

## RELAZIONE ILLUSTRATIVA

Il 25 dicembre 2014 è entrata in vigore la direttiva 2014/104/UE 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 (considerando 1 della direttiva).

La direttiva non individua e non configura tipologie di illecito anticoncorrenziale, ma, piuttosto, rinvia alle consolidate figure, sopra richiamate, relative alle pratiche limitative della concorrenza e di abuso di posizione dominante. Mentre lo scopo perseguito dalla stessa direttiva è quello di imporre delle regole processuali e sostanziali omogenee da impiegare davanti ai giudici nazionali, quando occorra determinare le conseguenze risarcitorie della violazione delle regole europee in materia di concorrenza.

Per il raggiungimento di tale finalità un ruolo fondamentale è riservato alle autorità garanti nazionali, perché assicurino il corretto operare delle regole sulla concorrenza, ai sensi dell'articolo 5 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, concernente l'applicazione delle regole relative alla concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE. Le autorità hanno il compito di applicare regole omogenee per la determinazione del risarcimento del danno subito sia in conseguenza delle violazioni delle regole europee, che del diritto nazionale della concorrenza (cfr. articolo 2, comma 1, n. 1), della direttiva, che definisce la *violazione del diritto alla concorrenza*). Resta esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva la disciplina delle azioni di risarcimento del danno relative a violazioni del diritto nazionale della concorrenza che non incidono sul commercio tra Stati membri ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE (considerando 10).

Un ulteriore principio direttivo dato dalla direttiva è quello per cui l'esistenza di regole uniformi nella disciplina delle violazioni connesse agli articoli 101 e 102 TFUE non deve rendere eccessivamente difficile, o praticamente impossibile, l'esercizio del diritto al risarcimento del danno e le stesse regole non devono essere applicate in maniera meno favorevole rispetto a quelle operanti negli ordinamenti interni (considerando 11). Questo criterio viene fissato dall'articolo 4 della direttiva, relativo ai principi di efficacia e di equivalenza, che recepisce un'affermazione che si rinviene nella giurisprudenza della Corte di giustizia, a mente della quale le procedure relative alle azioni di risarcimento del danno per violazione degli articoli 101 e 102 TFUE non devono essere meno favorevoli, per i presunti danneggiati, di quelle che disciplinano azioni simili per danni derivanti da violazioni del diritto nazionale.

La *ratio* della direttiva è quindi duplice: uniformare la materia del risarcimento del danno *antitrust* tra gli ordinamenti degli Stati membri, e potenziare il *private enforcement* raccordandolo al ricorso ai rimedi pubblicistici, ovvero al *public enforcement*. In proposito, il considerando 6 stabilisce che per garantire un'efficace applicazione a livello privatistico a norma del diritto civile e un'efficace applicazione al livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da assicurare il massimo impulso alle regole di concorrenza.

Con riferimento al primo profilo, si intende evitare che le discrepanze fra le norme nazionali portino a condizioni disomogenee per quanto riguarda le azioni per il risarcimento del danno, e possano pertanto incidere negativamente sulla concorrenza nei mercati (considerando 9). Il principio è, peraltro, già enunciato nel considerando 7 del Regolamento europeo n. 1/2003, che, pur valorizzando la funzione delle giurisdizioni nazionali nell'applicazione delle regole della concorrenza comunitaria, definisce il ruolo della giurisdizione come "*complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri*".

Quanto al secondo profilo, la direttiva sottolinea la necessità che i due canali, privatistico, legato al diritto civile, e pubblicistico, di spettanza delle autorità garanti della concorrenza, debbano interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza (considerando 6). Ciò conduce alla necessità di disciplinare le modalità di accesso agli atti dell'autorità garante della concorrenza, in modo da evitare, di riflesso, difformità di decisioni in questa materia.

La direttiva, nel riferito intento di raccordare il *public enforcement* con il *private enforcement*, attraverso l'attivazione della tutela risarcitoria in conseguenza delle iniziative dell'autorità garante della concorrenza (Commissione europea o *authority* nazionale), ha affidato anche ai privati la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla legislazione *antitrust*, al fine di accordare alle vittime dell'illecito strumenti capaci di colmare la asimmetria di informazioni di cui il danneggiato che agisce soffre nei rapporti con il convenuto, così favorendo l'accesso dell'attore alla prova dell'illecito. Tale impostazione incentiva la tendenza a promuovere davanti al giudice civile le cosiddette azioni di seguito (*follow on*), che vengono intentate dai danneggiati dopo che l'autorità ha accertato l'illecito, nelle quali sono normalmente assunte le determinazioni più delicate sotto il profilo probatorio, ovvero la dimostrazione dell'intesa vietata o della posizione dominante sul mercato. Le difficoltà probatorie sono invece assai più rilevanti nelle azioni autonome (cosiddette *stand alone*), non precedute da siffatto accertamento. Tuttavia, la direttiva si confronta altresì con profili di estrema delicatezza relativi alle azioni *follow on*, atteso che impone di disciplinare le modalità di accesso al fascicolo dell'autorità garante nell'ambito di un procedimento pendente davanti al giudice, e di stabilire il grado di resistenza del provvedimento dell'autorità nel giudizio civile.

Va inoltre rilevato che l'obiettivo in concreto perseguito dalla disciplina unitaria è quello, posto dall'articolo 2 della direttiva, di assicurare la realizzazione del risarcimento integrale del danno subito dalla vittima (considerando 2), percorrendo, dunque, una prospettiva di carattere compensatorio, e ponendo in ombra la diversa prospettiva di una responsabilità punitiva accolta in ordinamenti di Stati terzi, quale quello degli Stati Uniti.

La proposta di direttiva ha avuto origine, in concomitanza con l'elaborazione di una Guida pratica per il calcolo economico del danno, a seguito dell'elaborazione del Libro verde del 19 febbraio 2005 e l'emanazione del Libro bianco del 2 aprile 2008, in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle normative antitrust comunitarie. Già nel Libro verde veniva chiarito l'obiettivo perseguito dalla direttiva, ovvero quello di definire norme dettagliate per proporre azioni di risarcimento del danno, sia "al fine di risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e assicurare, attraverso la disincentivazione di condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia del Trattato". La Commissione concludeva che questa assenza di tutela era dovuta in gran parte a vari ostacoli giuridici e procedurali determinati dalle norme degli Stati membri che disciplinano le azioni di risarcimento del danno da violazione delle norme antitrust, determinando situazioni di incertezza.

Nel successivo Libro bianco, pur mantenendosi la scelta di campo di privilegiare la funzione compensatoria del risarcimento del danno *antitrust*, si evidenzia anche l'effetto deterrente per le infrazioni future e di maggiore rispetto delle norme antitrust comunitarie.

Il principio della efficacia dell'articolo 85 [ora 105] del Trattato, in consonanza con il diritto vivente della Corte europea di Giustizia, viene tradotto nell'affermazione del diritto per chiunque di chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza, salva l'ipotesi in cui sia accertato che tale parte ha una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza (cfr. C-453/99 - Courage e Crehan del 20 settembre 2001). Nella sentenza Manfredi, la Corte sottolinea l'esigenza di coordinamento, ai fini dell'integrale risarcimento del danno, tra le norme degli Stati membri e le norme comunitarie in materia di concorrenza, che si applicano ad un'intesa o ad una pratica abusiva, allorquando quest'ultima possa pregiudicare il commercio tra Stati membri (C-295/04 - Manfredi del 13 luglio 2006). Dunque, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento

giuridico interno di ciascuno Stato membro, attraverso i giudici competenti, conoscere dei ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle regole di concorrenza comunitarie e stabilire le modalità procedurali di tali ricorsi, purché le disposizioni di cui trattasi non siano meno favorevoli di quelle relative ai ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza e che stabiliscono le loro modalità procedurali e le dette disposizioni nazionali non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'articolo 81 del Trattato CE [ora 101 TFUE].

Il diritto al pieno risarcimento del danno viene consacrato nell'articolo 3 della direttiva, che, ai sensi del comma 2, pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto alla concorrenza non fosse stata commessa. In conformità con i principi di diritto interno, l'integrale risarcimento del danno è comprensivo del danno emergente e del lucro cessante, nonché del pagamento di interessi ed esclude, ai sensi del comma 3, qualsiasi sovrapposizione a qualunque titolo.

In applicazione di tali principi, con riferimento alla legittimazione ad agire, la Commissione ha attribuito a "chiunque" abbia subito un danno causato da una violazione di norme *antitrust* il potere chiedere il risarcimento dinanzi ai tribunali, estendendo tale potere anche agli acquirenti indiretti, ovvero che non abbiano avuto alcun rapporto commerciale con l'autore dell'infrazione e che tuttavia abbiano subito un considerevole danno per traslazione, lungo la catena di distribuzione, di un sovrapprezzo illegale.

Infine, per quanto riguarda le azioni collettive, la direttiva non opera alcuna scelta, nel senso di rendere applicabili o meno a tali azioni le norme sul risarcimento del danno oggetto di regolazione. Il legislatore unitario guarda, però, con favore alla eventuale previsione, da parte delle legislazioni nazionali, di meccanismi che consentano l'aggregazione delle singole istanze da parte delle vittime delle violazioni delle norme *antitrust*.

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 prevede l'estensione dell'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.

La scelta del legislatore nazionale, recepita nel citato articolo 2, comma 1, lettera c), della legge di delega è stata quella di 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.

