



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

1. Il 26 novembre 2014, con la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (*GUUE*) della [direttiva 2014/104/UE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, l'Unione europea si è finalmente dotata di un corpo di norme comuni, di carattere sostanziale e procedurale, volte a disciplinare le azioni di risarcimento promosse ai sensi del diritto nazionale per la violazione delle disposizioni in materia *antitrust*.

L'avverbio finalmente non è utilizzato a caso. Non deve, invero, trarre in inganno il fatto che la proposta della Commissione risalga solo all'11 giugno 2013 ([COM\(2013\) 404 def.](#)) e che, quindi, la sua adozione sia avvenuta in tempi tutto sommato rapidi. Dopo che il Comitato economico e sociale ha presentato il proprio parere, il 16 ottobre 2013 e, dopo che è stato raggiunto un accordo politico in seno al Consiglio, già il 2 dicembre 2013, sono stati avviati nel febbraio 2014 i contatti informali fra le istituzioni dell'UE (i c.d. "triloghi") allo scopo di raggiungere un accordo già in prima lettura e così è stato. A fine marzo i rappresentanti del Parlamento europeo e dei governi degli Stati membri hanno, quindi, concordato un testo di compromesso finale che è stato poi formalmente "accettato" dal Parlamento europeo con [risoluzione del 17 aprile 2014](#). Di conseguenza, il 10 novembre 2014, il Consiglio ha [approvato](#) la posizione del Parlamento europeo con il voto favorevole di 25 Stati membri e l'astensione della Germania, della Polonia e della Slovenia.

Si tratta indiscutibilmente di un ulteriore successo da annoverare fra quelli ottenuti sotto la Presidenza italiana del Consiglio dell'Unione europea, come ha ricordato l'On. Sandro Gozi, Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, con delega agli Affari Europei, dichiarando che: "This is an important result that enhances EU competition law and updates it to the latest needs. Italy would like to thank in particular the presidencies of Lithuania and Greece. Thanks to their valuable work, we were able to finalize in short time".

2. Se ci è voluto meno di un anno e mezzo perché la proposta della Commissione entrasse in vigore, in realtà sono ben più di 10 anni che si discute in merito alla necessità, per l'Unione europea, di dotarsi di una disciplina specifica in tema di *private*



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

enforcement.

Ufficialmente già nel 2005 la Commissione aveva, infatti, reso manifesta questa esigenza con l'adozione del **Libro verde** relativo alle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (COM(2005) 672 def.), cui ha fatto seguito nel 2008 il **Libro bianco** in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (COM(2008) 165 def.), documenti che sono stati al centro di un acceso dibattito da parte degli operatori e degli interpreti del diritto.

3. Un primo tentativo della Commissione di presentare una proposta legislativa è abortito per la mancanza di condivisione su alcuni aspetti della disciplina ritenuti particolarmente delicati, quali la prospettata introduzione dello strumento delle **class actions** di impronta nordamericana, ovvero di quelle azioni basate su un sistema c.d. di "**opt-out**", della divulgazione predibattimentale e del risarcimento cumulativo dei danni.

Non a caso, la direttiva appena adottata non contiene disposizioni in tema di *class actions* (il *considerando* tredicesimo sostiene l'inopportunità di imporre agli Stati membri l'introduzione di meccanismi di ricorso collettivo per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE) che sono, viceversa, oggetto di un approccio orizzontale.

Ciò emerge chiaramente da due documenti: la raccomandazione **2013/396/UE** relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione e la comunicazione "**Verso un quadro europeo in materia di ricorsi collettivi**" (COM(2013) 401 def.), entrambe datate 11 giugno 2013. Con tali atti la Commissione ha così espresso l'intenzione di adottare su questa tematica un approccio trasversale, per la verità piuttosto timido, secondo cui, anziché procedere ad un'armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri, si raccomanda a questi ultimi di istituire, entro il luglio del 2015, sistemi nazionali di ricorso collettivo, inibitori e risarcitori, in caso di violazioni dei diritti conferiti dalla legislazione dell'UE fra i quali figurano, in particolare, quelli nel campo della protezione dei



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

consumatori, della concorrenza, della tutela dell'ambiente e dei servizi finanziari.

La raccomandazione del 2013 finisce, dunque, per integrare il testo della direttiva sulle azioni di risarcimento del danno per la violazione delle norme *antitrust* e non viceversa.

