Risarcimento del danno derivante dalle violazioni antitrust. La Commissione pubblica le Linee guida sul *Passing-on*

24/07/2019 SOCIETÀ, DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, CONTENZIOSO

Roberto A. Jacchia
Sara Capruzzi

Il 1 luglio 2019 la Commissione Europea ha pubblicato le Linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo riferibile alle violazioni antitrust trasferita sull'acquirente indiretto (cd. *Passing-on Guidelines*).

Le Linee guida sono state emanate in attuazione della Direttiva sul *private enforcement*[1] ed intendono fornire orientamenti pratici ai tribunali nazionali che giudicano le azioni di risarcimento del danno per violazioni degli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Il sovrapprezzo è dato dalla differenza tra il prezzo effettivamente pagato dall'acquirente e quello che sarebbe altrimenti stato applicato in assenza di una violazione del diritto della

[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. GUUE L 349 del 05.12.2014. Ai sensi dell'articolo 16 della Direttiva, "... *La Commissione emana linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto*...".

concorrenza[2]. Il trasferimento del sovrapprezzo può verificarsi a diversi livelli della catena di approvvigionamento. Quando l'acquirente diretto[3] trasferisce, in tutto o in parte, il sovrapprezzo dovuto ad una violazione antitrust all'acquirente indiretto[4], quest'ultimo non si troverà soltanto a far fronte ad un effetto sul prezzo[5], bensì in molti casi ridurrà la propria domanda e, di conseguenza, l'acquirente diretto venderà meno[6]. Sia gli acquirenti diretti che gli acquirenti indiretti hanno diritto di richiedere il risarcimento dei danni derivanti da una violazione antitrust, e spetta ai tribunali nazionali stabilirne l'ammontare. Tuttavia, determinare la quantità del sovrapprezzo trasferito agli acquirenti indiretti può essere problematico.

Al fine di agevolare i giudici nazionali, le Linee guida stabiliscono principi, metodi e terminologia al riguardo. Inoltre, esse contribuiscono a determinare le fonti di prova pertinenti, a stabilire se una richiesta di divulgazione sia proporzionata, nonché a valutare le dichiarazioni delle parti in merito al trasferimento ed alle perizie economiche presentate al giudice.

Le Linee guida integrano la Guida pratica sulla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE[7], che accompagna la Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno[8] del 2013.

Le Linee guida stabiliscono in primo luogo il contesto giuridico del trasferimento, ossia il diritto dell'Unione, le leggi nazionali e le rispettive prassi. In tale contesto, i giudici nazionali dovranno prestare particolare attenzione ai principi di efficacia ed equivalenza[9]. Le Linee guida esaminano successivamente l'economia del trasferimento, ossia la teoria economica sottostante, ed i metodi di quantificazione pertinenti ai fini della stima del trasferimento.

Per quanto riguarda il contesto giuridico del trasferimento, l'articolo 12 della Direttiva sul *private enforcement* dispone che, per garantire l'efficacia del diritto al

---

[2] Si veda l'articolo 2, numero 20, della Direttiva sul *private enforcement*.
[3] Ai sensi dell'articolo 2, numero 23, della Direttiva sul *private enforcement,* l'acquirente diretto è la "*... persona fisica o giuridica che ha acquistato direttamente da un autore della violazione beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza...*".
[4] L'articolo 2, numero 24, della Direttiva sul *private enforcement* definisce l'acquirente indiretto come la "*... 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...*".
[5] 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.
[6] 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.
[7] 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, 11.06.2013, SWD(2013) 205.
[8] 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. GUUE C 167 del 13.06.2013.
[9] Si veda l'articolo 4 della Direttiva sul *private enforcement*, ai sensi del quale "*... A norma del principio di efficacia, gli Stati membri provvedono affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza. A norma del principio di equivalenza 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...*".

pieno risarcimento[10], esso può essere chiesto da chiunque lo abbia subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirenti diretti o indiretti dell'autore della violazione. Il pieno risarcimento include sia quello per il danno emergente che quello per il lucro cessante, più interessi.

