

**AZIONI DI RISARCIMENTO DEL DANNO PER  
VIOLAZIONE DELLE NORME ANTITRUST COMUNITARIE**  
Le proposte della Commissione europea nel «Libro Bianco 2008»

**INTRODUZIONE**

Entro il 15 luglio 2008, le imprese e tutti i soggetti interessati sono invitati a presentare le proprie osservazioni in merito alle proposte formulate dalla Commissione europea nel “*Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*” (di seguito, il “Libro Bianco”), pubblicato lo scorso 3 aprile<sup>1</sup>.

Il Libro Bianco<sup>2</sup> contiene “*proposte particolareggiate per affrontare gli ostacoli che si frappongono ad uno svolgimento efficace delle azioni di risarcimento del danno antitrust*”, conseguente alla violazione degli artt. 81 (divieto di intese restrittive della concorrenza) e 82 (divieto di abuso di posizione dominante) del Trattato CE (di seguito, “TCE”).

Come noto, lo svolgimento di tali azioni da parte dei privati (il c.d. *private enforcement* delle norme *antitrust* comunitarie) è disciplinato dalle regole processuali vigenti in ciascun Paese membro, ricadendo nella competenza dei giudici nazionali.

---

(1) Il testo del Libro Bianco è rinvenibile al seguente link: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

(2) Il Libro bianco va letto congiuntamente al Documento di Lavoro dei servizi della Commissione, SEC(2008) 404, del 2 aprile 2008 (di seguito, il “Documento di Lavoro”).

Sin dal 2005<sup>3</sup>, la Commissione ha individuato nelle significative differenze esistenti fra i vari ordinamenti nazionali, uno dei principali ostacoli all’efficace svolgimento delle azioni di risarcimento. Da qui, l’esigenza di elaborare un quadro normativo armonizzato, di origine comunitaria, che dovrebbe riprendere le proposte formulate nel Libro Bianco.

**I PRINCIPI GUIDA DEL LIBRO BIANCO**

Il Libro Bianco individua, innanzitutto, tre principi guida, destinati a rappresentare altrettanti pilastri del quadro normativo *in fieri*<sup>4</sup>.

Il primo e più importante principio richiede che il risarcimento del danno conseguito risulti “completo”, secondo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee nella sentenza *Manfredi*<sup>5</sup>. Il risarcimento dovrebbe, pertanto, coprire almeno il valore reale della perdita subita, comprensivo del danno emergente, del lucro cessante e degli interessi. Per ragioni di certezza del diritto, la Commissione propone di codificare, in un atto

---

(3) Si veda, in particolare, il Libro verde COM(2005) 672 def.

(4) Libro Bianco, punto 1.2.

(5) Sentenza della Corte di Giustizia, 13 luglio 2006, cause riunite C-295-298/04, *Manfredi*, in *Racc.*, pag. I-6619.

comunitario<sup>6</sup>, l'attuale *acquis* desumibile dai precedenti della Corte di Giustizia in materia.

Il secondo principio guida ribadisce il rilievo della sussidiarietà, nel senso che le misure di armonizzazione saranno comunque elaborate nel rispetto della cultura e delle tradizioni giuridiche europee.

Il terzo principio guida stabilisce, infine, che il rafforzamento dell'efficacia delle azioni risarcitorie deve essere tale da integrare, ma non anche sostituire o addirittura compromettere, l'incisiva applicazione delle regole comunitarie da parte delle autorità, nazionali e comunitarie, direttamente responsabili per il *public enforcement*.

#### **AMBITO DI APPLICAZIONE DEL QUADRO NORMATIVO IN VIA DI DEFINIZIONE**

Prima di entrare nel merito delle singole proposte avanzate, il Libro Bianco chiarisce quale dovrebbe essere l'ambito di applicazione del quadro normativo in via di definizione<sup>7</sup>.

In breve, la tutela risarcitoria si estenderà, tendenzialmente, a tutti i tipi di violazione degli artt. 81 e 82 TCE, sarà azionabile in tutti i settori dell'economia e sarà accessibile da tutti i soggetti che risultino, in concreto, vittime di comportamenti anticoncorrenziali.