La direttiva 2014/104/UE, peraltro, se si eccettuano i ricorsi collettivi, non riprende altre misure che erano state suggerite nel Libro bianco come, ad esempio, la previsione del criterio relativo alla colpa.

4. Prima di procedere ad una rapida ricognizione di ciò che, viceversa, è contenuto nell'atto legislativo, sembra utile ricordare brevemente il contesto in cui lo stesso è stato adottato.

Innanzitutto è d'obbligo rammentare che la direttiva in esame ha come **base giuridica** gli **artt. 103 e 114 del TFUE**, in quanto essa persegue due scopi parimenti importanti e indissolubilmente legati fra loro: da un lato l'attuazione dei principi di cui agli articoli 101 e 102 del TFUE e, dall'altro lato, l'adozione di condizioni più uniformi per le imprese che operano nel mercato interno, evitando che un approccio eccessivamente disomogeneo da parte degli Stati membri a questi temi finisca per tradursi in discriminazioni a danno di alcuni cittadini e imprese per i quali l'esercizio dei diritti che discendono dai Trattati potrebbe risultare meno favorevole.

Il ricorso all'art. 114 del TFUE si è, dunque, reso necessario proprio perché l'atto UE non si limita a dare attuazione agli artt. 101 e 102 del TFUE (in questo caso sarebbe stato sufficiente prevedere l'art. 103 del TFUE quale base giuridica), ma incide anche sulle norme nazionali applicabili in caso venga richiesto un risarcimento a seguito di una violazione del diritto nazionale della concorrenza, ovvero di quei comportamenti che incidono sugli scambi fra Stati membri, cui si applicano, quindi, parimenti le norme UE della concorrenza.

La necessità di perseguire l'**obiettivo di armonizzare le legislazioni nazionali** si è resa manifesta a seguito della constatazione che ancora oggi sono molti gli Stati membri a non



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

avere previsto all'interno del proprio ordinamento un quadro efficace di risarcimento dei soggetti danneggiati da violazioni delle norme sulla concorrenza e della presa d'atto che l'inerzia da parte dei legislatori nazionali, ove tollerata, finisce per tradursi in una lesione del diritto a un ricorso effettivo e ad un'efficace tutela giurisdizionale, come stabilito anche all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per tale motivo la scelta del legislatore UE di intervenire, oltre che doverosa in base alle considerazioni che precedono, è da ritenersi pienamente conforme al **principio di sussidiarietà**, tenuto conto anche della dimensione fortemente transnazionale degli articoli 101 e 102 del TFUE.

5. In generale la nuova direttiva, molto attesa, interviene su quella che era un'evidente lacuna della legislazione UE solo in parte colmata "in via pretoria".

A questo proposito non si può non ricordare come la Corte di giustizia, con le note sentenze **Courage** del 20 settembre 2001 (causa C-453/99, in *Racc.*, p. I-6297) e **Manfredi** del 13 luglio 2006 (cause riunite da C-295/04 a C-298/04, in *Racc.*, p. I-6619), nonché con la giurisprudenza successiva ad esse conforme, abbia chiarito che le richieste di risarcimento danni per violazione degli articoli 101 o 102 del TFUE rappresentino un fondamentale ambito di applicazione, a livello privato, del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Si tratta di un diritto che discende dall'effetto diretto dei divieti sanciti dalle norme richiamate e che spetta a "**chiunque**", purché ovviamente sussista un nesso di causalità fra il danno subito (comprensivo del *damnum emergens*, del *lucrum cessans* e degli interessi) e la loro violazione.

Questo rimedio di natura civilistica, che, quindi, non rientra nel campo di competenza né della Commissione, né delle autorità nazionali (ANC), bensì in quello dei giudici nazionali, necessitava, tuttavia, di una regolamentazione che, pur nel rispetto del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, fosse in grado, attraverso un processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali, di dare effettività alle norme UE sulla



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

concorrenza, andando altresì a disciplinare l'interazione sempre più frequente fra l'applicazione di tali norme a livello pubblico e a livello privato, come nel caso in cui un'impresa ammetta la propria partecipazione ad un cartello in cambio dell'immunità dall'ammenda o di una sua riduzione (i c.d. "**programmi di clemenza**").

