



INDICE:

APPALTI PUBBLICI

Rassegna di giurisprudenza, a cura di *Fabio Caruso* - p. 2

CONCORRENZA

- Intese e settore del riciclo di batterie usate per auto – La Commissione Europea sanziona le imprese coinvolte nel cartello del riciclo delle batterie usate per auto, di *Jacopo Pelucchi* – p. 3
- L'impresa comune Telecom-Fastweb finisce nel mirino dell'AGCM perché potenzialmente restrittiva della concorrenza, di *Martina Bischetti* – p. 4

CONTRATTUALISTICA

Brexit ed accordi di giurisdizione in favore del Giudice dell'Inghilterra e del Galles, della Scozia e del Nord Irlanda, di *Ennio Piovesani* – p. 5

DIRITTO INDUSTRIALE

L'Italia ratifica l'Accordo sul Tribunale Unificato dei Brevetti (e Londra non molla), di *Giacomo Gori* - p. 7

LEGISLAZIONE OSSERVATORIO

Recepimento della Direttiva DAFI e infrastrutture elettriche per la ricarica di veicoli, *Servizio Centrale Legale ANIE* – p. 8

SICUREZZA SUI LUOGHI DI LAVORO

Il cruscotto infortuni: i chiarimenti dell'INAIL sul diritto di accesso da parte dei RLS, di *Damiana Lesce e Valeria De Lucia* – p. 9

APPROFONDIMENTO DEL MESE:

D.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3. Risarcimento del danno da illecito *antitrust*: un passo in avanti per i consumatori e un motivo in più per le imprese per adottare un *antitrust compliance code*, di *Paolo Virano*

Aggiornamenti giurisprudenziali ***DISCREZIONALITA': LA DETERMINAZIONE DEI REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICA ED ECONOMICA È SEMPRE ESPRESSIONE DI DISCREZIONALITÀ TECNICA**

T.A.R. Bologna, II°, 8/11/2016 n. 917

E' sindacabile la scelta dell'amministrazione in merito alla determinazione dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria?

La sentenza in commento si dimostra in linea con un consolidato indirizzo giurisprudenziale, che considera la determinazione dei requisiti da parte delle S.A. quale espressione di discrezionalità tecnica e pertanto insindacabile dal Giudice Amministrativo, ad eccezione dei casi in cui l'esercizio di tale discrezionalità appaia manifestamente illogica e arbitraria.

La discrezionalità "tecnica" infatti, a differenza di quella "amministrativa", si atteggia come quella valutazione – compiuta dalla P.A. - in relazione ai fatti secondo canoni (il più possibile) scientifici e tecnici, svincolata quindi da profili di opportunità.

Nel caso in esame HERA aveva indetto una gara per l'affidamento di servizi ambientali nel territorio di pertinenza di diversi Comuni emiliani e toscani e, tra i requisiti di partecipazione richiesti, si doveva dimostrare di aver concluso contratti analoghi con comuni aventi un numero di abitanti non inferiore ai 50.000., nonché di aver eseguito servizi analoghi a quelli oggetto di gara per almeno il 25% del fatturato specifico dell'azienda.

L'impresa ricorrente proponeva ricorso contestando la mancata suddivisione della gara in lotti separati e sostenendo che, sulla base dei requisiti richiesti, solo un concorrente – poi risultato (guarda caso) aggiudicatario - sarebbe stato in grado di partecipare alla procedura.

Il Collegio ha però deciso di allinearsi all'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, ribadendo come le PP.AA. godano di massima discrezionalità nella determinazione dei parametri tecnici di partecipazione, che può essere sindacata soltanto quando risulti manifestamente arbitraria e sproporzionata rispetto all'oggetto della gara.

In questo caso i Giudici hanno ritenuto legittima la richiesta di un fatturato specifico del tutto inferiore ai limiti di legge (di norma pari al 50% del fatturato totale), mentre la stessa mancata suddivisione dell'appalto in lotti è stata definita "*espressiva di una scelta discrezionale*" non censurabile sulla base di profili di mera opportunità.

In conclusione, nel caso in cui la determinazione di un requisito rimanga all'interno dei limiti di proporzionalità e ragionevolezza (seppure meramente formali), appare difficile muovere delle contestazioni all'operato dell'amministrazione che indice la gara.

SPECIFICHE TECNICHE E PRINCIPIO DI EQUIVALENZA: SEMPLICE OMOGENEITÀ FUNZIONALE O QUALCOSA IN PIÙ?

Cons. Stato, III°, 10/8/2016, n. 3594

Interessante pronuncia del Consiglio di Stato sul tema della formulazione delle specifiche tecniche nelle **lex specialis** che, in base ad un principio di derivazione comunitaria, devono garantire pari accesso degli operatori economici alle procedure ad evidenza pubblica, non potendo comportare (direttamente o indirettamente) ingiustificati ostacoli all'apertura degli appalti alla concorrenza.