Nello specifico, la direttiva, dopo un'enunciazione dell'oggetto, dell'ambito di applicazione e delle definizioni (capo I), introduce la disciplina relativa alla divulgazione delle prove (capo II), la disciplina degli effetti delle decisioni delle autorità degli Stati membri, dei termini di prescrizione e dei criteri della responsabilità solidale (capo III), nonché la disciplina relativa al trasferimento del sovrapprezzo (capo IV), alla quantificazione del danno (capo V) e alla composizione consensuale delle controversie (capo VI).

Lo schema di decreto legislativo ripropone la struttura della direttiva quanto alla ripartizione in capi, con l'inserimento dell'ulteriore capo VII contenente disposizioni di modifica della legge n. 287 del 1990 e disposizioni sulla competenza dei tribunali delle imprese.

Va altresì sottolineato che gli interventi modificativi sul codice di rito sono limitati a quelli strettamente indispensabili in quanto richiesti in modo "cogente" dalla direttiva. Così è stato, ad esempio, per l'introduzione della figura delle "categoria di prove", ignota al nostro codice di rito ma funzionale (e, quindi, indispensabile) alla finalità di *disclosure* di cui all'art. 6 della direttiva.

Il termine di recepimento entro il quale gli Stati membri dovranno conformare i propri ordinamenti a quanto disposto dalla direttiva è fissato al 27 dicembre 2016, mentre il termine di scadenza della delega è fissato al 27 ottobre 2016, come previsto dall'articolo 31 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, che continua ad applicarsi nell'originaria formulazione relativamente alle deleghe contenute nelle leggi di delegazione europee entrate in vigore in epoca antecedente alle modifiche apportate dall'articolo 29 della legge 29 luglio 2015, n. 115.

Nell'ambito delle disposizioni generali contenute nel **Capo I**, l'articolo 1 dello schema di decreto disciplina l'ambito di applicazione e l'oggetto del testo. Al comma 1 è affermato il diritto al (pieno) risarcimento in favore di chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese e prevede, come accennato, l'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina alle azioni collettive previste dal codice del consumo. E' appena il caso di ricordare che la circostanza che l'azione per il risarcimento del danno da violazione nelle norme del diritto alla concorrenza sia introdotta individualmente o collettivamente ai sensi dell'art. 140 bis del codice del consumo non incide, ovviamente, sulla natura e sull'oggetto della controversia - che rimane, appunto, una causa di risarcimento danno per violazione del diritto della concorrenza - né, quindi, la modalità di introduzione di tale controversia potrà incidere sulla competenza come declinata all'art. 18 del presente decreto. Il comma 2 afferma il principio dell'integrale risarcimento del danno, in conformità al diritto nazionale, includendovi il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi, con l'espressa esclusione di sopracompenzazioni.

L'articolo 2 dello schema di decreto legislativo ripropone le definizioni contenute nell'omologo articolo della direttiva. Molte definizioni riproducono fedelmente quelle contenute nella direttiva. Lo schema non contiene alcune definizioni, pure contenute nella direttiva, che corrispondono ad istituti e concetti giuridici chiaramente declinati nell'ordinamento italiano; così ad esempio quelle contenute nel paragrafo 1, numero 1), relativo alla violazione del diritto della concorrenza, al numero 4), relativo all'azione per il risarcimento del danno, al numero 5), relativo alla domanda di risarcimento del danno.

Si fa menzione, invece, delle seguenti definizioni, che hanno comportato più complessi profili di adeguamento.

Rilevante nell'economia del testo la definizione di "diritto della concorrenza", di cui alla lettera b) dell'articolo illustrato. Essa individua, con il richiamato sintagma, tutte le disposizioni la cui violazione legittima l'azione di risarcimento del danno da parte del soggetto danneggiato. Si tratta delle disposizioni di cui agli articoli 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, delle le disposizioni di cui agli articoli 2, 3 e 4 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 applicate sia autonomamente, sia nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003, nonché delle disposizioni di altro Stato membro che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea solo quando siano applicate nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003. Restano escluse, per espressa previsione della direttiva, riproposta nel testo per il caso riguardante ordinamenti di altri Stati membri, le disposizioni che impongono sanzioni penali a persone fisiche, salvo che tali sanzioni penali costituiscano gli strumenti tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese.

La disposizione definitiva in commento è resa anche in attuazione del principio di delega espresso dall'articolo 2, comma 1, lettera b), della legge n. 114/2015, che autorizza l'estensione dell'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.

Alle lettere d) ed e) sono definite “l’autorità garante della concorrenza”, definizione comprensiva della Commissione, ovvero dell’autorità garante della concorrenza e del mercato designata sulla base delle norme interne (articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287) o di un’autorità nazionale garante della concorrenza di altro Stato membro e l’“autorità nazionale garante della concorrenza”, rappresentata dall’autorità designata da altro Stato membro ai sensi dell’articolo 35 del regolamento (CE) n. 1/2003. La prima definizione è più estesa della seconda e ricomprende anche, assolvendo così alla sua funzione di semplificazione della redazione del testo, l’autorità separatamente definita come “autorità nazionale garante della concorrenza”, che, dal punto di vista dell’ordinamento interno, non può che essere l’autorità designata da altro Stato membro.

Sono state introdotte, adattandole all’ordinamento nazionale, le definizioni di “composizione consensuale delle controversie” (lettera s)) e di “accordo che compone la controversia”. Seguendo l’indicazione desumibile dalla direttiva per cui le procedure di composizione consensuale devono essere intese come comprensive di tutti i procedimenti (anche non aventi natura conciliativa) di composizione di una lite riguardante una richiesta di risarcimento danni da violazione del diritto della concorrenza, nella prima definizione sono ricompresi, appunto, tutti i procedimenti già tipizzati nell’ordinamento con i quali si perviene ad una siffatta composizione del conflitto. Si tratta dei procedimenti di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (mediazione), al capo II del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162 (negoziato assistita) e al titolo II-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (procedure ADR), nonché i procedimenti di arbitrato di cui al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile.

Correlata alla precedente è la definizione di “accordo che compone la controversia”, con cui si intende l’*accordo amichevole* di definizione della controversia raggiunto mediante il procedimento di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28; l’*accordo* raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita di cui al capo II del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162; l’*accordo amichevole* raggiunto mediante il procedimento di cui al titolo II-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206; la *determinazione contrattuale* con cui è definita la controversia nell’arbitrato irrituale di cui all’art. 808-ter del codice di procedura civile. In tale definizione non può essere ricompreso il *lodo*, con il quale si conclude l’arbitrato rituale (procedimento contenuto nella definizione di composizione consensuale delle controversie) per l’evidente incompatibilità lessicale del sintagma definitorio. Nel testo si fa dunque espressamente riferimento al lodo come modello definitorio dell’arbitrato rituale.

Quanto alle disposizioni del **Capo II**, relative alla esibizione delle prove, esse attengono sia alla divulgazione delle prove ordinata dal giudice nei confronti delle parti e dei terzi (articolo 5), sia all’accesso agli atti del fascicolo istruttorio dell’autorità garante (articolo 6). Tale disciplina è essenziale al fine di poter ottenere un’efficace tutela giurisdizionale dei soggetti che si ritengono danneggiati dalla violazione delle regole sulla concorrenza.

Il diritto alla prova viene dettagliato nei considerando 14 e 15 della direttiva, in cui si evidenzia la necessità di favorire l’accesso alla prova in favore di chi agisce per il risarcimento, in considerazione della posizione di asimmetria informativa che caratterizza la posizione degli attori, sicché è ritenuto opportuno garantire loro “il diritto di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti per la loro richiesta, senza che sia necessario, da parte loro, specificarne i singoli elementi”. D’altra parte, al fine di garantire il coordinamento del “*private enforcement*” con il “*public enforcement*”, si ritiene opportuno che la divulgazione delle prove non comprometta indebitamente l’efficace applicazione del diritto della concorrenza da parte di un’autorità garante della stessa (considerando 21).

L’articolo 3 dello schema attua l’articolo 5 della direttiva, in materia di divulgazione delle prove, con riferimento alla previsione per cui, su richiesta di parte, il giudice nazionale può ordinare la divulgazione di specifici elementi di prova o categorie di prova, che vengano ritenute rilevanti dal

giudice, sulla base di un criterio di proporzionalità che viene esplicitato nel considerando 16, in ragione del carattere di plausibilità delle allegazioni addotte dalla parte.

In attuazione di tale previsione, l'articolo 3 del testo disciplina l'ordine di esibizione delle prove richieste dalla parte istante nei confronti della controparte o di terzi, soggetti pubblici e privati, in coerenza con la disciplina prevista dagli artt. 210 - 213 c.p.c., con la quale si pone in rapporto di specialità.

Appare coerente con lo spirito della direttiva la rigorosa delimitazione dell'oggetto e dei limiti dell'ordine di esibizione, come risulta dai considerando 22 e 23. In particolare, viene sottolineata l'opportunità di "prestare una particolare attenzione per prevenire tentativi di acquisizione generalizzata di informazioni, ossia la ricerca in base a criteri non sufficientemente determinati eccessivamente ampi di informazioni, che probabilmente non rivestono interesse per le parti del procedimento". Tale cautela va in particolare osservata relativamente ai documenti contenuti nel fascicolo dell'autorità garante della concorrenza, la cui divulgazione rischia di avere un effetto negativo sulla cooperazione delle imprese con la medesima.

D'altra parte, come emerge dal considerando 14, nella direttiva si afferma la necessità di garantire in modo pieno il diritto di accesso alla prova da parte di chi agisce per il risarcimento del danno. Ciò in relazione al fatto che le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica e gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore.