A tale proposito, in assenza di disposizioni cogenti adottate dal legislatore dell'UE, è toccato alla Corte, in particolare con la pronuncia **Pfeiderer** del 2011 (causa C-360/09, in *Racc.*, p. I-5161), ma anche con la successiva sentenza del 6 giugno 2013, **Donau Chemie** (causa C-536/11, 2013, p. 366), affrontare il delicato tema del bilanciamento di interessi contrapposti: da una parte quelli dell'impresa che decide di cooperare con una AGN e, dall'altra parte, quelli dei soggetti danneggiati dalla violazione del diritto della concorrenza, i quali chiedono di avere accesso alle informazioni che tale impresa ha volontariamente fornito all'autorità pubblica allo scopo di ottenere l'immunità o una riduzione dell'ammenda.

A questo riguardo la Corte ha sempre affermato che il giudice nazionale, chiamato ad operare questo bilanciamento, deve decidere, caso per caso, se consentire o meno la divulgazione di documenti, compresi quelli attinenti al programma di trattamento favorevole, in ossequio ai **principi generali del diritto UE**.

Tale soluzione, inevitabile in assenza di una codificazione *ad hoc*, ha finito così per alimentare soluzioni disomogenee all'interno dell'UE con la conseguenza di limitare il ricorso ai programmi di clemenza per il rischio di divulgazione di determinati documenti nell'ambito di azioni risarcitorie intentate davanti ai giudici nazionali.

Questo effetto negativo era, peraltro, già stato paventato in occasione della consultazione pubblica sul Libro bianco del 2008 e della consultazione del 2011 "**Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi**", nonché con la risoluzione dei capi delle autorità europee garanti della concorrenza "**Protezione delle informazioni contenute nelle pratiche per il trattamento favorevole nel contesto delle azioni civili di risarcimento del danno**", datata 23 maggio 2012.

L'approccio disallineato da parte degli Stati membri in tema di azioni per il risarcimento del



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

danno causato da violazioni delle regole della concorrenza dell'UE non si è manifestato solo con riguardo alla complessa interazione fra tali azioni e l'applicazione a livello pubblico di dette regole, ma anche in altri ambiti finendo, in questo modo, per generare disarmonie e discriminazioni, a partire dal problema dell'accesso alle prove: aspetto, peraltro, strettamente connesso alla mancanza di disposizioni adeguate sulla divulgazione dei documenti nei procedimenti dinanzi ai giudici nazionali; dell'eccezione del trasferimento del sovrapprezzo (ambito in cui le differenze esistenti hanno grosse implicazioni sulla possibilità, per gli acquirenti diretti/indiretti, di chiedere effettivamente il risarcimento); del valore probatorio da riconoscere alle decisioni delle NCA nelle azioni intentate successivamente e della quantificazione del danno causato dalla violazione delle norme antitrust.

6. In generale, la mancanza di misure di armonizzazione a livello UE ha determinato il ricorso esasperato al fenomeno del **forum shopping**, ovvero la ricerca, da parte degli attori, del sistema giuridico nazionale più conveniente per intentare un'azione, con la conseguenza di creare disuguaglianze e incertezze quanto alle condizioni cui i soggetti danneggiati, siano essi cittadini o imprese, possono ottenere il giusto ristoro dei danni subiti a causa di una violazione del diritto *antitrust*. Vero è, infatti, che solo i soggetti danneggiati dotati di maggiori risorse economiche possono chiedere il risarcimento nel foro di uno Stato diverso da quello in cui sono stabiliti perché ivi individuano una giurisdizione a loro più favorevole.

Parimenti tali marcate differenze fra le legislazioni nazionali espongono le imprese a rischi significativamente diversi a seconda dello Stato in cui esse sono stabilite, creando, di tale guisa, un'alterazione di quella concorrenza che, viceversa, si vuole preservare. Alcune imprese, infatti, possono trovarsi a godere di un trattamento di favore solo per il fatto di essere stabilite in Stati membri dove l'applicazione delle norme sulla concorrenza è meno rigorosa, con la conseguenza che i soggetti danneggiati possono vedersi negata o limitata una richiesta di risarcimento danni, che in un diverso Paese troverebbe, viceversa, piena



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

soddisfazione. Ciò a discapito del corretto funzionamento del mercato interno che sulla concorrenza poggia.

L'obiettivo di garantire un trattamento non dissimile a fronte di situazioni identiche è di per sé lodevole. Si tratta ora di capire se gli sforzi del legislatore stiano andando nelle giusta direzione, anche se saranno la prassi e la giurisprudenza, nazionale e dell'Unione, a dare una risposta a questo interrogativo.