L'applicazione di tale principio, contenuto all'art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006 - e rimasto sostanzialmente immutato anche nel nuovo Codice Appalti (stesso art. 68) - ha sempre comportato notevoli difficoltà applicative per le Stazioni Appaltanti, preoccupate di garantire un equo bilanciamento tra l'esigenza di massima partecipazione dei concorrenti e gli interessi particolari dell'amministrazione.

Nel caso di specie, l'appellante impugnava la sentenza che aveva confermato la sua esclusione da una procedura avente ad oggetto la fornitura di apparecchi per anestesia, in quanto i prodotti offerti dalla medesima utilizzavano una valvola di tipo "meccanico" e non una valvola "elettronica" (di più recente tecnologia), come espressamente richiesto dal Capitolato speciale di gara.

L'appello contestava dunque la (presunta) erronea valutazione del giudice di primo grado in merito all'equivalenza della soluzione proposta dall'esclusa che – come riportato nella perizia tecnica esperita in giudizio – ancora rappresentava "**la modalità più utilizzata nei sistemi di anestesia**" e quindi, in astratto, da ritenersi perfettamente funzionale alle esigenze dell'amministrazione.

Di conseguenza l'appellante sosteneva che il TAR avesse confuso il concetto di "equipollenza funzionale" con quello di "identità del bene", impedendo così ad un prodotto (valvola meccanica), ancora frequentemente usato in ambito sanitario, di poter essere offerto nella gara de qua.

Il Consiglio di Stato ha invece chiarito – ed in questo sta la portata innovativa della pronuncia – quale sia l'esatto ambito in cui dev'essere condotto il giudizio di equivalenza fra prodotti.

Sottolinea infatti il Collegio che "l'omogeneità funzionale" delle due valvole (entrambe utilizzate allo scopo di regolare la pressione) costituisce solamente "il presupposto" della valutazione di equivalenza poiché,

senza di essa, non si potrebbe nemmeno proporre un confronto, in quanto si sarebbe in presenza di prodotti diversi.

Posto quindi tale presupposto l'amministrazione procedente deve accertare - con estrema chiarezza - quali sia il corretto contenuto delle richieste contenute in *lex specialis* e posto come, nel caso in questione, il C.S.A. chiedesse valvole "elettroniche", quelle "meccaniche", seppur ancora perfettamente utilizzabili, scontavano tuttavia delle differenze sostanziali (sia sotto il profilo tecnologico, che sotto quello operativo) rispetto al dispositivo (valore elettronica) così precisamente richiesto, tale quindi da non potersi ritenere "equivalente".

In altri termini, il giudizio sull'equivalenza di un bene offerto rispetto alle caratteristiche tecniche richieste dalla *lex specialis* non dev'essere volto semplicemente ad accertare il suo potenziale utilizzo da parte dell'amministrazione, ma deve necessariamente indagare sulle sue peculiarità tecniche e qualora si accerti che il prodotto offerto, sebbene soddisfatti - in termini di risultato - quanto richiesto, se tuttavia possiede caratteristiche tecniche del tutto differenti, in tal caso non è possibile allora alcun giudizio di equivalenza.

SPECIFICHE TECNICHE E PRINCIPIO DI EQUIVALENZA: SENZA UN CHIARO RIFERIMENTO NELLA LEX SPECIALIS DEVE SEMPRE TROVARE SPAZIO IL PRINCIPIO DI EQUIVALENZA

Cons. Stato , IV°, 26/08/2016, n. 3701

La possibilità per le stazioni appaltanti d'ammettere soluzioni tecniche alternative, ma comunque equivalenti a quelle richieste in gara, costituisce un principio cardine della disciplina dei contratti pubblici, che risponde all'esigenza di ampliare la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Tale principio, previsto dal comma 4 dell'art. 68 D.Lgs. 163/2006 (adesso comma 7 dell'art. 68 del D.Lgs. n. 50/2016), deve peraltro ritenersi operante anche in assenza di un espresso richiamo della normativa speciale di gara, con l'effetto che l'Amministrazione procedente è obbligata in ogni caso a compiere una valutazione sull'equivalenza proposta da uno dei concorrenti.

Nel caso in esame, la 2° graduata in una gara per la fornitura di 12 rilevatori portatili di tracce di esplosivi (prodotti di alta specializzazione), contestava l'operato della Commissione giudicatrice in quanto l'aggiudicataria aveva, a suo dire, violato le specifiche tecniche previste dalla *lex specialis*, con particolare riferimento a quelle riguardanti "il peso" ed "i tempi di accensione" del prodotto offerto.

In primo grado, pur rilevando una non perfetta corrispondenza dei requisiti tecnici del prodotto offerto, il TAR aveva tuttavia ritenuto possibile la valutazione d'equivalenza dell'offerta della società (poi risultata aggiudicataria) da parte della Commissione Giudicatrice, rinviando quindi alla stessa ogni decisione sul giudizio di equivalenza.

Ciò sia in virtù del generale obbligo di cui all'art. 68 del Codice ma, vieppiù, sul presupposto che la *lex specialis* non prevedeva espressamente - a pena d'esclusione - l'obbligo del rispetto di stringenti requisiti tecnici.