In analogia con i requisiti dell'ordine di esibizione previsti dall'ordinamento interno e adeguati allo spirito della direttiva, è dunque previsto che la parte istante abbia l'onere di indicare i fatti e le prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o da un terzo, sufficienti a sostenere la fondatezza della domanda di risarcimento del danno o della difesa della parte convenuta e che il giudice individua specificamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta dell'ordine di esibizione. L'espressione 'categoria di prove', utilizzata dalla direttiva, rappresenta un *unicum* nella terminologia utilizzata dal diritto processuale civile interno. Tale espressione, la cui portata limitata dall'attributo 'rilevante', mira a contemperare l'interesse perseguito dal testo in esame a tutelare il diritto alla prova dell'attore, parte danneggiata dall'illecito anticoncorrenziale e che versa in una posizione di debolezza sul piano informativo rispetto alla controparte, con l'esigenza altrettanto avvertita di evitare un'incongrua utilizzazione esplorativa dello strumento dell'ordine di esibizione e di garantirne la proporzionalità, come definita dall'articolo 4 comma 3. Proprio la necessità di porre dei confini rigorosamente individuati a questa nuova categoria probatoria è a fondamento della definizione contenuta nel capoverso dell'articolo 3, in armonia con il considerando 16 della direttiva, a mente della quale la categoria di prove è individuata mediante riferimento a "caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi", come "la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto del contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione e che rientrano nella stessa categoria". In definitiva, la categoria rappresenta un'estensione adeguatamente circoscritta e rilevante, nonché in linea con il principio di proporzionalità, degli elementi di prova sussumibili nella stessa.

Il comma 3 dell'articolo illustrato fissa i criteri ai quali, in conformità alla direttiva, viene ancorato il giudizio di proporzionalità dell'ordine di esibizione alla decisione e in particolare: in quale misura la domanda di risarcimento o la difesa siano sostenute da fatti, sulla base della piattaforma probatoria già disponibile, della portata e dei costi dell'esibizione, in particolare per i terzi interessati, e la sussistenza di informazioni riservate, oggetto dell'ordine di esibizione. In altri termini, la divulgazione delle prove detenute dalla parte o dai terzi può essere ordinata dal giudice che svolge un controllo sulla proporzionalità della richiesta di esibizione in relazione alla decisione da assumere, facendo riferimento in particolare a specifici criteri di valutazione specificati nel medesimo comma 3. Resta

fermo, ovviamente, il principio generale in forza del quale il giudice ammette le sole prove di cui sia valutata la rilevanza e pertinenza rispetto al *thema decidendum* e al *thema probandum*, sicché la specificazione del requisito della “necessità” di tale prova deve ritenersi sovrabbondante e fuorviante per l’interprete.

Il comma 4 stabilisce le misure previste dall’ordinamento interno, attraverso cui il giudice può disporre specifiche misure di tutela della riservatezza delle informazioni, tra le quali è anche compresa la possibilità di imporre l’obbligo del segreto. Si definiscono come informazioni riservate i documenti che contengono informazioni di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti, o riguardanti soggetti terzi, nonché i segreti commerciali (analogamente a quanto disposto, nell’ordinamento interno, dall’articolo 13 d.P.R. n. 217/1998).

Il comma 5 disciplina le modalità procedurali attraverso le quali si esplica il rispetto del principio del contraddittorio. In particolare alla parte o al terzo nei cui confronti è rivolta la istanza di esibizione è garantito il diritto di essere sentito prima che il giudice provveda.

Il comma 6 prevede la riservatezza delle comunicazioni tra avvocati incaricati di assistere la parte e il cliente stesso. La disposizione recepisce il paragrafo 6 dell’art. 5 della direttiva che rinvia alla legislazione di ciascuno Stato membro. La natura meramente ricognitiva della norma rendeva, di fatto, non strettamente necessario il suo recepimento che, tuttavia, si è ritenuto ugualmente di attuare al fine di richiamare l’attenzione sulla vigenza (e rilevanza) della disciplina nazionale in materia.

L’articolo 4 dello schema di decreto legislativo regola l’esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un’autorità garante della concorrenza, prevedendo le modalità e i limiti dell’esibizione nel giudizio civile degli atti contenuti nel fascicolo della medesima autorità, in attuazione dell’articolo 7 della direttiva. Dalla disamina di tale disposizione, alla luce dei considerando 28, 29, 30, 31 e 32, si desume che tale disciplina mira al contemperamento tra la valorizzazione del *private enforcement*, in considerazione del fatto che il giudice può ordinare, nel processo promosso per il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza, l’esibizione delle prove nella disponibilità dell’autorità garante, anche quando il procedimento sanzionatorio sia pendente, e la rilevante esigenza di tutelare l’efficacia del *public enforcement*, sicché l’uso delle prove ottenute mediante l’accesso al fascicolo dell’autorità garante della concorrenza non deve pregiudicare indebitamente l’efficace applicazione del diritto alla concorrenza da parte della medesima autorità.

Da un lato, dunque, è garantito il diritto di chiunque, persona fisica o giuridica, e dei loro successori, agisca per il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, di ottenere e utilizzare elementi probatori mediante l’accesso al fascicolo dell’autorità garante; dall’altro, l’interesse pubblicistico all’efficace applicazione del diritto della concorrenza viene garantito attraverso l’imposizione di limiti graduati all’esercizio di tale diritto d’accesso. In particolare, il comma 1 dell’articolo 4 stabilisce il principio per cui il giudice ordina l’esibizione di prove contenute nel fascicolo di un’autorità garante della concorrenza quando né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di fornire tale prova (principio di sussidiarietà del mezzo di prova).

Inoltre, la valutazione di proporzionalità, nel caso di accesso al fascicolo dell’autorità garante, è previsto che debba essere ancora più rigorosa che nel caso disciplinato dall’articolo 3, contemperando tuttavia tale rigore con il rispetto del principio di efficacia di cui al considerando 11 della direttiva, ovvero garantendo che l’esercizio del diritto al risarcimento non sia reso eccessivamente difficile o praticamente impossibile. I criteri cui va ancorata tale valutazione di proporzionalità sono rigorosamente enunciati nel comma 3, nei seguenti termini: a) la necessità che la richiesta sia formulata in modo specifico quanto alla natura, all’oggetto o al contenuto dei documenti presentati a un’autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale autorità; b) la sussistenza del nesso di derivazione della domanda risarcitoria per cui viene formulata la richiesta di esibizione dalla violazione del diritto alla concorrenza; c) la necessità di salvaguardia dell’efficace applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza in relazione a quanto previsto dalle disposizioni di cui ai

commi 1 e 4 relative alle tipologie probatorie, o nel caso di richiesta di un'autorità garante della concorrenza ai sensi del comma 7, qualora essa intenda fornire all'autorità giudiziaria il proprio parere sulla richiesta di esibizione.

Dalla formulazione, in particolare, dei commi 4, 5 e 6 dell'articolo 4, risultano le seguenti tipologie di prove, rispetto alle quali opera una valutazione differenziata del principio di proporzionalità e del giudizio di ammissibilità: 1) la cosiddetta '*black list*' di cui al comma 5, costituita dalle prove che non possono mai essere esibite nel giudizio civile, e cioè le prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione, ove specificamente disciplinate (l'inciso vale a ricordare che le transazioni cui si riferisce la disposizione - in questo caso, come in altri nel testo - sono, quanto meno allo stato, quelle dell'autorità garante di altro Stato membro posto che la normativa antitrust attualmente vigente nel nostro Paese non le disciplina); 2) la cosiddetta '*grey list*' di cui al comma 4, costituita dalle prove che possono essere esibite solo dopo la definizione del procedimento davanti all'autorità, e che comprende le informazioni rese da persone fisiche o giuridiche nell'ambito di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza, le informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento, nonché le proposte di transazione, ove specificamente disciplinate, che sono state revocate; 3) la residuale '*white list*' di cui al comma 6, la cui esibizione può essere ordinata dal giudice anche prima della conclusione del procedimento davanti all'autorità garante.

Quanto, in particolare, alla '*black list*', la *ratio* perseguita è quella di salvaguardare l'efficacia dei programmi di clemenza come strumento privilegiato per la lotta ai cartelli segreti, che rappresentano una delle fattispecie maggiormente pregiudizievoli per il corretto funzionamento del mercato, e per le quali è più difficoltoso l'onere probatorio a carico del danneggiato. Comunque, la inaccessibilità della '*black list*' nel '*private enforcement*' è temperata dalla previsione contenuta nel comma 5, per cui, in ogni caso, l'attore può proporre istanza motivata perché il giudice, che può chiedere assistenza solo all'autorità garante della concorrenza, acceda alle prove di cui al periodo precedente al solo scopo di garantire che il loro contenuto corrisponda alle definizioni di programma di clemenza e proposta di transazione.

Al fine di compiere tale accertamento, è prevista l'eventuale apertura di un sub procedimento in cui gli autori dei documenti interessati possono chiedere al giudice di essere sentiti, mentre in nessun caso il giudice consente alle altre parti o a terzi l'accesso a tali prove. Quando, all'esito di tale accertamento, il giudice conclude che il contenuto delle prove non corrisponde alle suddette definizioni, ne ordina l'esibizione secondo le disposizioni di cui ai commi 4 e 6.