Nelle azioni per il risarcimento del danno basate su violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione, di norma i giudici nazionali si occupano del trasferimento del sovrapprezzo in due scenari. Nel primo, l'autore della violazione invoca il trasferimento del sovrapprezzo a sua difesa nei confronti di domande di risarcimento del danno, sostenendo che l'acquirente diretto o indiretto ha trasferito il sovrapprezzo, integralmente o in parte, ai propri acquirenti[11]. La seconda ipotesi si verifica, invece, quando sono gli acquirenti indiretti a basare le loro azioni di risarcimento sull'argomentazione secondo cui il danno subito deriva dal fatto che gli acquirenti diretti hanno trasmesso loro il sovrapprezzo. Nel primo scenario è il convenuto a dover dimostrare che l'attore ha trasferito il sovrapprezzo[12], e tale onere si riferisce all'esistenza e alla portata del trasferimento. Nel secondo scenario, invece, l'onere di provare l'esistenza e la portata del trasferimento ricade sull'acquirente indiretto, che chiede il risarcimento del danno all'autore della violazione[13].

---

[10] L'articolo 3 della Direttiva sul *private enforcement,* rubricato "Diritto a un pieno risarcimento", dispone quanto segue: "*... 1. Gli Stati membri provvedono a che qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza possa chiedere e ottenere il pieno risarcimento per tale danno.*
2. Il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi.
3. Il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura...".

[11] Considerando 39 della Direttiva sul *private enforcement*: "*... Il danno nella forma di danno emergente può risultare dalla differenza tra il prezzo che è stato effettivamente pagato e quanto sarebbe stato altrimenti pagato in assenza della violazione. Quando un soggetto danneggiato ha ridotto il danno emergente trasferendolo, interamente o in parte, sui propri acquirenti, il danno trasferito non costituisce più un danno per il quale tale parte debba essere risarcita. È pertanto opportuno, in linea di principio, permettere all'autore di una violazione di invocare a propria difesa l'avvenuto trasferimento del danno emergente a fronte di una domanda di risarcimento del danno. Occorre prevedere disposizioni che stabiliscano che l'autore della violazione, nella misura in cui invoca l'eccezione del trasferimento, debba dimostrare l'esistenza e l'entità del trasferimento del sovrapprezzo. Tale onere della prova non dovrebbe avere effetti sulla possibilità che l'autore della violazione utilizzi prove diverse da quelle in suo possesso, come le prove già acquisite nel procedimento o le prove in possesso di altre parti o di terzi...*".

[12] Articolo 13 della Direttiva sul *private enforcement*: "*... Gli Stati membri provvedono affinché il convenuto in un'azione per il risarcimento del danno possa invocare, contro una domanda di risarcimento del danno, il fatto che l'attore abbia trasferito in tutto o in parte il sovrapprezzo derivante dalla violazione del diritto della concorrenza. L'onere della prova del fatto che il sovrapprezzo è stato trasferito spetta al convenuto che può ragionevolmente richiedere la divulgazione di prove all'attore o a terzi...*".

[13] La Direttiva sul *private enforcement* affronta le difficoltà che gli acquirenti indiretti incontrano quando tentano di ottenere un risarcimento per il danno derivante dal trasferimento di un sovrapprezzo. Ai sensi del suo articolo 14, infatti, "*... 1. Qualora, in un'azione per il risarcimento del danno, l'esistenza di una domanda di risarcimento del danno o l'importo da accordare a tale titolo dipendano dal fatto che il sovrapprezzo sia stato trasferito o meno sull'attore — e in quale misura — tenuto conto della prassi commerciale di trasferire gli aumenti di prezzo a valle della catena di approvvigionamento, gli Stati membri provvedono affinché l'onere di dimostrare l'esistenza e la portata di tale trasferimento incomba all'attore, che può ragionevolmente richiedere la divulgazione di prove al convenuto o a terzi.*

Può accadere, tuttavia, che vi siano domande di risarcimento parallele da parte di acquirenti a livelli diversi della catena di approvvigionamento. In tali situazioni, i giudici nazionali dovrebbero evitare tanto la sovracompensazione quanto la sottocompensazione, ad esempio, tenendo debitamente conto di eventuali azioni di risarcimento del danno relative alla medesima violazione, delle decisioni giudiziarie risultanti da tali azioni e delle pertinenti informazioni di dominio pubblico risultanti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza nel caso di specie[14]. Inoltre, in presenza di azioni correlate pendenti dinanzi a giudici di Stati Membri diversi, i giudici nazionali potranno applicare l'articolo 30 del Regolamento (UE) n. 1215/2012[15], ai sensi del quale il giudice nazionale successivamente adito può sospendere il procedimento o, in determinate circostanze, dichiarare la propria incompetenza.

