

ANALISI TECNICO-NORMATIVA

SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO DI ATTUAZIONE DELLA 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

PARTE I. ASPETTI TECNICO-NORMATIVI DI DIRITTO INTERNO

1) Obiettivi e necessità dell'intervento normativo. Coerenza con il programma di governo.

Il decreto legislativo in esame recepisce la direttiva 2014/104/UE, entrata in vigore il 25 dicembre 2014, che disciplina il risarcimento del danno derivante dalla violazione degli articoli 101 (pratiche concordate che limitano la concorrenza) e 102 (abuso di posizione dominante) del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Essa mira a fornire un quadro uniforme tale da assicurare, in materia di illecito anticoncorrenziale, un livello di tutela analogo tra i Paesi membri dell'Unione europea, affinché si garantisca che la concorrenza nel mercato interno non sia distorta.

La emanazione del presente atto normativo è coerente con il programma di Governo.

2) Analisi del quadro normativo nazionale.

Il presente schema di decreto legislativo è emesso in attuazione della delega contenuta nell'articolo 2 della legge di delegazione europea 9 luglio 2015 n. 114, che contiene specifici principi e criteri di delega, tra i quali, la previsione della applicazione delle disposizioni adottate in attuazione della direttiva 2014/104/UE alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni ai sensi degli articoli 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nonché alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni ai sensi dei predetti articoli 2 e 3 applicati parallelamente agli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; altro criterio di delega prevede l'estensione della portata del decreto legislativo anche alle azioni collettive previste dall'articolo 140 *bis* del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206.

La direttiva non individua e non configura tipologie di illecito anticoncorrenziale ma, piuttosto, rinvia alle consolidate figure dell'illecito anticoncorrenziale e cioè alle pratiche limitative della

concorrenza e a quelle di abuso di posizione dominante. Lo scopo perseguito dalla direttiva è quello di imporre regole processuali e sostanziali omogenee da impiegare davanti ai giudici nazionali quando occorre determinare le conseguenze risarcitorie della violazione delle regole europee in materia di concorrenza.

In questa fase di attuazione, quindi, lo schema di decreto si adegua alle linee tracciate dalla direttiva, avendo cura, nello specifico, di accordare alle vittime dell'illecito gli strumenti idonei a colmare la asimmetria informativa di cui soffre il danneggiato rispetto al convenuto, in modo tale da consentire al primo di ottenere (così come vuole la direttiva) il "pieno" risarcimento senza che tale impresa sia, di fatto, eccessivamente difficoltosa.

3) Incidenza delle norme proposte sulle leggi e i regolamenti vigenti.

Nel dare attuazione alla direttiva in oggetto - che mira a raccordare il *public enforcement* con il *private enforcement* - si è cercato di lasciare il più possibile inalterato il sistema processuale vigente, intervenendo solo laddove ciò fosse funzionale al corretto recepimento della direttiva, avuto riguardo alla *ratio* della medesima.

In quest'ottica, quindi, è stato, ad esempio, introdotto lo strumento probatorio della "categoria di prove", non solo al fine di individuare le prove che rientrano nelle così dette "*black, grey, white lists*", ma anche al fine di consentire al danneggiato di richiedere l'esibizione di prove appartenenti ad una categoria opportunamente circoscritta e individuata, in modo da non sconfinare in una richiesta del tutto generica volta solo a verificare la esistenza di possibili elementi utili (così detto *fishing*) e ciò allo specifico scopo di attenuare l'asimmetria informativa di cui soffre il danneggiato con riferimento all'accesso alle prove.

Come già ricordato, si è, inoltre, ritenuto opportuno - articolo 2, comma 1, lettera c), della legge di delegazione - estendere la portata del decreto legislativo anche alle azioni collettive previste dall'articolo 140 *bis* del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206, mentre, sotto il profilo della legittimazione attiva, merita di essere ricordata la sua estensione in capo a "chiunque" sia danneggiato da una violazione della normativa antitrust, qualsiasi sia la sua posizione nella catena di approvvigionamento: anche il danneggiato a valle, quindi, può agire direttamente nei confronti dell'autore della violazione che si trovi a monte della predetta catena.

