

Prima lettura del Decreto legislativo n. 3/2017, che introduce nell'ordinamento italiano la disciplina delle azioni per il risarcimento del danno per violazioni antitrust

Il Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, che entrerà in vigore il 3 febbraio 2017, ha finalmente introdotto nel nostro ordinamento nazionale una compiuta disciplina per le azioni di risarcimento del danno derivanti dalla violazione del diritto della concorrenza.

Il testo, attuando la Direttiva 2014/104/UE, disciplina l'azione singola e collettiva, di chi abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto antitrust da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese, tanto nel caso in cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato abbia già pronunciato una propria decisione sulla fattispecie rilevante, quanto nell'ipotesi in cui la causa proposta sia *stand-alone*.

A prima lettura, si metteranno in evidenza, in estrema sintesi, alcuni degli aspetti di maggiore rilievo disciplinati dalle nuove regole.

I) I meccanismi di acquisizione delle prove

Il legislatore mira a perseguire un equilibrio tra il diritto del danneggiato di acquisire e utilizzare, in sede civilistica, gli elementi probatori contenuti nel fascicolo dell'Autorità Garante in occasione di un'istruttoria antitrust e l'interesse di natura pubblicistica ad una efficace applicazione del diritto della concorrenza.

In particolare, è previsto che il giudice, su istanza di parte, possa ordinare alle parti o al terzo l'esibizione di specifici elementi di prova o categorie di prove che egli ritenga rilevanti, valutando, se del caso anche garantendone la riservatezza:

- in quale misura la domanda di risarcimento o la difesa siano sostenute da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione;
- la portata e i costi dell'esibizione, in specie per i terzi interessati;

- se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengano informazioni riservate, in particolare se riguardanti terzi.

Il Decreto Legislativo suddivide le tipologie di prove in tre categorie:

- A) quelle la cui esibizione può essere ordinata dal giudice anche prima della conclusione del procedimento davanti all'Autorità;
- B) quelle che possono essere esibite solo dopo la definizione del procedimento davanti all'Autorità, quali:
 - le informazioni rese da persone fisiche o giuridiche nell'ambito di un procedimento dell'Autorità;
 - le informazioni che l'Autorità ha redatto e comunicato alle parti nel corso del procedimento;
 - le proposte di transazione che sono state revocate.

Con riferimento a tale tipologia di prove, in base al principio di proporzionalità, il giudice deve valutare se:

- la richiesta è stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti presentati all'Autorità o contenuti nel fascicolo istruttorio;
 - la parte richiede l'esibizione in relazione all'azione per il risarcimento del danno conseguente a una violazione del diritto della concorrenza;
 - sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.
- C) quelle che non possono mai essere esibite nel giudizio civile, quali le prove che hanno ad oggetto dichiarazioni legate ad un programma di clemenza o ad una proposta di transazione.

Al fine di rafforzare l'applicazione degli strumenti processuali offerti al danneggiato, viene prevista l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie qualora non vengano rispettati gli obblighi e gli ordini aventi ad oggetto gli strumenti probatori.

II) L'efficacia della decisione dell'Autorità sul giudizio risarcitorio

Il Decreto Legislativo considera definitivamente accertata la violazione del diritto della concorrenza ove sia intervenuta una decisione definitiva dell'Autorità, quindi non più

soggetta ad impugnazione, o una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato.

La decisione diventata inoppugnabile o la sentenza passata in giudicato fanno stato in relazione alla sussistenza dell'illecito, al suo autore, nonché alle modalità di realizzazione.

Spetterà quindi al giudice accertare l'effettiva sussistenza del danno (e la sua quantificazione), nonché la sussistenza del nesso di causalità tra quest'ultimo e la violazione accertata dall'Autorità.

III) Individuazione del danneggiato

Alla luce del Decreto Legislativo, il soggetto responsabile della violazione risponde, in linea di principio, nei confronti di chiunque abbia subito un danno dalla violazione del diritto antitrust, ivi compresi gli acquirenti diretti (coloro che acquistano direttamente dall'autore della violazione beni oggetto della stessa infrazione) e gli acquirenti indiretti (ovvero coloro che hanno acquistato il bene oggetto dell'infrazione da un terzo).