Al fine di promuovere la coerenza tra le sentenze risultanti da procedimenti 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, quali la possibilità di riunire le azioni[16], o che un soggetto possa rilevare la domanda di un altro soggetto[17]. A seconda dell'ordinamento nazionale, potranno anche essere applicati altri strumenti, come meccanismi di azione collettiva, notifiche o interventi di terzi e meccanismi di sospensione.

Nello stimare la parte del sovrapprezzo che è stata trasferita, i giudici dovranno tener conto di tutti gli effetti del trasferimento, sia sul prezzo che sul volume, nonché rispettare il principio del pieno risarcimento[18] e quelli di efficacia e di equivalenza. Ai sensi della Direttiva sul *private enforcement*[19], i giudici nazionali devono innanzitutto basare la loro valutazione sulle informazioni ragionevolmente disponibili e, in secondo luogo, cercare di definire un'approssimazione plausibile dell'importo o della parte del trasferimento. L'operazione di stima è soggetta al diritto interno.

La valutazione giuridica del trasferimento richiede, in genere, un'analisi fattuale ed economica complessa. Le specificità del caso e le prove fornite costituiscono il punto di partenza per stabilire se la violazione abbia effettivamente danneggiato l'attore e, in caso affermativo, per la determinazione quantitativa del danno. Le prove pertinenti possono comprendere prove dirette, documenti prodotti dall'acquirente diretto o indiretto, e deposizioni testimoniali sul trasferimento o meno del sovrapprezzo. Inoltre, nella valutazione del trasferimento, spesso i giudici nazionali devono valutare perizie di

2. Nella situazione di cui al paragrafo 1, si ritiene che l'acquirente indiretto abbia dimostrato l'avvenuto trasferimento su di sé qualora tale acquirente indiretto dimostri che:
a) il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza;
b) la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto; e
c) 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.
Il presente paragrafo non si applica nel caso in cui il convenuto 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...".

[14] Si veda l'articolo 15 della Direttiva sul *private enforcement*.
[15] 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. GUUE L 351 del 20.12.2012.
[16] Si veda il Considerando 44 della Direttiva sul *private enforcement*.
[17] Si veda l'articolo 2, numero 4), della Direttiva sul *private enforcement*.
[18] Si veda l'articolo 3 della Direttiva sul *private enforcement.*
[19] Si vedano in particolare l'articolo 12, paragrafo 5, e l'articolo 17, paragrafo 1.

esperti economici, sia di parte, che d'ufficio, che nominati da entrambe le parti e dal giudice.

La parte delle Linee guida sulla teoria economica del trasferimento si concentra sugli effetti sul prezzo e sul volume, e riguarda principalmente:

(i) i costi dei fattori produttivi interessati dal sovrapprezzo, sia fissi che variabili, e indipendentemente dal fatto che la violazione determini aumenti soltanto nei confronti di un cliente o di tutti i clienti o di un'ampia maggioranza degli stessi su un determinato mercato. Quando il sovraprezzo impatta sui costi fissi[20] dell'acquirente diretto, è meno probabile che questo venga trasferito perché tali costi non influenzano in genere la fissazione dei prezzi, almeno nel breve termine. Al contrario, quando il sovrapprezzo ha ripercussioni sui costi variabili[21] dell'acquirente diretto, sarà più probabile che esso venga trasferito, quanto meno in una certa misura;

(ii) la natura della domanda del prodotto con cui si confrontano i clienti diretti e indiretti, ed il rapporto tra domanda e prezzi (elasticità). Infatti, la misura in cui un acquirente diretto aumenta il proprio prezzo per far fronte a un sovrapprezzo dipende dal fatto che la domanda reagisca in maniera più o meno marcata al cambiamento;