7. Innanzitutto è opportuno richiamare, almeno nelle loro linee generali, gli **aspetti principali** su cui si concentra il testo della direttiva. Essa, in particolare, dedica (Capo II, artt. 5-8) ampio spazio al tema della **divulgazione delle prove**, aspetto che è decisivo nell'ottica di garantire un'effettiva tutela ai soggetti vittime di un illecito *antitrust*, i quali, generalmente, non dispongono dei documenti necessari per la dimostrazione degli elementi costitutivi della fattispecie.

A tale proposito la direttiva prevede che, su istanza di un attore che abbia presentato una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno, i giudici nazionali potranno ordinare al convenuto o ad un terzo la divulgazione delle prove rilevanti di cui tali soggetti abbiano la disponibilità, a determinate condizioni che vengono precisate dallo stesso atto dell'Unione. L'aspetto più delicato riguarda, tuttavia, i limiti alla divulgazione delle prove, venendo in gioco **interessi contrapposti**, come si è detto in precedenza. Sotto questo profilo, l'attesa era molta perché la giurisprudenza sopra richiamata aveva denunciato i propri limiti dovuti all'impossibilità per il giudice dell'UE di derogare al principio di autonomia procedurale degli Stati membri, sostituendosi al legislatore dell'Unione.

Al di là del richiamo al principio generale della proporzionalità, la direttiva introduce alcuni limiti nel caso in cui la richiesta di esibizione riguardi documenti inclusi nel fascicolo di un'autorità garante nazionale e una vera e propria **"black list"** di documenti di cui non può



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

mai essere chiesta l'esibizione.

Per quanto riguarda il primo aspetto la direttiva, con l'art. 6, mira a garantire una forma di protezione dei documenti interni delle autorità garanti della concorrenza e dello scambio di dati e informazioni fra tali autorità.

In particolare, i giudici nazionali dovranno attendere che l'autorità garante della concorrenza abbia chiuso il suo procedimento prima di ordinare la divulgazione delle seguenti categorie di prove: a) informazioni elaborate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; b) informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento; c) proposte di transazione che sono state ritirate. Diversamente, tali prove non potranno essere ammesse nelle azioni per il risarcimento del danno.

Il par. 6 dell'art. 6, in aggiunta, prevede che in nessun caso i giudici nazionali possano ordinare a una parte o ad un terzo di divulgare prove relative a **dichiarazioni legate ad un programma di clemenza**, di cui si è già detto in precedenza, e a proposte di transazione presentate ai sensi dell'art. 10 *bis* del regolamento (CE) n. 773/2004, con le quali un'impresa riconosce la propria partecipazione ad una violazione dell'art. 101 del TFUE, in cambio di uno sconto sulla sanzione e una procedura di accertamento accelerata. Ai giudici nazionali potrà solo essere chiesto di verificare che le prove riguardino effettivamente tali categorie secondo la definizione data dalla direttiva.

Questa disposizione è completata dalla successiva (art. 7), secondo cui le prove rientranti in una delle categorie elencate all'art. 6, par. 6, ottenute da una persona fisica o giuridica solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, devono essere ritenute **inammissibili** nelle azioni per il risarcimento del danno o altrimenti protette secondo le norme nazionali applicabili.

La **violazione dei limiti** all'uso delle prove dovrà essere sanzionata dai giudici nazionali, così come altri comportamenti attribuibili alle parti, ai terzi e ai loro rappresentanti, quali:



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

a) il mancato rispetto o rifiuto di rispettare l'ordine di divulgazione di un giudice nazionale;
b) la distruzione di prove rilevanti; c) il mancato rispetto o rifiuto di rispettare gli obblighi
imposti dall'ordine di un giudice nazionale a tutela di informazioni riservate.

Attraverso il combinato disposto degli artt. 6, par. 6, 7 e 8 della direttiva, il legislatore UE
ha, insomma, inteso dare una **protezione assoluta ai programmi di clemenza**.

Si tratta di una scelta dettata dall'esigenza di assicurare maggiore efficacia a questo
strumento di *public enforcement* ritenuto indispensabile al fine di perseguire gli illeciti
antitrust.