Nella gara in esame, infatti, il Capitolato Speciale richiedeva semplicemente il possesso, da parte dei prodotti offerti, di determinati elementi e parametri di base, non imponendo invece ai concorrenti alcun obbligo d'indicazione di specifici requisiti tecnici.

In considerazione quindi del fatto che la normativa in materia risponda ad un criterio "elastico" nel caso in cui anche la *lex specialis* non rechi un obbligo di formale ed inderogabile conformità alle specifiche tecniche, di conseguenza dev'essere sempre consentita la prova d'equivalenza.

In altri termini, nel caso specifico in cui la disciplina speciale di gara non disponga espressamente il possesso di determinate caratteristiche tecniche, comminando la loro mancanza con l'estromissione dalla procedura, il giudizio sull'equivalenza dev'essere sempre disposto in quanto costituisce chiara ed inderogabile espressione della discrezionalità amministrativa nonché consente la massima concorrenzialità alla gara, soddisfacendo quindi un interesse primario di ordine pubblico.

**A cura Avv. Fabio Caruso
Studio Legale Stefanelli*

CONCORRENZA

DIRITTO DELLA CONCORRENZA UE / INTESA E SETTORE DEL RICICLO DI BATTERIE USATE PER AUTO - LA COMMISSIONE EUROPEA SANZIONA LE IMPRESE COINVOLTE NEL CARTELLO DEL RICICLO DELLE BATTERIE USATE PER AUTO

La Commissione europea (*Commissione*) ha dato notizia, tramite un *press release* pubblicato lo scorso 8 febbraio, di aver sanzionato, per un importo totale di 68 milioni di euro alcune imprese attive nei servizi di riciclaggio di batterie usate, ossia le società Campine, Eco-Bat Technologies e Recylex (insieme, le *Parti*) per aver partecipato ad un'intesa restrittiva in violazione dell'articolo 101 TFUE. Johnson Controls, anch'essa partecipante al cartello, ha al contrario ricevuto la piena immunità dalle sanzioni in quanto è stata la prima a rivelare l'esistenza di tale pratica anticoncorrenziale.

Secondo la ricostruzione della Commissione fornita nel comunicato stampa, le Parti, società attive nel settore del riciclo dei rifiuti, ed in particolare delle batterie usate per autoveicoli, avrebbero colluso al fine di fissare i prezzi di acquisto delle batterie usate. Quest'ultime, che risultano essere tra i beni di consumo più riciclati all'interno dell'Unione Europea, vengono raccolte presso garage, officine, discariche e altri luoghi adibiti allo smaltimento di rifiuti. Le imprese attive in questa fase di raccolta, solitamente di piccole e medie dimensioni, vendono le batterie così raccolte a società (quali le Parti) specializzate nel riciclo di tali materiali. Al termine del processo di riciclo, le batterie (riciclate) vengono vendute ai produttori di batterie per autoveicoli.

La Commissione ha concentrato la sua attenzione sul coordinamento tra le Parti nella fase di acquisto delle batterie usate. L'intesa avrebbe avuto quale effetto quello di ridurre (artificialmente) i prezzi delle batterie usate acquistate presso i rivenditori di rottami, alterando di conseguenza le normali dinamiche concorrenziali nel mercato a monte. Secondo quanto risulta dal *press release* e dalle dichiarazioni rilasciate dalla Commissaria Vestager, l'illecito coordinamento è avvenuto tramite scambi di informazioni tra le Parti in merito a prezzi e volumi, nonché per mezzo di accordi sui prezzi massimi di acquisto e sulle quantità da comprare dai fornitori.

Sempre da quanto risulta dal *press release*, tale coordinamento avveniva solitamente a livello bilaterale. Inoltre, risulterebbe che le Parti fossero a conoscenza che tali condotte violassero la normativa antitrust, poiché, come si evince dallo stesso comunicato, i contatti tra i diversi concorrenti avvenivano anche tramite l'utilizzo di linguaggi in codice. Per la determinazione della sanzione, la Commissione, poiché l'intesa ha avuto ad oggetto i prezzi di acquisto, non ha fatto riferimento al volume di vendite ma bensì a quello di acquisto. Tuttavia, poiché il valore degli acquisti è stato (presumibilmente) ridotto per effetto del cartello, la sanzione così calcolata, secondo la Commissione, non avrebbe avuto un effetto sufficientemente dissuasivo. Pertanto, la Commissione ha aumentato del 10% l'importo base della sanzione per tutte le imprese coinvolte. Eco-Bat e Recylex hanno avuto importanti riduzioni (rispettivamente del 50% e del 30%) per aver cooperato con la Commissione durante il procedimento.

Invero, il fatto che si tratti di un'intesa che ha quale fine quello di ridurre i prezzi di acquisto non deve trarre in inganno: accordi aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi di acquisto costituiscono una violazione dell'articolo 101 TFUE e, come tali, verranno sanzionati. Infine, Vestager ha lanciato un monito alle imprese attive nella c.d. economia circolare (ossia nel

riciclo, recupero e riuso dei rifiuti) affermando che “...*cartelli o comportamenti anticoncorrenziali non verranno tollerati...*”.