Il comma 7, in coerenza con quanto già previsto dall'articolo 15, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1/2003, prevede la facoltà della autorità garante di fornire il proprio parere sulla proporzionalità delle richieste di esibizione di atti nella sua disponibilità.

Al fine di consentire all'autorità garante della concorrenza di esercitare la facoltà di cui al periodo precedente, il giudice informa la medesima autorità delle richieste di esibizione, disponendo la trasmissione degli atti che ritiene a tal fine rilevanti. Le osservazioni dell'autorità sono inserite nel fascicolo d'ufficio a norma dell'articolo 96 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile. Ciò garantisce che siano conoscibili dalle parti e possano formare oggetto del contraddittorio.

Nell'ipotesi di documenti che rientrano nella '*grey list*' (comma 4), viene introdotta un'ipotesi di sospensione facoltativa del processo, prevedendo che quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un procedimento davanti a un'autorità garante della concorrenza, il giudice possa sospendere il giudizio fino alla chiusura del predetto procedimento con una decisione dell'autorità o in altro modo, quando risulti necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza. Tale causa di sospensione, pur non essendo espressamente prevista dalla direttiva ne coglie lo spirito e la finalità di conciliare il '*private enforcement*' con il '*public enforcement*'.

Infine, la disposizione di chiusura contenuta al comma 9, prevede che sono fatte salve le norme e prassi previste dal diritto dell'Unione o le specifiche disposizioni nazionali sulla protezione dei



documenti interni delle autorità garanti della concorrenza e della corrispondenza tra tali autorità. Conseguentemente, lo schema di decreto, in attuazione della direttiva, prevede un livello minimo di tutela suscettibile di essere ulteriormente incrementato dal diritto dell'Unione europea e degli ordinamenti interni degli Stati membri.

L'articolo 5 dello schema di decreto disciplina i limiti nell'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, prevedendo al comma 1, con riferimento alla '*grey*' e alla '*black list*', che tali prove sono ammesse nei soli limiti previsti dal comma 4 del precedente articolo, e al comma 2 che, con riferimento alle prove della '*white list*', ottenute dalle parti solo mediante l'accesso al fascicolo, che esse possano essere utilizzate nell'azione per il risarcimento del danno solo dalla parte che le ha ottenute o dal suo successore nel diritto. La ratio di questa disposizione è conforme al considerando 32, che esprime la finalità di evitare che l'accesso al fascicolo di un'autorità garante limiti eccessivamente l'efficace applicazione del diritto della concorrenza da parte della stessa, sicché l'uso delle prove ottenute solo mediante l'accesso a detto fascicolo è soggetto agli stessi limiti oggettivi e soggettivi, cui è subordinato tale diritto.

Inoltre, l'inserimento dell'avverbio "comunque" in relazione alle modalità di ottenimento delle prove di cui alle citate categorie, vuole fugare ogni eventuale dubbio sulla circostanza che, ai fini del loro ingresso nel giudizio, i documenti devono seguire il regime della categoria nella quale rientrano. In altri termini, se un documento fa parte della così detta *black list*, non potrà mai, in nessun caso, essere prodotto in giudizio.

Quanto, invece, alla previsione che le prove di cui alla *white list* possano essere utilizzate nell'azione per il risarcimento del danno solo dalla parte che le ha ottenute o dal suo successore nel diritto, la disposizione mira ad evitare l'utilizzo di tali prove da parte di soggetti estranei alle parti in causa (e, quindi evitare un'attività di reperimento delle stesse).

L'articolo 6 dello schema di decreto, nel recepire l'articolo 8 della direttiva, delinea un sistema di sanzioni previsto per rafforzare l'applicazione degli strumenti processuali offerti al danneggiato in tema di esibizione delle prove. In particolare la direttiva prevede che le parti ed i terzi siano assoggettati a sanzioni nei seguenti casi: a) mancato rispetto o rifiuto di rispettare l'ordine di esibizione del giudice; b) distruzione di prove rilevanti; c) mancato rispetto o rifiuto di rispettare gli obblighi imposti dall'ordine del giudice a tutela di informazioni riservate; d) violazione dei limiti all'uso delle prove come previsti.

La direttiva prevede inoltre, per quanto riguarda il comportamento delle parti nel processo, la possibilità di trarre conclusioni negative, come presumere che la questione sia stata provata o respingere in tutto o in parte domande e eccezioni, nonché la possibilità di ordinare il pagamento delle spese di lite.

I commi da 1 a 4 dell'articolo 6 dello schema di decreto legislativo prevedono l'irrogazione di sanzioni amministrative (nei limiti previsti dalla legge di delegazione europea e dall'articolo 32 della legge n. 234 del 2012) nei confronti della parte o del terzo: - che rifiutano, senza giustificato motivo, di rispettare l'ordine di esibizione del giudice o che non adempiono allo stesso ordine; - che, salvo che il fatto costituisca reato, distruggono prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento; - che non rispettano o rifiutano di rispettare gli obblighi imposti dall'ordine del giudice a tutela di informazioni riservate a norma dell'articolo 3, comma 5; - che utilizzano le prove in violazione dei limiti di cui all'articolo 5. Le sanzioni previste (da un minimo di euro 15.000 ad un massimo di euro 150.000 in tutte le fattispecie) sono devolute in favore della Cassa delle ammende.

Al comma 5 della disposizione illustrata è stabilita, oltre alla sanzioni amministrativa, una ulteriore conseguenza processuale per la parte che rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del giudice reso a norma dell'articolo 3 o non adempie allo stesso, o ancora distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento. Si prevede in particolare che il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce.

Sempre in aggiunta alle sanzioni amministrative previste al comma 4, per il caso di utilizzo di prove in violazione dei limiti previsti dall'articolo 5, è data la possibilità al giudice di respingere in tutto o in parte le eccezioni alle quali le prove si riferiscono (comma 6).

Le disposizioni contenute nel **Capo III** dello schema di decreto disciplinano l'effetto delle decisioni dell'autorità, i termini di prescrizione delle azioni e i principi della responsabilità in solido. L'articolo 7, in materia di effetto delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e del giudice del ricorso, dà attuazione all'articolo 9 della direttiva, che è considerata una delle norme cardine del medesimo impianto. Si stabilisce il principio per cui, in presenza di una decisione definitiva dell'autorità garante della concorrenza o del giudice del ricorso, con la quale venga constatata una violazione del diritto della concorrenza, detta violazione debba ritenersi definitivamente accertata ai fini dell'azione di risarcimento del danno proposta dinanzi ai giudici nazionali ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza.

La *ratio* di tale disposizione è esplicitata nel considerando 34 della direttiva, che la pone in relazione all'esigenza di assicurare l'efficacia e la coerenza dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE da parte della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza. Come viene precisato nel considerando 34, una violazione deve ritenersi definitivamente accertata, dall'autorità o dal giudice del ricorso, con riferimento, esclusivamente, alla natura della violazione e alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, con esclusione dunque dei profili attinenti al nesso di causalità, alla sussistenza e al *quantum* del danno.

La regola che si intende introdurre assume particolare importanza per le azioni "di séguito" (*follow on*), che, essendo precedute da un provvedimento dell'autorità garante che ha accertato l'infrazione e sanzionato il responsabile, consentono al danneggiato di avvalersi dell'accertamento raggiunto in sede amministrativa per dimostrare l'esistenza di una condotta illecita.

L'articolo 7, comma 1, dello schema di decreto legislativo, in attuazione dell'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva, stabilisce che "Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una decisione non impugnabile di quest'ultimo. Quanto previsto al periodo precedente riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno".

La riportata trasposizione implica in concreto che, nelle azioni per il risarcimento del danno, l'autore della violazione, che ha partecipato o poteva partecipare al procedimento davanti all'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui alla legge n. 287 del 1990, non può dare prova contraria della natura, o del tipo, della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ove tali elementi risultino accertati da una decisione definitiva della predetta autorità garante della concorrenza e del mercato o, in caso di impugnazione, del giudice del ricorso. Viene esplicitato, nella medesima disposizione, che quanto previsto non riguarda gli ulteriori elementi dell'illecito, e in particolare il nesso di causalità e l'esistenza del danno, nonché la sua quantificazione.

L'effetto dell'accertamento contenuto nel provvedimento dell'autorità nei confronti dell'autore della violazione, che può intendersi in termini di limitazione delle sue facoltà probatorie nel giudizio di risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza, appare, come formulato nel testo di illustrato, compatibile con i principi costituzionali in materia di diritto di difesa, poiché la *sostanziale* limitazione dei poteri processuali della parte convenuta, che non può dare prova contraria dell'avvenuta violazione che sia accertata in via definitiva, va coordinata con la garanzia giurisdizionale accordata all'autore della violazione nei confronti dei provvedimenti sanzionatori dell'autorità, che possono essere impugnati davanti al giudice amministrativo, chiamato, a sua volta, ad esercitare un adeguato controllo giurisdizionale.

Nel quadro della normativa dell'Unione europea, lo schema di decreto legislativo introduce una disciplina che si affianca a quella che già prevede il divieto per il giudice nazionale di emettere decisioni in contrasto con quelle della Commissione, oltre alla possibilità di sospensione del giudizio civile (articolo 16 del regolamento CE n. 1/2003).