Il decreto legislativo in esame interviene sulle disposizioni che regolano la geografia giudiziaria: avuto riguardo alla connotazione marcatamente specialistica delle controversie in esame, in attuazione dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge di delegazione europea 2014, sono riviste le competenze delle sezioni specializzate in materia di impresa di cui al decreto legislativo n. 168 del 2003, concentrando le controversie relative alle violazioni disciplinate dal decreto di attuazione della direttiva 2014/104/UE presso i tribunali per le imprese di Milano, Roma e Napoli.

Merita, infine, di essere ricordato il valore probatorio che, in attuazione della direttiva, il decreto riconosce alla decisione definitiva della autorità garante della concorrenza e del mercato quanto all'accertamento della sussistenza dell'illecito e la posizione di *amicus curiae* riconosciuto alla predetta autorità (anche di altro Stato membro) in vari passaggi processuali.

4) Analisi della compatibilità dell'intervento con i principi costituzionali.

L'intervento è conforme alla disciplina costituzionale.

5) Analisi delle compatibilità dell'intervento con le competenze e le funzioni delle regioni ordinarie e a statuto speciale nonché degli enti locali.

Il decreto legislativo non presenta aspetti di interferenza o di incompatibilità con le competenze costituzionali delle regioni, incidendo su materia riservata alla competenza esclusiva dello Stato.

6) Verifica della compatibilità con i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza sanciti dall'articolo 118, primo comma, della Costituzione.

Le disposizioni contenute nell'intervento esaminato sono compatibili e rispettano i principi di cui all'articolo 118 della Costituzione, in quanto non prevedono né determinano, sia pure in via indiretta, nuovi o più onerosi adempimenti a carico degli enti locali.

7) Verifica dell'assenza di rilegificazioni e della piena utilizzazione delle possibilità di delegificazione e degli strumenti di semplificazione normativa.

L'intervento normativo è in materia di concorrenza, riservata alla fonte primaria.

8) Verifica dell'esistenza di progetti di legge vertenti su materia analoga all'esame del Parlamento e relativo stato dell'iter.

Non risultano iniziative legislative aventi ad oggetto questa specifica materia

9) Indicazioni delle linee prevalenti della giurisprudenza ovvero della pendenza di giudizi di costituzionalità sul medesimo o analogo oggetto.

Il *private enforcement* non ha registrato, ad oggi, un livello significativo di applicazione nel nostro Paese sia per la difficoltà del danneggiato di destreggiarsi tra le regole ordinarie della responsabilità civile, sia per l'impossibilità di giovare, in concreto, di uno strumento di tutela collettiva, e ciò senza considerare le ingenti spese che una "*private antitrust litigation*" comporta. Sotto il profilo probatorio, peraltro, la giurisprudenza più recente della Suprema Corte (anticipando, per certi versi, la direttiva o, quanto meno, ritenendo *self executing* alcune delle sue disposizioni) si è orientata nel senso di ritenere che "il giudice non può decidere la causa applicando meccanicamente il principio dell'onere della prova, ma è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in giudizio, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova" (Cass. 4 giugno 2015 n. 11564). Per quanto concerne, invece, la valenza probatoria della decisione della autorità garante nel giudizio risarcitorio avanti l'autorità giudiziaria ordinaria, la Suprema Corte ritiene che "il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità garante per la

concorrenza ha una elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale, quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori e consente di presumere...che dalla condotta anticoncorrenziale sia scaturito un danno per la generalità degli assicurati” (Cass. 28 maggio 2014 n. 11904; Cass. 22 maggio 2013 n. 12551; si parla di “prova privilegiata, quando non di una presunzione del danno patito” in Cass. 23 aprile 2014 n. 9116).

Non risultano pendenti giudizio di costituzionalità sull'oggetto.

PARTE II. CONTESTO NORMATIVO COMUNITARIO E INTERNAZIONALE

10) Analisi della compatibilità dell'intervento con l'ordinamento europeo.

L'intervento mira a dare attuazione ad una direttiva europea così da adeguare, nella materia in esame, l'ordinamento interno a quello europeo.

11) Verifica dell'esistenza di procedure di infrazione da parte della Commissione Europea sul medesimo o analogo oggetto.

Non risultano aperte procedure di infrazione .

12) Analisi della compatibilità dell'intervento con gli obblighi internazionali.

L'intervento normativo in esame non presenta profili di incompatibilità con gli obblighi internazionali.

13) Indicazioni delle linee prevalenti della giurisprudenza ovvero della pendenza di giudizi innanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee sul medesimo o analogo oggetto.