Avv. Jacopo Pelucchi
Freshfields Bruckhaus Deringer

INTESE ANTICONCORRENZIALI E FIBRA OTTICA – L'IMPRESA COMUNE TELECOM-FASTWEB FINISCE NEL MIRINO DELL'AGCM PERCHÉ POTENZIALMENTE RESTRITTIVA DELLA CONCORRENZA

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha reso noto di aver avviato un procedimento istruttorio per accertare se l'accordo comunicato da Telecom Italia (TI) e Fastweb (FW) (congiuntamente, le *Parti*) volto alla costituzione di un'impresa comune cooperativa, denominata Flash Fiber (FF), possa costituire un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Scopo dichiarato di FF è la realizzazione di reti in fibra ottica in architettura FTTH (*Fiber To The Home*) in 29 città italiane in cui sono già presenti reti FTTC (*Fiber to the Cabinet*) di TI e FW. FF realizzerà infatti il collegamento in fibra ottica tra il cabinet stradale e la sede dell'utente finale secondo il modello GPON (*Gigabit-Capable Passive Optical Network*), che consente di servire più clienti contemporaneamente tramite il medesimo cavo di fibra ottica. Le infrastrutture così realizzate saranno rese disponibili da FF in uso esclusivo alle Parti, che si sono impegnate a non sottoscrivere accordi con terzi concorrenti della prima, ad un prezzo concordato, mentre le risorse di rete eventualmente eccedenti il fabbisogno delle imprese madri potranno essere cedute da FF in uso ai terzi, secondo modalità analoghe a quelle attualmente previste da TI.

L'impresa comune opererà, pertanto, esclusivamente nella fornitura a livello *wholesale* dei servizi di accesso alla “fibra spenta”, comprensivi dei segmenti terminali e delle infrastrutture di posa – nella misura in cui vi sia disponibilità di capacità residua –, mentre TI e FW continueranno ad offrire sul mercato, autonomamente e in concorrenza, i servizi attivi di accesso su fibra ottica (VULA e *Bitstream*), nonché ad operare come concorrenti indipendenti nel mercato al dettaglio dell'offerta agli utenti finali dei servizi di telecomunicazione a banda larga e ultra-larga. L'accordo di investimento comunicato all'AGCM prevede altresì due ulteriori forme di cooperazione tra le Parti rappresentate dal riconoscimento a TI di un c.d. IRU (*Indefeasible Right of Use*), di durata trentennale, sulle infrastrutture di fibra ottica di FW presenti in 6 delle 29 città interessate dal progetto, nonché il rinnovo del contratto di utilizzo, da parte di FW,

dell'infrastruttura di rete passiva di TI nelle medesime città.

Tale progetto, che secondo le Parti permetterà uno sviluppo più efficiente di infrastrutture tecnologiche innovative, è stato tuttavia contestato da Wind e Vodafone che, qualche mese prima della comunicazione dell'accordo all'AGCM da parte di TI e FW, hanno segnalato all'autorità antitrust potenziali restrizioni della concorrenza derivanti da tale operazione nei mercati nazionali dei servizi di accesso all'ingrosso su rete fissa e dei servizi al dettaglio di telecomunicazioni a banda larga e ultra-larga, in cui sia TI che FW operano in quanto soggetti verticalmente integrati. A tali segnalazioni, nel gennaio 2017 si è aggiunta quella di Enel, che ha di recente dato vita, insieme con Metroweb Italia, ad Open Fiber, società che offre servizi *wholesale* in fibra ottica e che si porrebbe, pertanto, in concorrenza con FF. Condividendo le preoccupazioni concorrenziali sollevate dai *competitor* di TI e FW, l'AGCM ha pertanto deliberato di avviare il procedimento in commento, sul presupposto che TI e FW *"...attraverso la joint venture, coordineranno le proprie decisioni di investimento sulle reti in fibra e definiranno congiuntamente le condizioni di accesso alle nuove reti..."*, con potenziali effetti escludenti dei concorrenti nel mercato a valle dell'offerta al dettaglio, avendo le Parti *"...sia l'incentivo che la capacità di realizzare strategie di preclusione degli input di produzione..."* rappresentati dall'infrastruttura di rete di FF. Infine, in ragione della natura verticalmente integrata di TI e di FW, l'AGCM ha riscontrato come l'impresa comune possa favorire un possibile coordinamento anticoncorrenziale delle Parti anche nel mercato a valle *"...in ordine ai prezzi praticati alla clientela finale..."*. A tali contestazioni le Parti hanno per il momento replicato illustrando le efficienze (in particolare, in termini di riduzione dei costi e delle tempistiche per la realizzazione di nuove reti, nonché di evoluzione tecnologica) connesse al proprio progetto, idonee, a giudizio delle stesse, a compensare gli eventuali effetti distorsivi della concorrenza e, conseguentemente, a beneficiare della deroga dal divieto di intese anticoncorrenziali ai sensi dell'art. 101.3 TFUE. Efficienze, queste, che secondo le Parti verranno traslate nel mercato a valle proprio grazie alla *"...pressione competitiva assicurata da Open Fiber (...) nella forma di riduzione dei prezzi per i consumatori..."*. L'ultima parola spetta ora all'AGCM, la quale si è impegnata a concludere il procedimento entro il 31 dicembre 2017.