IV) La prescrizione

Conformemente alle regole generali, il diritto al risarcimento del danno antitrust si prescrive in cinque anni, che iniziano a decorrere quando:

- la violazione del diritto della concorrenza sia effettivamente cessata; e
- il soggetto danneggiato abbia consapevolezza circa la sussistenza della condotta, l'identità del suo attore, che essa costituisca una violazione antitrust e che abbia cagionato un danno.

Nel caso in cui sia stata avviata una procedura istruttoria da parte dell'Autorità, il decorso del termine prescrizione viene sospeso per tutta la durata della procedura. Tale periodo di sospensione si protrae per un ulteriore anno dal momento in cui la decisione relativa alla violazione del diritto della concorrenza sia divenuta definitiva.

V) La responsabilità in solido

All'azione disciplinata dal Decreto trova applicazione il principio della responsabilità solidale, secondo il quale tutte le imprese che hanno contribuito a cagionare un danno sono tenute in solido a risarcire il danneggiato del danno patito e questi può rivolgersi a ciascuno degli autori per ottenere l'intero.

Il Decreto Legislativo introduce, tuttavia, due deroghe al principio di piena responsabilità solidale dei coautori della violazione, riguardanti le PMI¹, e il beneficiario di un'immunità ottenuta nell'ambito di un programma di clemenza.

Per quanto concerne la prima deroga, le PMI sono responsabili in solido solo nei confronti dei propri acquirenti diretti ed indiretti, a condizione che la loro quota di mercato sia rimasta inferiore al 5% per tutta la durata della violazione e l'applicazione della disciplina in materia di responsabilità solidale determini un pregiudizio economico irreparabile per la loro attività.

A prescindere dal ricorso delle suddette condizioni, la PMI risponde in solido anche nei confronti dei soggetti danneggiati, diversi dagli acquirenti diretti e indiretti, quando:

- I. i danneggiati non possono ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza;
- II. abbia svolto un ruolo di guida nella violazione o abbia costretto altre imprese a parteciparvi;
- III. risulti accertato che la stessa sia stata recidiva.

Quanto alla seconda deroga, i beneficiari di un programma di clemenza rispondono in solido nei confronti dei loro acquirenti o fornitori diretti o indiretti e anche nei confronti di altri soggetti danneggiati, solo nell'ipotesi in cui questi non possano ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza.

¹ Secondo l'art. 2 dell'Allegato della Raccomandazione 2003/361/CE, "la categoria delle microimprese, delle piccole imprese e delle medie imprese (PMI) è costituita da imprese con meno di 250 occupati, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di Euro, oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di Euro".

VI) La quantificazione e la valutazione del danno

La quantificazione del danno antitrust segue la disciplina generale offerta dal Codice Civile con riguardo alla nozione di danno risarcibile, ai criteri per la liquidazione dello stesso, nonché al concorso del danneggiato nell'evento dannoso.

Inoltre, al fine di arginare le difficoltà inerenti la prova della violazione, fatta salva la prova contraria dell'autore dell'infrazione, è riconosciuta una presunzione sull'esistenza del danno cagionato da un cartello.

Infine, viene prevista la possibilità che, in relazione alla necessità di quantificazione del danno, il giudice possa richiedere l'assistenza dell'Autorità, formulando specifiche richieste, indicandone le forme e le modalità.

VII) Le nuove regole sulla competenza

Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi per ottenere provvedimenti di urgenza per violazione della disciplina della concorrenza prevista dalla legge n. 287/1990 e per violazione della normativa antitrust dell'UE, anche in caso di controversie in cui è parte una società con sede all'estero, sono di competenza inderogabile delle sezioni specializzate, in materia di imprese di Milano, Roma e Napoli, in funzione del luogo in cui è stato commesso l'illecito.

Per ogni chiarimento, rivolgetevi a :



Luciano Di Via
Partner

Responsabile per l'Italia della
practice antitrust

T: +39 06 4229 1

E: luciano.divia@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Piazzetta M.Bossi, 3, 20121 Milan, Italy
© Clifford Chance 2017
Clifford Chance Studio Legale Associato

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.