#### **LE MISURE PROPOSTE E LE RACCOMANDAZIONI FORMULATE DALLA COMMISSIONE**

##### **Legittimazione ad agire: azioni individuali e azioni collettive**

Chiariti i citati principi, la Commissione si sofferma, innanzitutto, sul profilo della legittimazione ad agire.

A tale riguardo, il Libro Bianco riconosce, in linea di principio, a "*chiunque*" il diritto di adire

(6) Il Libro Bianco non specifica quale forma assumerà l'atto in questione (direttiva o regolamento).

(7) Libro Bianco, punto 1.2.

il giudice nazionale al fine di chiedere il risarcimento del danno subito<sup>8</sup>. Tale posizione rispecchia l'orientamento già espresso dalla Corte di Giustizia nella già citata sentenza *Manfredi*, relativa ad una violazione dell'art. 81 TCE, ma costituisce un fatto nuovo in materia di abuso di posizione dominante<sup>9</sup>.

Con riferimento alle azioni individuali, la Commissione riconosce, in particolare, la legittimazione attiva in capo ai soggetti che abbiano avuto un rapporto commerciale diretto con l'autore della condotta anticoncorrenziale. Analoga legittimazione viene riconosciuta a favore di coloro che abbiano subito un danno indiretto, a condizione che su di loro sia stato trasferito l'effetto pregiudizievole della condotta lesiva (cd. "acquirenti indiretti"). Infatti, anche su tali soggetti (*e.g.* le imprese che operano nei mercati a valle rispetto all'autore dell'infrazione), possono essere ribaltati gli effetti dannosi derivanti dalla condotta illecita<sup>10</sup>.

Quanto alle azioni collettive (*i.e.* azioni che prevedono l'"aggregazione" in un unico giudizio di più azioni individuali), il Libro Bianco suggerisce di combinare due meccanismi complementari: (i) le azioni rappresentative e (ii) l'*opt-in*.

Nelle azioni rappresentative, la legittimazione attiva ricorre in capo a soggetti "*qualificati*", di natura associativa<sup>11</sup>.

Nelle azioni rappresentative con modalità *opt-in*, legittimate ad agire sono, invece, le vittime dell'illecito *antitrust* che decidono di aggregare le singole istanze risarcitorie in una sola azione comune.

(8) *Ibidem*, punto 2.1.

(9) Cfr. il Documento di Lavoro *cit.* in nota 2.

(10) Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di un cartello di prezzi (vietato dall'art. 81 TCE), in cui un operatore economico acquisti un bene da un'impresa parte del cartello pagando un sovrapprezzo illegale, frutto dell'accordo vietato. Il danno *antitrust* viene trasferito a valle qualora il sovrapprezzo sia "scaricato", dall'acquirente diretto danneggiato, in capo ad un suo *partner* commerciale (acquirente indiretto dell'impresa coinvolta nel cartello).

(11) Ad esempio, associazioni dei consumatori, organismi statali o associazioni commerciali.

## Accesso alle prove: in particolare, ordine di divulgazione

La Commissione europea si è posta, altresì, il problema relativo alla prova dei danni subiti. A tale riguardo, il Libro Bianco riconosce l'esistenza di asimmetrie informative che svantaggiano le vittime dell'infrazione rispetto alle imprese colpevoli di violazioni *antitrust*<sup>12</sup>.

Al fine di superare tali asimmetrie, la Commissione suggerisce di attribuire ai giudici nazionali il potere di ordinare, su istanza della vittima dell'infrazione, alle parti e ai terzi, la divulgazione di precise categorie di prove rilevanti. Un tale potere, secondo la proposta della Commissione, potrà essere esercitato solo qualora sussistano determinate circostanze. In particolare, la vittima dell'infrazione:

- non deve essere in altro modo in grado di presentare le prove richieste;
- deve aver prodotto fatti e mezzi di prova che dimostrino l'esistenza di “*motivi plausibili*”, onde ritenere fondata la richiesta di risarcimento;
- deve dimostrare al giudice che il provvedimento di divulgazione è, nel caso di specie, rilevante, necessario e proporzionato.