*Avv. Martina Bischetti
Freshfields Bruckhaus Deringer*

BREXIT ED ACCORDI DI GIURISDIZIONE IN FAVORE DEL GIUDICE DELL'INGHILTERRA E DEL GALLES, DELLA SCOZIA E DEL NORD IRLANDA

Una volta notificata l'intenzione di recedere dall'Unione Europea alla Commissione, il Regno Unito negozierà le modalità del recesso che dovrà intervenire entro due anni. Dopodiché, se tale recesso davvero avverrà, quali saranno le norme di conflitto applicabili nel Regno Unito agli accordi di giurisdizione in favore dei giudici dell'Inghilterra e del Galles, della Scozia e del Nord Irlanda? Per rispondere alla domanda occorre prima esaminare la disciplina attualmente in vigore.

Anzitutto nel Regno Unito non esiste nessun giudice dotato di autorità, in materia civile e commerciale, su tutto il territorio del regno. Esistono invece i giudici dell'Inghilterra e del Galles, della Scozia e del Nord Irlanda, conferiti di giurisdizione sui rispettivi territori. Quindi, cosa accade nel raro caso in cui le parti concludano un accordo di proroga della giurisdizione in favore delle corti del Regno Unito o della Gran Bretagna? La dottrina d'oltremarica dibatte circa il valore da attribuire ad un simile accordo, e, sebbene privo di significato, secondo alcuni, esso dovrebbe esser ritenuto tale da conferire giurisdizione in capo alle corti di tutti i paesi del Regno Unito. Eppure, in una sua nota decisione *The Komminos S*, la Corte d'appello dell'Inghilterra e del Galles ha interpretato l'accordo con cui si intendeva sottoporre una controversia alle fantomatiche corti della Gran Bretagna, come tale da conferire giurisdizione alle sole corti inglesi. Non resta quindi che suggerire alle parti di specificare il paese del Regno Unito in cui opera il giudice che intendono investire di giurisdizione.

Ciò premesso, in Gran Bretagna, in materia civile e commerciale, gli accordi di giurisdizione in favore del giudice dell'Inghilterra e del Galles, della Scozia e del Nord Irlanda sono disciplinati, a seconda dei casi,

- (i) dalla Convenzione dell'Aia del 2005 sugli accordi di giurisdizione esclusiva (7),
- (ii) dal Regolamento Bruxelles Ibis, o
- (iii) dal *Civil Jurisdiction and Judgments Act* del 1982, e successive modifiche, del parlamento del Regno Unito.

(i) La Convenzione dell'Aia del 2005 si applica alla scelta esclusiva (v. artt. 1, par. 1 e 3 della Convenzione) del foro inglese e gallese, scozzese, o nord irlandese, allorché la controversia prorogata sia caratterizzata da un elemento di estraneità (v. art. 1 della Convenzione), ricada nella materia civile e commerciale (v. artt. 1, par.

1 e 2 della Convenzione) ed una parte sia domiciliata in uno Stato Membro dell'UE e l'altra in Messico. Così, si capisce quanto la Convenzione abbia una portata applicativa limitata, quindi una scarsa rilevanza pratica.

(ii) Di grande applicazione è invece il Regolamento Bruxelles Ibis il quale si applica negli altri casi, ossia quelli in cui la controversia prorogata al giudice d'oltremarica sia caratterizzata dall'elemento di estraneità, abbia carattere civile e commerciale (v. art. 1, par. 1 del Regolamento) e – nel caso in cui l'accordo abbia natura esclusiva – alcuna delle parti sia residente in Messico.

Difatti, con le modifiche introdotte, la norma che disciplina gli accordi di giurisdizione all'interno del Regime di Bruxelles si applica a prescindere dal domicilio delle parti contraenti, ma, nel caso in cui l'accordo sia esclusivo ed una delle parti sia domiciliata in Messico, si ritiene che alla norma del regolamento prevalga la Convenzione dell'Aia.

(iii) Dunque, a fronte dell'estensione del campo di applicazione *ratione personae* portato dal Regolamento Bruxelles Ibis, il diritto dei paesi del Regno Unito non trova più spazio nella disciplina degli accordi di giurisdizione in favore delle corti inglesi e gallesi, scozzesi e nord irlandesi, se non nei casi in cui le controversie prorogate siano carenti dell'elemento di estraneità od esulino dalla materia civile e commerciale. Seppur stravagante per l'internazionalista italiano, nel caso in cui sorga un conflitto tra le giurisdizioni dei paesi che compongono il Regno Unito, oltremarica si ritiene che tale conflitto dia luogo ad una vera e propria questione di diritto internazionale privato, come se si trattasse di un conflitto tra le giurisdizioni del Regno Unito ed uno Stato terzo.