Le pronunce della Corte di Giustizia, sul cui solco si colloca la direttiva alla quale si dà attuazione con lo schema di decreto legislativo in esame, sono le seguenti: *Courage* del 20 settembre 2001 (causa C- 453/99); *Manfredi* del 13 luglio 2006 (cause riunite da C- 295/04 a C-298/04); *Pfleiderer* del 14 giugno 2011 (causa C-360/09); *Donau Chemie* del 6 giugno 2013 (causa C- 536/11); *Kone-Otis c. OBB* del 5 giugno 2014 (causa C-577/12).

Da tali pronunce si desumono i seguenti principi:

- le norme nazionali non devono essere formulate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il conseguimento del risarcimento;

- le disposizioni del diritto dell'Unione non ostano a che un soggetto ottenga l'accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardanti l'autore della violazione;
- le norme nazionali devono bilanciare gli interessi che giustificano, da un lato la comunicazione delle informazioni fornite spontaneamente dal richiedente la clemenza e, dall'altro, la tutela delle informazioni stesse, procedendo caso per caso e tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti.

14) Indicazioni delle linee prevalenti della giurisprudenza ovvero della pendenza di giudizi innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'uomo sul medesimo o analogo oggetto.

Non consta siano pendenti giudizi innanzi la Corte europea dei diritti dell'uomo vertenti sul medesimo o analogo oggetto.

15) Eventuali indicazioni sulle linee prevalenti della regolamentazione sul medesimo oggetto da parte di altri Stati membri dell'Unione Europea.

La Commissione ha costantemente monitorato il recepimento della direttiva al fine di garantire uniformità tra gli Stati membri, nel rispetto delle eventuali diverse scelte effettuate sotto il profilo tecnico.

PARTE III. ELEMENTI DI QUALITA' SISTEMATICA E REDAZIONALE DEL TESTO

1) Individuazione delle nuove definizioni normative introdotte dal testo, della loro necessità, della coerenza con quelle già in uso.

Le principali definizioni contenute nel provvedimento in esame sono riprese da quelle contenute nella direttiva.

2) Verifica della correttezza dei riferimenti normativi contenuti nel progetto, con particolare riguardo alle successive modificazioni ed integrazioni subite dai medesimi.

I riferimenti normativi che figurano nello schema di intervento normativo sono corretti.

3) Ricorso alla tecnica della novella legislativa per introdurre modificazioni ed integrazioni a disposizioni vigenti.

Il provvedimento in esame non utilizza la tecnica della novellazione.

4) Individuazione di effetti abrogativi impliciti di disposizioni dell'atto normativo e loro traduzione in norme abrogative espresse nel testo normativo.

All'interno del testo normativo non sono presenti abrogazioni esplicite. L'intervento normativo non comporta effetti abrogativi impliciti.

5) Individuazione di disposizioni dell'atto normativo aventi effetto retroattivo o di reviviscenza di norme precedentemente abrogate o di interpretazione autentica o derogatorie rispetto alla normativa vigente.

Una disposizione transitoria adegua il regime all'indicazione temporale contenuta nella direttiva: le disposizioni che regolano il processo non si applicano ai giudizi di risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza promossi anteriormente al 26 dicembre 2014. Queste norme, pertanto, possano essere applicate alle azioni per il risarcimento del danno per le quali in giudice nazionale sia stato adito successivamente al 26 dicembre 2014 (30° giorno successivo alla adozione della direttiva) e, quindi, anche prima della entrata in vigore delle disposizioni di recepimento. La predetta norma indica specificamente quali norme, ai fini dell'applicazione del decreto in esame, si considerano di natura processuale.

6) Verifica della presenza di deleghe aperte sul medesimo oggetto, anche a carattere integrativo o correttivo.

Non sono presenti deleghe aperte sul medesimo oggetto.

7) Indicazione degli eventuali atti successivi attuativi; verifica della congruenza dei termini previsti per la loro adozione.

L'intervento normativo non richiede l'adozione di atti attuativi successivi.

8) Verifica della piena utilizzazione e dell'aggiornamento di dati e di riferimenti statistici attinenti alla materia oggetto del provvedimento, ovvero indicazione della necessità di commissionare all'Istituto nazionale di statistica apposite elaborazioni statistiche con correlata indicazione nella relazione economico-finanziaria della sostenibilità dei relativi costi.

La proposta normativa non necessita di elaborazioni statistiche da parte dell'Istituto nazionale di statistica.