La domanda della vittima dell'infrazione, tesa ad ottenere l'ordine di esibizione giudiziale di prove rilevanti, incontra, tuttavia, un duplice ordine di limitazioni. Secondo la proposta del Libro Bianco, infatti, la vittima non potrà richiedere la divulgazione (i) delle informazioni assunte nell'ambito delle indagini delle autorità *antitrust* nazionali né, tantomeno, (ii) delle dichiarazioni rese dalle imprese “pentite” nel contesto dei programmi di clemenza (cd. *leniency programmes* attinenti a cartelli vietati dall'art. 81 TCE).

## Effetto vincolante delle decisioni “definitive”

Una specifica questione affrontata dalla Commissione attiene all'ipotesi in cui, prima dell'esperimento dell'azione risarcitoria,

---

(12) Libro Bianco, punto 2.2.

l'autorità *antitrust* nazionale ovvero il giudice dello Stato membro abbiano accertato la violazione degli artt. 81 e 82 TCE con una decisione “*definitiva*”<sup>13</sup>.

Un tale accertamento, secondo la proposta del Libro Bianco, costituisce una “*prova inconfutabile dell'infrazione*”<sup>14</sup>; il giudice del danno non potrà discostarsi, pertanto, da quanto stabilito con decisione definitiva. Il valore probatorio assoluto dell'accertamento della condotta illecita, contenuto in una decisione dell'autorità *antitrust* ovvero del giudice nazionale, è comunque limitato alle “*stesse pratiche*” e agli “*stessi soggetti*” per i quali sia stata accertata l'infrazione.

## Elemento psicologico: criterio relativo alla colpa

Un'ulteriore proposta della Commissione riguarda il rilievo che deve essere dato al c.d. elemento psicologico<sup>15</sup>.

Sotto questo profilo, la Commissione propone, come regola generale, che, provata la violazione degli artt. 81 e 82 TCE, l'autore della condotta illecita debba essere considerato sempre responsabile. A tale riguardo, l'elemento psicologico, riferibile alla condotta anticoncorrenziale, non assumerà, quindi, alcun rilievo.

L'unica eccezione a tale regola, secondo la proposta del Libro Bianco, ricorre nel caso in cui l'autore dell'infrazione provi che la sua condotta sia stata determinata da un errore scusabile. A tal fine occorrerà provare:

- di aver agito con un livello elevato di diligenza e

---

(13) Nel contesto del Libro Bianco, per decisioni “*definitive*” si intendono le decisioni rispetto alle quali non siano esperibili mezzi di ricorso.

(14) Libro Bianco, punto 2.3.

(15) Già nel Libro Verde 2005, la Commissione aveva rilevato l'esistenza di diversi approcci, da parte degli Stati membri, quanto al rapporto tra il diritto della concorrenza e le regole generali sulla responsabilità per danni, con particolare riferimento all'elemento psicologico della colpa.

– nonostante ciò, di aver ignorato che la propria condotta limitasse la concorrenza<sup>16</sup>.

### **Determinazione del *quantum* del danno risarcibile**

Il Libro Bianco affronta, altresì, il tema della quantificazione del danno risarcibile, pur riconoscendo che esso ricade nella competenza delle legislazioni degli Stati membri e, in particolare, nella discrezionalità del giudice del danno<sup>17</sup>.

Il Libro Bianco dà atto che la relativa determinazione possa essere particolarmente difficile, se non addirittura impossibile, qualora il giudice applichi rigorosamente il principio del “calcolo dell’importo esatto del danno subito”<sup>18</sup>.

Tuttavia, al fine di agevolare (ed in certa misura “armonizzare”) un tale computo, la Commissione si propone di elaborare un “quadro di indicazioni pratiche” sul calcolo dei danni, a carattere non vincolante.

### **Trasferimento del sovrapprezzo**

La Commissione considera, altresì, il caso in cui il danno conseguente all’infrazione sia stato trasferito su un soggetto terzo. Una tale ipotesi ricorre qualora il cliente diretto dell’autore dell’infrazione abbia trasferito interamente o parzialmente, sul soggetto terzo (ad es. proprio cliente), il sovrapprezzo illegale frutto della condotta anticoncorrenziale.