Infatti, nel caso in cui la controversia prorogata sia carente dell'elemento di estraneità ma ricada nella materia civile e commerciale, si applica la legge di diritto internazionale privato del parlamento del Regno Unito che fa stato in tutti i territori del regno. In particolare, quando sorga un caso di conflitto di giurisdizioni intraneo al Regno Unito si applicherà il *Civil Jurisdiction and Judgments Act* del 1982 e successive modifiche, norma che disciplina l'allocatione della giurisdizione all'interno del regno, adottando gli stessi criteri del Regime di Bruxelles. Ad esempio, nel caso in cui, in virtù di un accordo di giurisdizione, un soggetto domiciliato in Inghilterra abbia convenuto dinanzi al giudice nord irlandese la controparte domiciliata in Scozia, l'accordo sarà retto dalla norma che governa la proroga di giurisdizione nel Regime di Bruxelles come trasposta nell'*Act* (v. Section (16) dell'*Act*).

Nel caso in cui, infine, la controversia prorogata al giudice del paese del Regno Unito esuli dalla materia civile o commerciale, si applicheranno i principi di diritto internazionale privato espressi dal diritto comune

in vigore nel territorio di quel paese. Infatti, è noto come, in ciascun paese del Regno Unito viga un ordinamento legislativo particolare. Per la precisione, benché Inghilterra e Galles formino un'unità a fini giurisdizionali, nel secondo paese vige un sistema di leggi distinto dal primo.

Ebbene, quali saranno le norme applicabili dalle corti dei paesi del Regno Unito agli accordi di giurisdizione in materia civile e commerciale quando la nazione sarà fuoriuscita dall'Unione Europea?

Anzitutto, in quanto ratificata dall'Unione Europea per conto degli Stati Membri (esclusa la Danimarca), si ritiene che la Convenzione dell'Aia non sarà più applicabile al Regno Unito.

Parimenti, non sarà applicabile il Regolamento Bruxelles Ibis e - al contrario di quanto qualcuno già afferma - la Convenzione di Bruxelles del 1968 non potrà supplire il conseguente vuoto normativo, in quanto si ritiene che possa "rivivere" soltanto tra i paesi aderenti al Trattato di Roma, sulla cui base è stata ratificata.

Sarebbe quindi auspicabile che il Regno Unito, una volta fuoriuscito dall'Unione Europea, ratificasse la Convenzione dell'Aia. Eppure, questa soluzione sarebbe inappagante rispetto al sistema finora in vigore, in quanto, da un lato, l'interpretazione della Convenzione dell'Aia non è sottoposta al vaglio di un organo nomofilattico, diversamente dal Regime di Bruxelles la cui interpretazione uniforme è garantita dal Corte di giustizia europea; e, dall'altro lato, non predispone un regime automatico di circolazione delle decisioni che è stato invece introdotto dal Regolamento Bruxelles Ibis con la c.d. abolizione dell'*exequatur* (v. art. 39 del Regolamento).

Se, invece, il Regno Unito decidesse di aderire alla Convenzione di Lugano del 2007, oltre agli stessi inconvenienti descritti nel caso di ratifica della Convenzione dell'Aia, si riproporrebbe il problema delle c.d. *Torpedo Actions*, invece risolto nel Regime dell'Aia, nonché nel Regime di Bruxelles con le nuove norme sulla litispendenza introdotte dal Regolamento Bruxelles Ibis (v. art. 31, par. 2, del Regolamento).

Tantomeno appagante sarebbe la decisione del Parlamento del Regno Unito di predisporre una disciplina interna di diritto internazionale privato sulla falsariga del Regime di Bruxelles, come accade nel *Civil Jurisdiction and Judgments Act* del 1982 e successive modifiche.

In sostanza, nessuna delle soluzioni prospettate sarebbe soddisfacente in quanto la migliore disciplina in materia di accordi di giurisdizione, in termini di loro efficacia, è proprio quella contenuta nel Regolamento Bruxelles Ibis alla quale il Regno Unito ha dimostrato di voler rinunciare con il referendum del 23 giugno scorso. Così, chi abbia concluso un accordo di giurisdizione in favore del giudice inglese e gallese, scozzese e nord irlandese,

contando sulla validità ed efficacia dell'accordo, nonché sulla circolazione della sentenza eventualmente emanata dal giudice prorogato in virtù del Regime di Bruxelles, sarà costretto a riconsiderare l'opportunità della sua scelta.

Tutto ciò senza contare che, in assenza di una disciplina eurounitaria o comunque convenzionale, l'accordo di giurisdizione in favore delle corti inglesi e gallesi, scozzesi e nord irlandesi potrà esser disatteso dalle corti degli altri Stati Membri sulla base delle rispettive norme interne di diritto internazionale privato.