Non si condivide (lo si vuole ribadire) l'affermazione di taluni secondo cui questo limite
oggettivo alle informazioni rientranti nei programmi di *leniency* sarebbe in contrasto con la
giurisprudenza della Corte di giustizia sopra richiamata. In quei casi il giudice UE, rilevando
l'assenza di disposizioni "comunitarie" al riguardo, non ha, infatti, potuto che investire il
giudice nazionale della decisione sull'ammissibilità di tali prove sulla base di un approccio
caso per caso. Non tragga in inganno l'affermazione della Corte nel caso *Donau Chemie*
secondo cui "in particolare in materia di concorrenza qualsiasi regola rigida, nel senso sia di
un diniego assoluto di accesso ai documenti in questione sia di un accesso generalizzato a
tali documenti, può pregiudicare l'effettiva applicazione, segnatamente, dell'articolo 101
TFUE e dei diritti che tale disposizione attribuisce ai singoli" (punto 31), poiché la premessa
non può essere che la stessa: l'assenza di una disciplina vincolante di diritto dell'Unione in
materia (punto 9).

Oggi è il legislatore UE ad avere deciso. Non si dimentichi che la definizione delle regole di
concorrenza è pur sempre un settore in cui l'Unione europea ha una competenza esclusiva
(art. 3, lett. b) del TFUE).

8. Un altro intervento molto atteso, che figura al Capo III della direttiva, riguarda l'effetto
da riconoscere alle decisioni nazionali.



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

A tale riguardo l'art. 9 prevede che una **decisione definitiva di un'autorità nazionale** garante della concorrenza, che abbia accertato una violazione degli artt. 101 e 102 del TFUE, costituisca "automaticamente" la prova di tale violazione dinanzi ai giudici dello stesso Stato membro in cui si è verificata l'infrazione.

Le decisioni di una AGN, divenute definitive perché non impugnate o confermate dai giudici del ricorso, dunque, non costituiscono solo una prova privilegiata per cui non è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati (senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza del comportamento anticoncorrenziale in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già presi in considerazione) ma non possono essere in alcun modo rimesse in discussione, avendo **un'efficacia** in tutto e per tutto **vincolante**.

Tale efficacia non è, invece, attribuita ad una decisione, pur definitiva, di una AGN di uno Stato membro diverso da quello in cui è stata promossa l'azione di risarcimento del danno. In questo caso tale decisione costituirà, nondimeno, una prova *prima facie* del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e potrà, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti.

La direttiva, peraltro, ricorda come i giudici nazionali possano, e talora debbano, ricorrere allo strumento del **rinvio pregiudiziale** ex art. 267 del TFUE.

9. L'art. 10 affronta, poi, la questione della **prescrizione** e di come tale istituto venga influenzato a fronte dell'intervento di un'autorità garante della concorrenza.

L'avvio di un'indagine o di un'istruttoria da parte di una AGN, secondo tale disposizione, produrrà, infatti, l'effetto di sospendere o interrompere il termine di prescrizione, che la direttiva richiede essere di almeno cinque anni, per un periodo non superiore ad un anno dal momento in cui la decisione relativa a tale violazione sia divenuta definitiva. In sostanza, i soggetti, vittime di un illecito *antitrust*, avranno un anno per chiedere il risarcimento dei



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

danni una volta che una decisione di infrazione da parte di un'autorità di concorrenza sia diventata definitiva.

L'art. 11 della direttiva prevede, poi, che se la violazione della normativa *antitrust* concerne un comportamento congiunto di più imprese, esse devono essere ritenute responsabili in solido, con la conseguenza che il soggetto danneggiato potrà esigere il pieno risarcimento da ognuna di loro fino a conseguire il totale indennizzo. La norma prevede peraltro un **regime di favore** per le piccole e medie imprese, come definite nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, che, a determinate condizioni e fatte salve alcune deroghe, potranno essere ritenute responsabili solo nei confronti dei propri acquirenti diretti ed indiretti.

Un analogo trattamento di favore è accordato anche all'autore della violazione che abbia ottenuto l'immunità dalle ammende nell'ambito di un programma di clemenza. In questo caso l'impresa sarà chiamata a rispondere dei danni causati ai propri acquirenti o fornitori, diretti o indiretti.

10. Altro tema molto dibattuto riguarda il problema del **trasferimento del sovrapprezzo** cui la direttiva dedica l'intero Capo IV (artt. 12-16).

In sostanza tali disposizioni mirano, da un lato a riconoscere che il risarcimento del danno spetti a quel "chiunque" di giurisprudenziale affermazione; dall'altro lato che siano evitati casi di arricchimento senza causa, ovvero siano concessi risarcimenti del danno superiori al danno effettivamente subito dall'attore.

In questo senso gli Stati membri sono invitati a stabilire le opportune norme procedurali per garantire che il risarcimento per il danno emergente (rimanendo 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 versato a un dato livello della catena di approvvigionamento) non superi il danno da sovrapprezzo subito a tale livello.