Al fine di poter valutare la compatibilità dell'articolo 7, comma 1, dello schema di decreto legislativo anche con il contesto normativo nazionale, occorre chiarire che, alla luce di una interpretazione conforme all'articolo 101, secondo comma, della Costituzione, dal medesimo disposto non si può desumere che il giudice del risarcimento sia in ogni caso soggetto alla decisione dell'AGCM divenuta definitiva a séguito della scadenza del termine per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo, anche qualora (sebbene si tratti di ipotesi residuale se non eccezionale) lo stesso ritenga irrimediabilmente viziato il provvedimento dell'autorità, ferma restando, in ogni caso, l'incontestabilità del provvedimento dell'AGCM da parte dell'autore della violazione che, pur potendo impugnare il provvedimento davanti al giudice amministrativo, non lo abbia fatto.

In altri termini, il principio di soggezione del giudice (solo) alla legge non ammette che il giudice civile davanti al quale viene proposta un'azione di responsabilità, sulla base della constatazione della violazione delle regole di concorrenza contenuta in una decisione dell'autorità garante semplicemente inoppugnabile, sia ad essa, comunque, vincolato, anche di fronte ad una evidente illegittimità.

Né tale conseguenza appare univocamente imposta dall'articolo 9 della direttiva, interpretato in riferimento al risultato perseguito di promozione del *private enforcement* e in modo conforme all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il diritto dell'individuo ad un giudice indipendente.

L'articolo 7, comma 2, dello schema di decreto illustrato dà attuazione alla scelta compiuta dalla direttiva nel senso di attribuire alla decisione definitiva di una autorità nazionale garante della concorrenza (di altro Stato membro) un valore di prova ("*prima facie*") attenuato rispetto alla previsione del comma precedente. È stabilito che la decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza (come definita dall'articolo 2, comma 1, lettera d), del testo), o il competente giudice del ricorso **di altro Stato membro**, accerta una violazione del diritto della concorrenza "costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove". La *ratio* di tale previsione viene esplicitata nel considerando 35 della direttiva, secondo cui, qualora la decisione sulla violazione sia stata emessa in via definitiva dall'autorità di altro Stato membro, essa costituisce una mera prova *prima facie*, valutabile insieme agli altri elementi di prova presentati dalle parti, della sussistenza di una violazione del diritto della concorrenza.

Il comma 3 esplicita un principio immanente nell'ordinamento comunitario, a mente del quale le decisioni adottate dalle autorità ai sensi dell'articolo in esame, lasciano impregiudicati i diritti e gli obblighi dei giudici nazionali ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

L'articolo 8 recepisce l'articolo 10 della direttiva sui termini di prescrizione.

Nel comma 1 si stabilisce che il diritto al risarcimento del danno patito per violazione del diritto della concorrenza si prescrive in cinque anni e il termine non inizia a decorrere prima che la violazione sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza, o si possa ragionevolmente ritenere che sia a conoscenza degli elementi (tutti) indicati alle lettere a), b), e c).

Per quanto riguarda il termine di cinque anni, versandosi in materia di responsabilità extracontrattuale, non è, in realtà, strettamente necessario rideterminarlo espressamente, ma si è ritenuto comunque opportuno ribadirlo in coerenza con la direttiva che lo fissa in "almeno cinque anni".

Quanto, invece, al decorso di tale termine, la puntualizzazione che il predetto non decorre se non dopo la cessazione della violazione recepisce la specifica indicazione sul punto della direttiva che

mira, in questo modo, ad agevolare il danneggiato nel caso dei così detti danni lungolatenti, nell'ottica - che è costante nella direttiva - di superare quanto più possibile la posizione di svantaggio in cui (solitamente) si trova il danneggiato. Per la medesima ragione, la disposizione prevede che il termine non decorra se non quando il danneggiato sia a conoscenza - o possa ragionevolmente presumersi che lo sia - di tutti gli elementi indicati.

Il comma 2 dell'articolo in esame prevede che la prescrizione sia sospesa nel caso in cui l'autorità garante della concorrenza avvii un'indagine o un'istruttoria in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l'azione di cui al primo comma, sospensione che si protrae per un anno dal momento in cui la decisione relativa alla violazione del diritto della concorrenza è divenuta definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo.

Si richiama l'attenzione sulla circostanza che la traduzione in italiano della direttiva pare contenere, sul punto, un rilevante errore. Al paragrafo 4 dell'articolo 10, infatti, si legge "la sospensione non può protrarsi oltre un anno...", sicché il termine di un anno sembrerebbe essere quello massimo, con la conseguenza che, in sede di recepimento, potrebbe essere indicato anche un termine più breve. Viceversa, nel testo in inglese si legge "*The suspension shall end at the earliest one year after...*", che ha il ben diverso significato di indicare in un anno il termine minimo del protrarsi della sospensione e come tale, infatti, è stato correttamente tradotto anche in altre versioni linguistiche quali lo spagnolo e il francese.

Il testo adottato, pertanto, è coerente alla direttiva e, comunque, il termine di un anno deve ritenersi congruo.

L'articolo 9 recepisce l'articolo 11 che disciplina la responsabilità in solido.

La disposizione dà per acquisito (e quindi non ripropone) quanto previsto dal paragrafo 1 della direttiva posto che questo si limita a riprodurre un principio ed una disciplina già vigenti nel nostro ordinamento: tutte le imprese che hanno contribuito a cagionare un danno sono tenute in solido a risarcire il danneggiato del danno cagionato dalla violazione del diritto della concorrenza e, secondo i principi della solidarietà, il danneggiato può rivolgersi a ciascuno degli autori per ottenere l'intero e, a sua volta, ciascuno degli autori è tenuto a risarcire l'intero danno all'istante. Passa subito, pertanto, a declinare le deroghe che la direttiva introduce al principio della solidarietà così come disciplinato dal nostro ordinamento.

Riaffermato il principio - che si conferma come uno dei principi cardine sui quali si fonda la direttiva - secondo il quale deve essere comunque assicurato al danneggiato l'integrale risarcimento del danno patito, l'articolo 9 introduce due deroghe al principio della piena responsabilità solidale dei coautori della violazione (affermato dall'articolo 2055, primo comma, del codice civile): la prima riguarda le PMI (piccole e medie imprese); la seconda, il beneficiario di una immunità ottenuta nell'ambito di un programma di clemenza.

Il comma 1, quindi, stabilisce, per quanto riguarda le PMI (per la cui definizione la norma recepisce quanto la direttiva stessa precisa rinviando ad una specifica raccomandazione), che l'obbligo del risarcimento è limitato al solo danno patito dai suoi acquirenti diretti ed indiretti (con la esclusione, quindi, del danno subito da ogni altro danneggiato) se la PMI autrice del danno possiede (cumulativamente) i requisiti indicati (mutuati dal paragrafo secondo, lettere "a" e "b", della direttiva): quando la sua quota nel mercato rilevante è rimasta inferiore al cinque per cento per il tempo in cui si è protratta la violazione del diritto della concorrenza e quando l'applicazione delle ordinarie regole in materia di responsabilità solidale determinerebbe un pregiudizio irreparabile per la sua solidità economica e la totale perdita del suo valore. Presupposti di cui non può nascondersi la difficoltà interpretativa e applicativa ma che si è scelto di trasporre senza diverse specificazioni al fine di lasciare inalterata quella duttilità che è loro insita e che è chiaramente finalizzata ad una applicazione della norma in un'ottica che si avvicina all' "equity" del diritto anglosassone.

Il medesimo comma introduce, quindi, nei confronti dei soggetti danneggiati diversi da quelli sopra indicati, una responsabilità solidale di natura residuale, limitata, cioè, al caso in cui i predetti danneggiati non siano riusciti ad ottenere il risarcimento integrale del danno patito dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza: disposizione con la quale si vuole riaffermare il principio per cui al danneggiato deve essere sempre e comunque garantito il “pieno” risarcimento del danno.

Con il comma 2 si riafferma, invece, il principio della solidarietà anche in capo alla PMI nel caso in cui la predetta abbia adottato una condotta (che la norma descrive) tale da renderla non più meritevole del *favor* che il legislatore le aveva accordato.

Quanto al beneficiario di un programma di clemenza (comma 3), in deroga al principio della solidarietà - ma fermo restando il diritto del danneggiato ad ottenere il pieno risarcimento danno patito - è previsto che il predetto risponda solo nei confronti dei suoi acquirenti o fornitori diretti o indiretti e solo quando questi non possono ottenere il risarcimento integrale dagli altri autori della violazione.

In altri termini (in applicazione del principio di sussidiarietà) il diritto del danneggiato di agire nei confronti del beneficiario dell’immunità sorge solo quando il predetto non può ottenere il pieno risarcimento dagli altri autori coinvolti nella stessa violazione e, ovviamente, nei limiti in cui l’integrale risarcimento non è stato ottenuto: ciò che presuppone che il danneggiato abbia chiesto il risarcimento a costoro e non lo abbia ottenuto, o lo abbia ottenuto in parte.

La norma volutamente non declina le modalità dalle quali deve emergere tale infruttuosa richiesta: la previsione, ad esempio, dell’esercizio della azione risarcitoria seguita dalla infruttuosa fase esecutiva avrebbe obbligato il danneggiato ad agire giudizialmente anche nei confronti di soggetti con patrimonio palesemente incapiente, con grave ed inutile perdita di tempo. Sarà, pertanto, onere del danneggiato che agisce nei confronti del beneficiario allegare la fondatezza del suo diritto e sarà quindi il beneficiario dell’immunità, se del caso, ad opporre in via di eccezione la sua carenza di legittimazione passiva.