Alcuni, però, nel tentativo di salvare il salvabile, rassicurano circa il futuro degli accordi di giurisdizione in favore del giudice inglese sottolineando come, una volta fuori dall'Unione Europea, egli potrà tornare a far ricorso alle *anti-suit injunctions*, quel potente strumento - bandito dalla Corte di giustizia europea nel caso *West Tankers* - con cui punire chi instaura o prosegue un giudizio in un paese straniero in spregio di una scelta del foro inglese. Eppure, tale provvedimento continuerà ad essere carta straccia nei paesi terzi ed anzi, tornerà a rappresentare un attentato alla c.d. *international comity*. In più, chi fa riferimento alle *anti-suit injunctions* omette di ricordare come si potrà far altresì ricorso alla dottrina del *forum non conveniens* - anch'essa bandita dalla Corte di giustizia europea, nel caso *Owusu* - che permette a tal giudice inglese di biffare un accordo di giurisdizione in suo favore quando ritenga, a sua (ampia) discrezione, che la controversia prorogata abbia un più stretto collegamento con un altro foro.

Infine, lungi dal voler creare qualunque allarmismo, si ricorda come, fintantoché il Regno Unito farà parte dell'Unione Europea, i giudici che operano sul suo territorio saranno tenuti a rispettare le norme della Convenzione dell'Aia e, soprattutto, del Regolamento Bruxelles Ibis.

*Dott. Ennio Piovesani
BBM Partners, Buffa, Bortolotti & Mathis*

DIRITTO INDUSTRIALE

L'ITALIA RATIFICA L'ACCORDO SUL TRIBUNALE UNIFICATO DEI BREVETTI (E LONDRA NON MOLLA)

Il Regolamento (UE) n. 1257/2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, ed il Regolamento (UE) n. 1260/2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria con riferimento al regime di traduzione applicabile, costituiscono, unitamente all'Accordo sul Tribunale Unificato dei Brevetti firmato a Bruxelles il 19 febbraio 2013, il

cosiddetto pacchetto del "brevetto europeo con effetto unitario". Si tratta di un istituto atteso da oltre 40 anni la cui entrata in vigore è condizionata alla relativa ratifica da parte di almeno 13 Stati membri dell'Unione Europea tra i quali l'Inghilterra, la Francia e la Germania. Scopo del suddetto pacchetto è quello di istituire un sistema brevettuale europeo uniforme volto ad ottimizzare la tutela su tutto il territorio dell'Unione. Il brevetto europeo con effetto unitario, infatti, sarà concesso dall'Ufficio Europeo Brevetti (EPO) ed avrà lo stesso effetto negli Stati membri che hanno partecipato alla c.d. cooperazione rafforzata, o che vi aderiranno in seguito. È bene chiarire che brevetto europeo con effetto unitario non sostituirà gli attuali regimi ma li affiancherà: continueranno infatti ad esistere sia i singoli brevetti nazionali che il brevetto europeo come lo abbiamo conosciuto sino ad oggi, senza effetto unitario, vigente ai sensi della Convenzione di Monaco sul Brevetto Europeo del 1973. L'attuale sistema prevede che il titolare richieda la convalida del brevetto in ogni Stato membro per ottenere la protezione, nel rispetto delle disposizioni nazionali vigenti (e depositi la relativa traduzione) e pertanto, a differenza del Brevetto Europeo con effetto unitario, con l'attuale sistema non si ha un unico titolo valido su tutto il territorio Europeo ma, come si suol dire, un fascio di brevetti nazionali che convivono parallelamente. Per quanto concerne gli aspetti non disciplinati dalla Convenzione di Monaco, i singoli Stati designati applicano la propria normativa nazionale equiparando il brevetto europeo a quello nazionale ed è prevista la competenza dei Tribunali nazionali per ogni azione di nullità o di contraffazione avente ad oggetto il brevetto europeo. Il brevetto europeo con effetto unitario, viceversa, una volta concesso, avrà efficacia in tutti i Paesi aderenti, senza bisogno di convalidazione nei singoli Stati e potrà essere limitato, trasferito, revocato, o estinguersi unicamente in relazione a tutti gli Stati aderenti. La domanda di brevetto unitaria andrà depositata presso l'Ufficio Europeo dei Brevetti (EPO) con sede a Monaco di Baviera, in una delle tre lingue ufficiali (inglese, francese o tedesco). Inoltre, rispetto ai precedenti sistemi, il brevetto unificato è decisamente più economico in quanto i costi deriveranno da un'unica domanda con effetto unitario e la diffusione delle informazioni relative ai brevetti in tutte le lingue dell'Unione avverrà tramite un servizio gratuito ed automatico di traduzione online. Dopo i primi tentennamenti di Italia e Spagna all'adesione al sistema del brevetto unitario, dovuti essenzialmente al fatto che il brevetto verrà rilasciato soltanto in una delle tre lingue di lavoro dell'Ufficio Brevetti Europeo (inglese, francese e tedesco) e sfociati con il rigetto da parte della Corte di Giustizia UE dei ricorsi presentati dalla Spagna, l'Italia ha optato per l'adesione alla cooperazione rafforzata, formalizzatasi nel 2015 e