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

In ogni caso la direttiva (art. 13 - eccezione del trasferimento) consente al convenuto, su cui grava l'onere della prova, e che, pertanto, potrà "ragionevolmente" richiedere la divulgazione di prove all'attore o a terzi, di eccepire che il sovrapprezzo risultante dall'illecito anticoncorrenziale sia stato trasferito a valle.

La direttiva riconosce poi (art. 14) il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti da un illecito *antitrust* anche agli **acquirenti indiretti**, per i quali l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo, conseguente ad una violazione del diritto della concorrenza, si presume se l'acquirente indiretto "ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano".

Per vincere questa **presunzione** resta fermo il diritto dell'autore della violazione di dimostrare che il sovrapprezzo non è stato trasferito, o non interamente, sull'acquirente indiretto.

Su questi aspetti, di indubbia complessità, si attende, come prevede l'articolo 16 della direttiva, che la Commissione adotti in futuro delle linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto.

11. Il Capo V, composto dal solo art. 17, è dedicato al tema della **quantificazione del danno.**

La norma fa un implicito richiamo al principio di effettività, precisando che né l'onere della prova né il grado di rilevanza della stessa, richiesti per la quantificazione del danno devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento e, laddove si verificasse tale condizione, il giudice nazionale sarà chiamato ad una sua valutazione in via equitativa anche grazie all'assistenza che potrà essere fornita, su richiesta dello stesso giudice, dalla AGN.



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

Al riguardo, si ricorda che la Commissione ha pubblicato una **comunicazione** relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea ([C\(2013\) 167/07](#)), accompagnata da una **guida pratica** ([SWD\(2013\) 205](#)).

Il secondo paragrafo dell'art. 17, peraltro, introduce una presunzione della sussistenza di un danno qualora la violazione delle norme sulla concorrenza consista in un "**cartello**", poiché in questo caso è quasi sempre presente un sovrapprezzo illegale.

12. Il successivo capo, il VI, è invece dedicato alla **composizione consensuale delle controversie**.

Al fine di favorire il ricorso ad una definizione non giudiziale (arbitrati, mediazione, transazioni stragiudiziali, ecc.) di esse, l'art. 18 stabilisce che gli Stati membri debbano prevedere, per tutta la durata del procedimento, una sospensione (sino a due anni) del termine di prescrizione previsto per intentare un'azione per il risarcimento del danno.

L'art. 19 prevede che gli Stati membri dovranno provvedere affinché, a seguito di una transazione consensuale, dalla richiesta del soggetto danneggiato che ha partecipato a tale transazione sia sottratta la parte di danno arrecata dal coautore della violazione del diritto della concorrenza che ha a sua volta partecipato alla transazione consensuale.

13. La direttiva si chiude con il Capo VII dedicato alle **disposizioni finali**.

L'art.20 stabilisce che la Commissione ne riesaminerà il testo e presenterà una **relazione al Parlamento europeo e al Consiglio** entro il 27 dicembre 2020.

L'art. 21 fissa poi il 27 dicembre 2016 come **data ultima per il recepimento** della



La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust.
Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement
o occasione mancata?

Francesco Rossi Dal Pozzo

direttiva all'interno degli ordinamenti nazionali.

Infine, l'art. 22 definisce l'**ambito di applicazione temporale** delle norme nazionali di trasposizione del testo UE, le quali non potranno avere efficacia retroattiva e, pertanto, non potranno riguardare azioni per il risarcimento del danno in merito alle quali un giudice nazionale sia stato adito anteriormente al 26 dicembre 2014.

14. Le novità introdotte dalla direttiva erano, come già detto, largamente attese e le scelte del legislatore sono tutto sommato condivisibili.

Certo si sarebbe potuto osare di più e, sotto alcuni profili, la direttiva si presta a dubbi interpretativi rispetto ai quali non è difficile immaginare in futuro l'intervento della Commissione tramite strumenti di **softlaw** (comunicazioni e orientamenti).

In ogni caso la direttiva darà sicuramente nuovo impulso alle azioni per il risarcimento del danno in materia *antitrust* in un quadro di maggiore trasparenza e certezza del diritto grazie ad un'armonizzazione, ancorché non completa, delle regole nazionali che oramai era divenuta non più procrastinabile.

Insomma, c'è ancora molto da fare, ma, per richiamare un antico proverbio cinese, un lungo viaggio comincia sempre con un passo.