In una situazione quale quella descritta, il cliente diretto dell’autore dell’infrazione non avrebbe, in realtà, sofferto alcuna perdita economica. Infatti, il danno da questi subito risulterebbe compensato, totalmente o parzialmente, dal sovrapprezzo illegale pagato dal terzo. Qualora il cliente diretto esperisse con successo l’azione risarcitoria nei confronti dell’autore dell’infrazione, otterrebbe, dunque, il

(16) Libro Bianco, punto 2.4.

(17) In materia di azioni di risarcimento del danno *antitrust*, la Corte di Giustizia delle Comunità europee è, infatti, competente solo in sede di rinvio pregiudiziale (art. 234 TCE). Cfr. altresì in proposito il Documento di Lavoro, punto 197.

(18) Libro Bianco, punto 2.5.

risarcimento di un danno di fatto già trasferito sul terzo<sup>19</sup>.

Onde evitare effetti simili, la Commissione propone di riconoscere, in capo all’autore dell’infrazione, il diritto di eccepire, a propria difesa, l’avvenuto trasferimento del c.d. “sovrapprezzo” a fronte della richiesta risarcitoria del suo cliente diretto<sup>20</sup>.

Con riferimento, poi, ai rapporti tra l’autore dell’infrazione e il terzo (acquirente indiretto), quest’ultimo potrà comunque esperire un’azione risarcitoria nei confronti dell’autore della condotta anticoncorrenziale, dando prova del trasferimento del sovrapprezzo illegale.

Per far fronte alle difficoltà attinenti alla prova che il terzo dovrebbe fornire, la Commissione propone di riconoscere, a favore di quest’ultimo, la presunzione semplice (contro la quale è, dunque, ammessa la prova contraria) che il sovrapprezzo illegale gli sia stato trasferito nella sua interezza, ove tale circostanza sia stata invocata dall’autore della condotta anticoncorrenziale.

### **Termini di prescrizione**

Il Libro Bianco affronta, inoltre, il tema della prescrizione dell’azione risarcitoria con riferimento ad ipotesi che, per le loro caratteristiche, potrebbero determinare incertezza nel computo dei relativi termini.

La Commissione considera, in particolare, le ipotesi in cui:

- 1) l’infrazione degli artt. 81 e 82 TCE sia continuata o ripetuta.

(19) La Commissione afferma che una simile situazione determinerebbe un arricchimento senza causa del cliente diretto e potrebbe causare, altresì, un obbligo risarcitorio multiplo a carico dell’impresa cui sia imputabile la condotta anticoncorrenziale. Infatti, qualora anche il terzo (sul quale sia stato trasferito l’effetto pregiudizievole dell’illecito *antitrust*) esperisse con successo un’azione di risarcimento del danno nei confronti dell’autore dell’infrazione, quest’ultimo dovrebbe ricompensare due vittime (cliente diretto e terzo) per lo stesso danno.

(20) L’onere di provare che il trasferimento del sovrapprezzo in capo al terzo abbia compensato il cliente diretto del danno conseguente all’infrazione, secondo la proposta del Libro Bianco, dovrebbe gravare sull’autore della condotta anticoncorrenziale.

In proposito, la Commissione propone che il *dies a quo* non inizi a decorrere prima del giorno in cui l'infrazione sia cessata.

- 2) le vittime dell'infrazione non abbiano avuto conoscenza della condotta anticoncorrenziale.

Al riguardo, la Commissione propone che il *dies a quo* inizi a decorrere solo dal momento in cui si possa ragionevolmente presumere che la vittima della condotta illecita ne sia venuta a conoscenza.

- 3) si verifichi la scadenza del termine nel corso del procedimento avviato da parte delle autorità preposte alla tutela della concorrenza ovvero dai giudici nazionali.

In tal caso, per la parte lesa potrebbe rivelarsi estremamente difficile conoscere con precisione i momenti di avvio e di chiusura dell'istruttoria ovvero del procedimento giudiziale. Il Libro Bianco propone, pertanto, di far decorrere un nuovo termine, di durata almeno biennale, a partire dal momento in cui la decisione, sulla quale l'attore basa la propria azione, sia diventata "*definitiva*"<sup>21</sup>.

### Spese relative al giudizio risarcitorio

Un ulteriore aspetto considerato dalla Commissione attiene all'incidenza dei costi processuali, conseguenti all'azione di risarcimento, sulla posizione economica della parte lesa.