(iii) l'intensità della concorrenza nei mercati nei quali operano i clienti diretti e indiretti. L'effetto di un incremento di concorrenza sul trasferimento dipenderà dal fatto che il sovrapprezzo iniziale influisca soltanto sul cliente diretto (sovrapprezzo specifico di un'impresa) oppure anche sui suoi concorrenti (sovrapprezzo a livello di settore). Se il sovrapprezzo ha ripercussioni soltanto su un acquirente diretto, che compete con altri acquirenti diretti, il trasferimento è meno probabile rispetto a una situazione in cui l'unico acquirente diretto deve affrontare una concorrenza debole. Al contrario, nel caso di un sovraprezzo a livello di settore, un maggior numero di acquirenti diretti in forte concorrenza tra di loro favorirà in genere un trasferimento più elevato del sovrapprezzo, rispetto a una situazione nella quale si registra una concorrenza più debole tra tali acquirenti diretti;

(iv) altri elementi quali i costi di adeguamento dei prezzi, la percentuale dei costi dell'impresa interessata dal sovrapprezzo, il potere di mercato dell'acquirente, l'integrazione verticale dei clienti diretti e indiretti, la regolamentazione eventuale in materia di prezzi e la tempistica delle decisioni sui prezzi ai vari livelli della catena di approvvigionamento.

La parte delle Linee guida relativa alla quantificazione economica presenta approcci e metodi diversi e si suddivide in tre fasi. La prima è data dalla quantificazione o stima del sovraprezzo, per la quale i metodi maggiormente utilizzati dai giudici nazionali sono i

[20] Vale a dire i costi che non variano in base alla quantità dei fattori produttivi.
[21] Si tratta dei costi che variano in base alla quantità dei fattori produttivi.

metodi comparativi. Tali metodi sono spesso usati anche per la stima dell'entità dell'effetto sul prezzo correlato al trasferimento, seconda fase della quantificazione del sovrapprezzo. L'effetto sul prezzo correlato al trasferimento ai 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. Il vantaggio offerto dai metodi comparativi risiede nel fatto che utilizzano dati reali rilevati sullo stesso mercato o su un mercato simile, basandosi sul fatto che lo scenario comparativo può essere considerato rappresentativo dello scenario in assenza di violazione. Questi metodi sono inoltre riconosciuti e utilizzati dalle Autorità di concorrenza in Europa in contesti di analisi simili alla stima del trasferimento, ad esempio, durante una valutazione *ex post* di scenari di concorrenza[22]. Un ulteriore approccio per la valutazione dell'effetto sul prezzo correlato al trasferimento è costituito dal metodo del tasso di trasferimento, che 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 di una violazione[23].

Per quanto riguarda, infine, la terza fase, ossia la stima degli effetti del trasferimento sui volumi, essa richiede la valutazione di due fattori, la variazione dei quantitativi dovuta all'aumento dei prezzi ed il 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. A seconda dei dati disponibili, possono essere impiegati metodi diversi, quali quelli comparativi[24], nonché le metodologie basate sull'elasticità, che prevede la combinazione dell'aumento di prezzo osservato come conseguenza dell'effetto sul prezzo correlato al trasferimento ad una stima della sensibilità ai prezzi dal lato della domanda[25].

La scelta del metodo di stima degli effetti sul prezzo e sul volume correlati al trasferimento dipenderà in ogni caso dalle circostanze del caso e dalle informazioni a disposizione.

[22] Per maggiori informazioni sui metodi comparativi, si veda la sezione 5.1 delle Linee guida.
[23] Tuttavia, il metodo del tasso di trasferimento non è privo di rischi e può persino fornire risultati fuorvianti. Ciò è dovuto al fatto che quando si utilizza questo metodo, il giudice non potrà stabilire se il sovrapprezzo sia stato effettivamente trasferito, né potrà osservare se le variazioni dei costi del fattore produttivo interessato si riflettono sui prezzi nei mercati a valle. Di conseguenza sarà 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 riflettano in effetti sui prezzi a valle. Qualora tale ipotesi non sia corretta, tale metodo può produrre stime fuorvianti in quanto rilevano un trasferimento di sovrapprezzo laddove in effetti non se ne è verificato alcuno. Per maggiori informazioni su tale approccio si veda la sezione 5.2.1 delle Linee guida.
[24] Si veda la sezione 6.2 delle Linee guida.
[25] Si veda la sezione 6.3 delle Linee guida.

Roberto A. Jacchia

PARTNER

r.jacchia@dejalex.com

+39 02 72554.1

Via San Paolo 7
20121 - Milano

Sara Capruzzi

ASSOCIATE

s.capruzzi@dejalex.com

+32 (0)26455670

Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO
Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA
Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES
Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW
Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com