Il meccanismo previsto dalla norma si riflette sul termine di prescrizione (comma 4) che decorre dal momento in cui il danneggiato ha diritto di agire nei confronti del beneficiario dell’immunità e cioè dal momento in cui non può più agire nei confronti degli altri autori della violazione. (Rimane così scongiurato il pericolo - di cui si fa carico la direttiva al paragrafo 2 ,comma 2 -, che la necessità di agire preliminarmente nei confronti degli autori della violazione che non siano beneficiari di un programma di clemenza impedisca, in concreto, al danneggiato, di agire poi nei confronti del beneficiario del programma di clemenza per decorso del termine di prescrizione) .

Al beneficiario dell’immunità è riconosciuta una posizione di favore anche nell’ambito dell’azione di regresso. Il comma 5 dell’articolo illustrato recepisce i paragrafi 5 e 6 dell’articolo 11 della direttiva in ordine alla misura del contributo cui sia chiamato il beneficiario dell’immunità in sede di regresso. Viene introdotta la regola per cui l’azione di regresso contro il beneficiario dell’immunità incontra il limite quantitativo della misura del danno che lo stesso beneficiario ha causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti. Viene quindi richiamata, come norma di chiusura, l’articolo 2055, secondo comma, del codice civile, che in via generale limita il regresso alla misura della responsabilità di ciascun autore della violazione (la c.d. *responsabilità relativa*, nel linguaggio della direttiva). Tale disposizione è chiamata ad operare nell’ipotesi prevista dal paragrafo 6 dell’articolo 11 della direttiva nel caso in cui la violazione del diritto della concorrenza ha causato un danno a soggetti diversi dagli acquirenti o fornitori diretti o indiretti.

Il **Capo IV** raggruppa quattro articoli - dal 10 al 13 - (che recepiscono i corrispondenti articoli da 12 a 16 del capo IV della direttiva) con i quali si disciplina il così detto “passing on” e le azioni promosse dagli acquirenti indiretti.

La direttiva oggetto di recepimento con il decreto in esame affronta il tema del nesso di causalità (cruciale in materia di risarcimento del danno) con riferimento a due specifici profili: il primo - di cui si occupano, appunto, le disposizioni in commento - riguarda i casi in cui l'illecito anticoncorrenziale si colloca ad un certo livello di una catena produttiva o distributiva determinando un aumento di prezzo a danno dell'anello immediatamente inferiore della catena; affronta, cioè, il tema della traslazione del prezzo o, come si suole altresì definire, del *passing on*. Il secondo, del quale si occupa il Capo che segue, riguarda la quantificazione del danno.

Il "*passing on*" è un fenomeno di tipo economico in forza del quale ciò che avviene in un determinato stadio della catena del valore tende a ripercuotersi sul livello successivo: anche gli effetti dannosi, le illecite distorsioni della concorrenza, quindi e, dunque, i sovrapprezzi, le minori produzioni e così via, transitano lungo la catena del mercato dall'alto verso il basso.

Di fronte alle diverse soluzioni normative con le quali il fenomeno può essere affrontato, il legislatore europeo opera una scelta molto precisa .

Innanzitutto ammette il convenuto a provare che il sovrapprezzo è stato trasferito in tutto o in parte con la conseguenza, quindi, che l'attore non può più essere considerato "danneggiato" o non lo è nella misura in cui lo sarebbe stato se non avesse effettuato il trasferimento. Si tratta di scelta normativa di significativo rilievo: l'impresa convenuta, infatti, può contrastare l'azione dell'attore ogniqualvolta questo abbia traslato il danno antitrust ai propri clienti e se riesce a provare che l'attore ha effettivamente trasferito l'intero danno al livello sottostante, l'attore perde la legittimazione attiva; ove, invece, riesca a dimostrare che il danno è stato trasferito in parte, la *passing on defence* consentirà al convenuto di ridurre l'entità del danno risarcibile.

Solo per completezza, si osserva che il panorama europeo, peraltro non ricco di precedenti, presenta sul punto soluzioni diverse, mentre il sistema federale statunitense esclude che il convenuto possa difendersi invocando la circostanza che il danneggiato sia riuscito a trasferire il sovrapprezzo a valle.

In secondo luogo la direttiva consente all'acquirente indiretto di agire per il risarcimento del danno contro il responsabile della violazione collocato all'origine della catena, e ciò in omaggio al principio per cui ogni attore del mercato danneggiato dalla condotta anticoncorrenziale ha diritto ad essere risarcito. Si riconosce, pertanto, la legittimazione ad agire nei confronti dell'autore che si colloca all'origine dell'aumento del prezzo non solo in capo a colui che ha direttamente acquistato dall'autore originario della violazione, ma anche a chi ha acquistato da un soggetto che si colloca ad un altro livello della catena.

Premesso il principio generale per cui chi agisce per ottenere il risarcimento del danno deve provare di aver subito il danno per il cui risarcimento agisce, acquirente diretto e indiretto non sono poi posti sul medesimo piano sotto il profilo dell'assolvimento dell'onere probatorio quando il danno è costituito dal sovrapprezzo. Il legislatore europeo, infatti, consapevole della difficoltà che l'acquirente indiretto ragionevolmente incontra nell'adempimento dell'onere probatorio di cui si tratta, lo assiste con una presunzione, ancorché *iuris tantum*.

In sintesi: se il trasferimento del prezzo è introdotto dal convenuto in funzione difensiva, l'onere di provare la traslazione incombe sul convenuto/danneggiante che è, quindi, tenuto a dimostrare che l'attore ha scaricato a valle tutto o parte del sovrapprezzo. Se, invece, è l'acquirente indiretto a dolersi di aver sopportato il sovrapprezzo, il trasferimento del sovrapprezzo è presunto (se l'attore realizza le tre condizioni indicate dalla norma) ma il convenuto può dimostrare che, invece, il trasferimento non si è realizzato.

Si osserva che il meccanismo probatorio introdotto dal legislatore europeo è finalizzato ad evitare che si possa giungere ad esonerare l'autore della violazione da ogni responsabilità.

Recependo i principi sinteticamente ricordati, l'articolo 10 del decreto (che recepisce l'articolo 12 della direttiva) introduce, al comma 1, l'ampliamento dei soggetti in capo ai quali sussiste la legittimazione attiva di cui si è appena detto: il risarcimento del danno di cui si tratta può essere

chiesto dagli acquirenti diretti e da quelli indiretti dell'autore della violazione. Preme precisare che deve ormai ritenersi pacifica la legittimazione attiva anche del mero consumatore: dato non così scontato se si considera che per il nostro ordinamento si tratta di una "conquista" relativamente recente essendo stata riconosciuta, sulla base dell'articolo 33, comma 2, delle legge 287/1990, solo nel 2005 (Cass. SU 2207/2005). Prima dell'intervento della Suprema Corte vigeva, infatti, un orientamento estremamente restrittivo che individuava nell'imprenditore commerciale il solo destinatario delle norme di cui agli articoli 101 e 102 TFUE. A partire dal 2007, comunque, la Suprema Corte ha costantemente riconosciuto la legittimazione attiva di ogni soggetto del mercato leso da una condotta anti-concorrenziale a proporre una azione giudiziale antitrust indipendentemente dalla sua posizione lungo la catena del valore, purché il danno lamentato sia eziologicamente collegato all'illecito *antitrust*.

Il secondo comma fissa un tetto all'ammontare del risarcimento del danno cagionato dall'autore del sovrapprezzo, stabilendo che il risarcimento del danno emergente cagionato dall'autore della violazione ad un dato livello della catena di approvvigionamento non deve superare il danno da sovrapprezzo subito a tale livello. Tale limite riguarda, come si è detto, il così detto danno emergente, mentre resta fermo il diritto del danneggiato di chiedere il risarcimento integrale del lucro cessante conseguente al trasferimento integrale o parziale del sovrapprezzo. A causa dell'aumento del prezzo, ad esempio, il danneggiato può avere perso una fetta di mercato.

Il comma 3 assicura che le medesime disposizioni si applicano anche quando la violazione riguarda una fornitura all'autore della violazione. La violazione, infatti, potrebbe anche riguardare le forniture all'autore della violazione (ad esempio nel caso di cartello tra acquirenti): in questi casi il danno emergente deriva da un prezzo inferiore pagato dagli autori della violazione ai loro fornitori.

Non si è, invece, ritenuto necessario introdurre ulteriori disposizioni che consentano al giudice di stimare la parte di sovrapprezzo oggetto del trasferimento dovendosi ritenere adeguati gli strumenti processuali già previsti.

L'articolo 11 (che recepisce l'articolo 13 della direttiva) cristallizza il principio, già affermato nella giurisprudenza della Corte di giustizia, della *passing on defence*, sopra illustrato (l'ammissibilità della *passing on defence* è affrontato, sia pure implicitamente, dalla Corte di giustizia nella sentenza *Courage v. Crehan* del 20 settembre 2001 causa C-453/99; successivamente la Corte è tornata sulla necessità di favorire ed incentivare il *private enforcement* nella pronuncia pregiudiziale *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni* del 13 giugno 2006 cause riunite C-295/04 e C-298/04. In Italia la questione è stata oggetto di specifica analisi, per la prima volta, dalla Corte d'Appello di Torino nella sentenza 6 luglio 2000 *Indaba Incentiva Company s.r.l. v. Juventus F.C. s.p.a.*)

Il convenuto in una azione di risarcimento del danno per violazione del diritto della concorrenza può difendersi eccependo che l'attore (cioè il danneggiato) ha trasferito a valle in tutto o in parte il sovrapprezzo derivante dalla violazione del diritto della concorrenza e, quindi, non ha, di fatto, subito alcun danno o lo ha subito in misura ridotta rispetto a quanto lamentato. Di ciò il convenuto deve dare prova e, a tal fine, può chiedere anche l'esibizione di prove all'attore o a terzi: gli è pertanto consentito di utilizzare anche prove diverse da quelle già in suo possesso.

