto al sovrapprezzo iniziale. Ciò si verifica, ad esempio, quando la curva di domanda è sufficientemente convessa (cfr. discussione nella sezione 8.3).

⁽¹¹⁹⁾ La valutazione del potere di contrasto degli acquirenti è un aspetto importante nel settore del controllo delle concentrazioni dell'UE. Negli orientamenti della Commissione sulle concentrazioni orizzontali, al punto 64, il potere di contrasto degli acquirenti è definito come il potere contrattuale di cui l'acquirente dispone nei confronti del venditore nelle trattative commerciali grazie alle sue dimensioni, all'importanza commerciale che esso riveste per il venditore e alla sua capacità di passare a fornitori alternativi.

9. ALLEGATO 2 — GLOSSARIO

193) Il presente allegato offre una panoramica dei termini economici utilizzati nelle presenti linee guida:

- curvatura della domanda: la variazione dell'elasticità della domanda al variare del livello dei prezzi;
 - domanda: la quantità di un bene o di un servizio che gli acquirenti di un mercato acquisterebbero a un determinato livello di prezzo;
 - curva di domanda: illustrazione della relazione tra la quantità domandata e il prezzo di un prodotto;
 - tecnica econometrica: denominata anche analisi di regressione, tale tecnica ha natura statistica e contribuisce ad analizzare i modelli nella relazione tra variabili economiche, ad esempio, le modalità con cui lo sviluppo dei costi influisce sullo sviluppo dei prezzi in un determinato mercato;
 - elasticità della domanda: variazione percentuale della quantità richiesta in risposta a un aumento del prezzo pari all'1 %;
 - sovrapprezzo specifico di un'impresa: soltanto un singolo acquirente è influenzato dal sovrapprezzo;
 - costi fissi: costi che non variano al variare della quantità di produzione realizzata;
 - sovrapprezzo a livello di settore: tutti gli acquirenti a un dato livello della catena di approvvigionamento sono influenzati dal sovrapprezzo;
 - costi marginali: l'aumento dei costi totali che deriva da un'unità di produzione supplementare;
 - analisi di regressione: cfr. tecnica econometrica;
 - pendenza della curva di domanda: rapporto tra una variazione della quantità e la variazione dei prezzi tra due punti della curva di domanda scelti arbitrariamente vicini tra loro;
 - costi variabili: costi che variano al variare della quantità di produzione realizzata.
-