Consapevole dell'effetto disincentivante di tali costi, la Commissione incoraggia gli Stati membri a:

- elaborare norme procedurali che incentivino le transazioni;
- stabilire le spese processuali in modo adeguato, onde evitare che si traducano in un disincentivo sproporzionato alle richieste di risarcimento dei danni *antitrust*;

---

(21) Nel senso precisato in nota (13).

- dare ai tribunali nazionali il potere di derogare, per i giudizi risarcitori da danno *antitrust*, le norme sulla ripartizione delle spese del giudizio, le quali, nella maggior parte degli Stati membri, stabiliscono che "*chi perde paga*".

### Rapporti tra *leniency programmes* e azioni risarcitorie

La Commissione tiene conto, altresì, della necessità di coordinare le iniziative in materia di risarcimento con altri strumenti di attuazione delle norme *antitrust*. A tale riguardo, vengono in rilievo le proposte del Libro Bianco relative ai rapporti tra *leniency programmes* e azioni risarcitorie.

In particolare, si propone che il giudice del danno non possa divulgare le dichiarazioni rilasciate da tutti i richiedenti l'immunità o la riduzione delle sanzioni, per violazione dell'art. 81 TCE, nell'ambito dei programmi di clemenza. E ciò indipendentemente dall'esito della domanda di clemenza.

La Commissione riconosce, inoltre, la necessità di tener conto della posizione dell'impresa pentita che, avendo collaborato con l'autorità, abbia beneficiato dell'immunità dalla sanzione<sup>22</sup>.

A tale riguardo, il Libro Bianco propone di valutare la possibilità di limitare la responsabilità civile del beneficiario dell'immunità, rispetto alle richieste di risarcimento presentate dai suoi *partner* contrattuali diretti e indiretti<sup>23</sup>.

### ALCUNE CONSIDERAZIONI

Con la consultazione in esame, si delinea un cambiamento assai significativo del contesto giuridico nel quale le imprese si troveranno ad operare. L'*enforcement* delle regole a tutela della concorrenza non sarà più materia riservata alle

---

(22) Il beneficiario dell'immunità coincide, generalmente, con la prima impresa che abbia presentato domanda di clemenza e ne abbia ottenuto l'accoglimento.

(23) Spetterebbe al beneficiario dell'immunità dimostrare la misura entro la quale la sua responsabilità può essere limitata.

autorità *antitrust* ma sarà sempre più rimesso nelle mani dei giudici nazionali.

Il “rischio” insito in tale nuovo scenario, specie se si considera la molteplicità di regole che caratterizzeranno i singoli ordinamenti nazionali, è evidente.

È quindi importante che l’iniziativa legislativa della Commissione sia diretta – anche partecipando alla consultazione – ad assicurare un minimo comun denominatore in materia di risarcimento dei danni da condotte anticoncorrenziali. E ciò al fine di contemperare tutela della concorrenza con certezza e prevedibilità del quadro giuridico di riferimento, nel quale le imprese sono chiamate ad agire.

*Per maggiori informazioni si prega di contattare:*

**Avv. Francesco Sciaudone**  
[francesco.sciaudone@grimaldieassociati.com](mailto:francesco.sciaudone@grimaldieassociati.com)

**GRIMALDI E ASSOCIATI**

Roma – Via Pinciana, 25 – Tel. +39 06 844651 – Fax +39 06 84465200

Milano – Via del Lauro, 9 – Tel. +39 02 303551 – Fax +39 02 30355200

Bruxelles – Boulevard de Waterloo, 30 – Tel. +32 2 5511201 – Fax +32 2 5511200

*La presente nota è indirizzata esclusivamente ai clienti dello studio legale Grimaldi e Associati e non è, dunque, da considerare in nessun modo forma di pubblicità ai sensi dell’articolo 17 del Codice Deontologico. Le informazioni contenute e le considerazioni svolte non sono esaustive dei temi trattati e non costituiscono pareri legali. Esse non possono, pertanto, essere utilizzate in luogo di una consulenza specifica, resa in esito alla puntuale valutazione delle circostanze del singolo caso.*