È appena il caso di ricordare che, pacificamente, la norma si colloca nel contesto di una azione risarcitoria promossa dal danneggiato acquirente diretto.

L'articolo 12 (che recepisce l'articolo 14 della direttiva), viceversa, regola l'ipotesi in cui l'attore è l'acquirente indiretto.

Come già sopra ricordato, nella azione per risarcimento del danno per trasferimento in tutto o in parte del sovrapprezzo, ferma l'applicazione dei principi generali in materia di ripartizione dell'onere probatorio - e la possibilità per l'attore di chiedere, al fine di dare prova del trasferimento del sovrapprezzo, anche l'esibizione di prove all'attore o a terzi - (comma 1), se l'azione è promossa da un acquirente indiretto il trasferimento è presunto a condizione che l'attore abbia provato: che il

convenuto (autore che si colloca all'origine della violazione) ha commesso una violazione del diritto della concorrenza; che questa violazione ha determinato un sovrapprezzo; che l'attore/acquirente indiretto ha acquistato il bene o il servizio oggetto della violazione o beni o servizi che derivano dai predetti o li incorporano.

Le norma in esame si caratterizza per la sua rilevanza specifica sotto il profilo della realizzazione della *ratio* del presente decreto che, recependo la volontà del legislatore europeo, vuole creare un apparato normativo capace di rendere effettivo l'esercizio del diritto al risarcimento del danno per violazione del diritto della concorrenza. (È appena il caso di ricordare che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, del TUE e l'articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sanciscono "il diritto di ad una tutela giurisdizionale effettiva" che si realizza attraverso la predisposizione " di mezzi di ricorso procedurali efficaci").

Nel caso di specie, come si desume dal Considerando 41 della direttiva, quella di trasferire a valle della catena di approvvigionamento gli aumenti dei prezzi conseguenti alla violazione del diritto alla concorrenza, può essere una prassi commerciale a fronte della quale per l'acquirente che non abbia acquistato direttamente dall'autore della violazione può essere molto difficile dimostrare che vi è stato il trasferimento del sovrapprezzo. L'introduzione di una presunzione che consenta di dare per provato il trasferimento viene quindi in soccorso dell'acquirente indiretto, colmando quella difficoltà di assolvimento dell'onere probatorio senza il quale l'attore non potrebbe ottenere il risarcimento del danno patito.

Peraltro, trattandosi di presunzione relativa, il convenuto è ammesso alla prova contraria: può, cioè, provare che il sovrapprezzo non è stato trasferito in tutto o in parte.

L'articolo 13 (che recepisce l'articolo 15 della direttiva) risponde all'esigenza di evitare le conseguenze che potrebbero aversi nel caso in cui il convenuto coinvolto da più azioni intentate a diversi livelli della catena di approvvigionamento, in un caso non riuscisse a dimostrare la traslazione, mentre in un altro non riuscisse a dimostrare il *passing on*. La ratio della disposizione, pertanto, è proprio quella di evitare (così come si raccomanda la direttiva) che dal meccanismo probatorio introdotto dagli articoli 11 e 12 possano derivare in concreto una pluralità di accertamenti di responsabilità in capo al medesimo autore della violazione, o l'accertamento di assenza di responsabilità in capo al predetto.

Al tal fine, la norma prevede che il giudice, nel valutare se è stato assolto l'onere della prova sopra ricordato, debba tenere conto della coesistenza di più azioni riguardanti la medesima violazione instaurate da attori che si trovano a livelli differenti del mercato o delle decisioni che sono scaturite dai relativi giudizi, ferma restando, ove ne sussistano i presupposti, l'applicazione delle disposizioni che regolano la litispendenza e la connessione. Sempre ai fini indicati, il giudice è tenuto a considerare anche le "informazioni di dominio pubblico risultanti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza riguardanti il caso specifico" (in concreto, le decisioni dell'autorità garante).

Quanto, in particolare, alla connessione, si richiama l'attenzione all'esplicito riferimento all'articolo 30 del regolamento (UE) 1215/2012 che, al paragrafo 3, declina una definizione di "cause connesse" molto più ampia di quella che è propria del nostro ordinamento.

L'articolo in esame recepisce, come già si è detto, quanto la direttiva stabilisce sul punto. Non si possono nascondere, tuttavia, le difficoltà che potrebbero sorgere nella sua applicazione in concreto: sotto tale profilo, peraltro, si ritiene che la concentrazione delle cause per violazione del diritto alla concorrenza presso le sezioni specializzate di tre tribunali, così come effettuata dall'articolo 17, possa, di fatto, consentire il superamento dei problemi che la norma dovrebbe risolvere.

Il **Capo V**, sulla quantificazione del danno, si compone di un solo articolo, il 14, che reca una rubrica lessicalmente disallineata (valutazione del danno) rispetto all'intitolazione del capo; essa evoca concettualmente l'identica rubrica dell'articolo 2056 del codice civile, sul quale è altresì strutturata la formulazione del comma 1 dell'articolo illustrato, per il quale il risarcimento del danno dovuto al



soggetto danneggiato, causato da una violazione del diritto della concorrenza, è determinata secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Viene dunque riproposta la regola della valutazione del danno nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, costruita mediante il richiamo alle regole per la determinazione del danno risarcibile declinate in generale in tema di responsabilità del debitore. Il danno risarcibile è dunque determinato in via primaria dal principio di causalità: il debitore è tenuto al risarcimento del danno che è conseguenza immediata e diretta della violazione (articolo 1223 c.c.). Concorrono, secondo il modello civilistico che soddisfa pienamente le esigenze della direttiva, le ulteriori regole che delimitano il danno risarcibile: concorso del fatto colposo del danneggiato (articolo 1227, primo comma, c.c.) e dovere del danneggiato di evitare il danno (articolo 1227, primo comma, c.c.). Alla base di queste regole sta il principio del danno effettivo, già immanente all'ordinamento interno, e per il quale l'obbligo del risarcimento deve adeguarsi al danno effettivamente subito dalla vittima dell'illecito, che non deve ricevere né più né meno di quanto necessario a rimuovere gli effetti economici negativi dell'illecito, senza che siano ammessi danni punitivi o, nel linguaggio della direttiva qui attuata, *sovracompensazioni*.

L'articolo illustrato va dunque letto in coordinamento con gli articoli 1 e 10 del testo, che, coerentemente con gli articoli 3 e 12 della direttiva, affermano il principio del diritto del danneggiato al pieno risarcimento, senza possibilità di far luogo a sovracompensazioni.

La direttiva (esplicitamente ai considerando 45 e 46) si fa carico delle difficoltà del soggetto danneggiato di dimostrare di aver subito un danno a seguito di una violazione del diritto della concorrenza e, correlativamente, di provare l'entità del danno stesso. Viene rilevato che la quantificazione dei danni nelle cause in materia di concorrenza è un processo che richiede l'analisi di un gran numero di elementi fattuali e che può esigere l'applicazione di modelli economici complessi e ciò è spesso molto costoso, cosicché gli attori incontrano difficoltà nell'ottenere i dati necessari a comprovare le loro domande. È inoltre evidenziata l'esigenza di tener conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti, che si concreta nel fatto che quantificare il danno significa valutare quale sarebbe stato l'andamento del mercato in assenza della violazione del diritto della concorrenza.

Gli oneri processuali del soggetto danneggiato sono agevolati mediante la possibilità per il giudice di procedere ad una valutazione equitativa del danno a norma dell'articolo 1226 c.c. (articolo 14, comma 1, dello schema), mediante l'introduzione di una presunzione semplice della sussistenza del danno quando la violazione del diritto della concorrenza consiste in un cartello (articolo 14, comma 2), nonché attraverso l'instaurazione di un rapporto di collaborazione istituzionale tra giudice e autorità garante che consiste nella richiesta di assistenza che può essere rivolta dal giudice all'autorità garante della concorrenza con la formulazione di specifiche richieste concernenti gli orientamenti sulla liquidazione del danno, di seguito a quelli generali che la Commissione UE dovrebbe fornire per garantire coerenza e prevedibilità nelle liquidazioni (articolo 14, comma 3).

In coerenza con la direttiva (articolo 17, par. 3), l'autorità garante cui viene richiesta assistenza valuta se la richiesta stessa risulti appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, non prestando assistenza quando effettui sul punto una valutazione negativa. Diversamente, l'autorità offre la sua assistenza nelle forme e con le modalità che il giudice indica dopo aver interloquuto con la medesima autorità, nel contesto del rapporto istituzionale delineato dalla norma e voluto dalla direttiva.

È solo il caso di richiamare la facoltà data al giudice nel processo civile di avvalersi dell'ausilio di un consulente tecnico quando risulti necessario anche ai fini della liquidazione del danno (valgono le norme generali degli articoli 61 e 191 c.p.c.), cosicché non si rende necessario trasfondere espressamente il punto della direttiva (articolo 17, par. 1) in cui si prevede che gli Stati membri assicurino ai giudici nazionali il potere di stimare l'ammontare del danno quando sia accertato che l'attore ha subito un danno.

Il **Capo VI** è dedicato alla composizione consensuale delle controversie che la direttiva intende incentivare favorendo il ricorso a meccanismi come le transazioni stragiudiziali, l'arbitrato, la

mediazione o la conciliazione, che dovrebbero interessare il maggior numero possibile di soggetti danneggiati e di autori di violazioni consentito dall'ordinamento al fine di ridurre il più possibile le incertezze degli esiti giudiziari per gli autori della violazione e i soggetti danneggiati.

Gli articoli 15 e 16 che compongono il Capo VI dello schema presuppongono la definizione (articolo 1, comma 1, lettera s) di «composizione consensuale delle controversie», che comprende i procedimenti di risoluzione stragiudiziale di una controversia, riguardante una richiesta di risarcimento del danno come previste dal decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, dal decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162 e dalle disposizioni del titolo II-bis della parte V del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, nonché i procedimenti di arbitrato di cui al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile.

L'articolo 15, comma 1, regola gli effetti della composizione consensuale delle controversie prevedendo l'interruzione del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno per violazione *antitrust*. L'ordinamento interno è sul punto adeguato poiché l'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, in tema di mediazione, e l'articolo 8 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, in tema di negoziazione assistita, e l'articolo 141-*quinquies*, del codice del consumo, in tema di ADR consumatori, equiparano alla domanda giudiziale, quanto agli effetti sulla prescrizione, gli atti con i quali quegli stessi procedimenti conciliativi vengono attivati. Quanto all'arbitrato, si applica l'articolo 2943, quarto comma, c.c.. Il recepimento della direttiva si sostanzia dunque nel richiamo delle predette disposizioni.

Il comma 2 dello stesso articolo 15 illustrato, con la medesima finalità di favorire composizioni consensuali delle controversie nella materia del risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza, salve le disposizioni in materia di arbitrato (che conserva natura decisoria alternativa a quella giudiziale), stabilisce che il giudice ha la possibilità di sospendere sino a due anni il processo pendente quando le parti hanno fatto ricorso ad una procedura di composizione consensuale della controversia. In coerenza con il sistema interno, che prevede solo in via residuale la sospensione necessaria del processo, il provvedimento del giudice è previsto che sia adottato su istanza delle parti che attivano la procedura di composizione consensuale. È stabilito inoltre, analogamente alla disciplina contenuta nel codice di rito (articolo 297 c.p.c.), che se la conciliazione non riesce il processo deve essere riassunto nel termine perentorio di trenta giorni dalla formalizzazione della mancata conciliazione.

Per una coerente valutazione della ragionevole durata del processo è stabilito che il periodo di sospensione non si computa ai fini dell'articolo 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), con disposizione analoga a quella dell'articolo 7 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, in tema di mediazione (comma 3).

Le composizioni consensuali delle controversie sono valorizzate anche in sede di *enforcement* pubblico, con la previsione (al comma 4 dello stesso articolo 15) che del risarcimento effettuato dall'autore della violazione a seguito di una procedura di composizione consensuale della controversia (ma prima della decisione) tiene conto l'autorità garante della concorrenza e del mercato nell'irrogare la sanzione di cui all'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

L'articolo 16 dello schema, che attua l'articolo 19 della direttiva, regola gli effetti della composizione consensuale delle controversie sulle azioni per il risarcimento del danno, mediante l'introduzione della *regola del non-contributo* (v. considerando 51), per cui l'autore di una violazione che partecipi a una transazione, derivante da composizione consensuale della controversia, non può subire l'azione di regresso dei coautori della violazione che non hanno partecipato alla transazione per la parte del danno imputabile al primo. La finalità di tale regola deve rinvenirsi nella necessità di incoraggiare le transazioni consensuali ed evitare che l'autore di una violazione che paghi un risarcimento a seguito di una composizione consensuale si trovi in una situazione peggiore, rispetto ai coautori della

violazione, di quella in cui si troverebbe altrimenti se non avesse fatto ricorso a questo tipo di transazione. E ciò potrebbe accadere (come evidenziato nel considerando richiamato) se l'autore di una violazione che sia parte di una transazione continuasse a essere responsabile in solido per il danno causato dalla violazione anche dopo una composizione consensuale. La regola del non-contributo è esplicitata nel testo al comma 2 dell'articolo illustrato.

Costituisce corollario della regola del non-contributo la regola (articolo 16, comma 1) per cui la parte del danno causata dall'autore della violazione che opta per la transazione va dedotta dall'importo del risarcimento cui ha diritto il soggetto danneggiato, indipendentemente dal fatto (come chiarito nel considerando 51) che l'ammontare della transazione corrisponda o meno alla parte del danno che il coautore della violazione partecipante alla transazione ha cagionato al soggetto danneggiato partecipante alla transazione.

È prevista (comma 3) una deroga alle regole ora richiamate nel caso in cui, al fine di garantire comunque il pieno risarcimento del danno, il pagamento da parte del coautore della violazione partecipante alla transazione costituisce l'unico modo, per il soggetto danneggiato che partecipa alla transazione, di ottenere il risarcimento per il danno corrispondente al resto della domanda di risarcimento. È l'ipotesi in cui i coautori della violazione che non hanno partecipato alla transazione sono insolventi. In tal caso, il soggetto danneggiato può chiedere il risarcimento ai coautori della violazione che hanno partecipato alla transazione, detratta in ogni caso la parte di danno imputabile al coautore che ha partecipato alla transazione conclusa mediante una procedura di composizione consensuale della controversia. È fatta salva la possibilità che le parti che hanno partecipato alla transazione abbiano espressamente escluso questa forma complementare di responsabilità solidale del coautore della violazione che ha partecipato alla transazione e che abbia adempiuto.

L'ultimo comma dell'articolo in esame, al fine di evitare situazioni in cui i coautori partecipanti alla transazione, con la corresponsione di un contributo ai coautori della violazione non partecipanti alla transazione per danni da essi pagati a soggetti danneggiati non partecipanti alla transazione, paghino un importo totale di risarcimento superiore alla loro responsabilità relativa per il danno causato dalla violazione, stabilisce che il giudice, nel determinare la misura del regresso dovuto dal coautore della violazione a ciascuno degli altri coautori della violazione responsabili per il danno cagionato dalla violazione del diritto della concorrenza, deve tener conto del risarcimento corrisposto dal predetto coautore interessato nell'ambito di una precedente transazione.

**Il Capo VII** chiude il testo con previsioni di natura eterogenea che danno attuazione agli specifici criteri di delega contenuti nella legge di delegazione europea 9 luglio 2015, n. 114.

L'articolo 17 attua l'articolo 2, comma 1, lettere a), della legge di delegazione europea, per il quale il governo è specificamente delegato a modificare l'articolo 1 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 al fine di consentire l'applicazione, anche parallelamente, in relazione a uno stesso caso, degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e degli articoli 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in materia di intese e di abuso di posizione dominante. Viene quindi riscritto l'articolo 1, comma 2, della legge n. 287 del 1990 nel senso di prevedere che l'autorità garante della concorrenza e del mercato applica, anche parallelamente in relazione a uno stesso caso, gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e gli articoli 2 e 3 della stessa legge *antitrust* in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante. Sono quindi soppresse le parti dello stesso articolo 1 incompatibili con la nuova formulazione del comma 2.

L'articolo 18 attua l'articolo 2, comma 1, lettera c), della richiamata legge di delegazione europea 2014, che esprime un principio di revisione della competenza 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 un numero limitato di uffici giudiziari individuati in relazione al bacino di utenza e alla proporzionata distribuzione sul territorio nazionale.

Il criterio di delega è stato attuato concentrando le controversie da risarcimento del danno antitrust (come individuate dall'articolo 3, comma 1, lettere c) e d), del richiamato decreto legislativo n. 168 del 2003) presso i tribunali per le imprese di Milano, Roma e Napoli.

La direttiva, all'articolo 22, stabilisce un particolare regime per l'applicazione temporale delle disposizioni nazionali di recepimento, distinguendo tra disposizioni sostanziali e processuali. Per le prime viene affermato il principio della irretroattività, immanente nel nostro ordinamento (articolo 11, primo comma, delle disposizioni preliminari al codice civile) e non necessita di specifico recepimento. Per le disposizioni diverse da quelle sostanziali, la direttiva **prevede**, pur non vincolando sul punto gli Stati membri, che queste 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.

**Con l'articolo 19 dello schema di decreto legislativo, è dettata una disciplina transitoria che adegua il regime di applicazione della normativa introdotta all'indicazione temporale contenuta nella direttiva. È dunque previsto al comma 1 che 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.**

**Ai fini dell'applicazione del comma 1 dell'articolo 19, si considerano disposizioni che regolano il processo gli articoli 3, 4, 5, 6, 7, e 15, comma 2. Si tratta degli articoli che disciplinano, rispettivamente, l'ordine di esibizione nei confronti delle parti o dei terzi; l'esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza; i limiti nell'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza; la disciplina sanzionatoria funzionale a garantire l'effettività dei richiamati meccanismi processuali; gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza ai fini dell'azione per il risarcimento del danno; il potere del giudice, su istanza delle parti, di sospendere sino a due anni il processo pendente per il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza quando le parti abbiano fatto ricorso ad una procedura di composizione consensuale della controversia.**

**Tra le disposizioni che regolano il processo richiamate ai fini dell'articolo 19, comma 1, non è stato inserito l'articolo 18 concernente la competenza dei tribunali per le imprese, in considerazione della necessaria applicazione dell'articolo 5 del codice di procedura civile.**

L'articolo 20 chiude il testo con la clausola d'invarianza finanziaria.