conclusasi con la ratifica dell'Accordo sull'istituzione del Tribunale Unificato europeo dei brevetti (L. 3 novembre 2016, n. 214). Uno degli obiettivi principali del Tribunale Unificato è quello di scongiurare la possibilità che una stessa causa in materia di brevetti venga trattata da più giudici di differenti Stati membri, in modo da evitare sentenze contraddittorie e ridurre il costo delle controversie in materia di brevetti. L'accordo prevede che il Tribunale Unificato dei Brevetti, con giurisdizione esclusiva sulle controversie in materia di violazione e validità dei futuri brevetti unitari, sia costituito da una divisione centrale con sede a Parigi e due sezioni a Monaco e Londra, ciascuna con le proprie competenze. Vi saranno inoltre una o più divisioni locali in ogni Stato membro contraente che ne faccia richiesta, per un massimo di quattro divisioni locali. La Corte d'Appello avrà sede in Lussemburgo. È stato inoltre preventivato un periodo transitorio di sette anni, decorrente dall'entrata in vigore dell'accordo, durante il quale i giudici degli Stati membri saranno competenti per le azioni di invalidità e di contraffazione del brevetto europeo secondo le regole del proprio ordinamento, nel caso in cui il titolare eserciti il diritto di opt-out dall'esclusiva competenza del Tribunale Unificato dei Brevetti. Le suddette sedi centrali (Parigi, Monaco e Londra) sono state scelte in base al numero di brevetti in vigore. All'esito della Brexit, tuttavia, la posizione di Londra è stata messa in discussione a favore di Milano. L'Italia è infatti ad oggi il quarto stato in Europa per numero di brevetti ed il capoluogo lombardo, anche grazie all'alto livello tecnico della corte meneghina, non solo garantirebbe all'Italia una posizione di prestigio, ma anche un concreto vantaggio per le nostre imprese. Basti pensare che il 70% del contenzioso brevettuale viene gestito dal tribunale milanese, soprattutto nelle materie (chimica e metallurgia) che sarebbero state previste per la sede di Londra. Ed a ciò si aggiunga che Milano è pure candidata ad ospitare l'Agenzia Europea per il Farmaco. Tuttavia (ed in aperto contrasto con quello che è stato l'esito della consultazione referendaria dello scorso giugno) il 28 novembre scorso il governo inglese ha annunciato la volontà di ratificare l'Accordo sul Tribunale Unificato dei Brevetti sostenendo, in buona sostanza, che la partecipazione del Regno Unito al sistema del brevetto unitario europeo non è incompatibile con l'uscita dall'UE, in quanto tale impianto richiede la ratifica degli Stati aderenti per entrare in vigore e, da un punto di vista formale, il suddetto Tribunale non è un'istituzione europea. D'altro canto neppure la Svizzera è parte dell'Unione Europea ma fa parte del sistema del Brevetto Europeo. La ratifica da parte del Regno Unito (il tredicesimo in ordine temporale) rappresenterebbe comunque un elemento essenziale nel processo di attuazione del pacchetto sul brevetto europeo, sia perché sarebbe il tredicesimo

paese a ratificare, sia perché, quanto meno nel disegno originale, affinché il sistema entri in vigore è necessario che tra i tredici Stati che hanno ratificato vi siano i tre più rappresentativi in termini di brevetti: Gran Bretagna, Francia e Germania. Quest'ultima, ad oggi, non ha ancora provveduto alla ratifica, ma pare si tratti di giorni, se non di ore. In ogni caso, al di là degli eventuali scenari che potrebbero prospettarsi in concreto dopo l'uscita della Gran Bretagna dall'UE, se tutto sarà confermato, il brevetto europeo con effetto unitario potrebbe essere realtà già a partire da metà del 2017.

Avv. Giacomo Gori
Cocuzza & Associati Studio Legale

LEGISLAZIONE OSSERVATORIO

RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA DAFI E INFRASTRUTTURE ELETTRICHE PER LA RICARICA DI VEICOLI

Con il D. Lgs 257 del 16 dicembre 2016, in vigore dal 14 gennaio scorso, di attuazione della direttiva 2014/94/UE sulla realizzazione di una infrastruttura per i combustibili alternativi (c.d. direttiva DAFI), è stata modificata la disposizione (art. 4, comma 1-ter) del D.P.R. n. 380/2011, Testo Unico dell'Edilizia, relativa alla realizzazione di infrastrutture per la ricarica elettrica dei veicoli.

Il testo novellato del citato art. 4, comma 1-ter TU Edilizia recita ora <Entro il 31 dicembre 2017, i comuni adeguano il regolamento di cui al comma 1 (ossia il regolamento edilizio, ndr) prevedendo, con decorrenza dalla medesima data, che ai fini del conseguimento del titolo abilitativo edilizio sia obbligatoriamente prevista, per gli edifici di nuova costruzione ad uso diverso da quello residenziale con superficie utile superiore a 500 metri quadrati e per i relativi interventi di ristrutturazione edilizia di primo livello di cui all'allegato 1, punto 1.4.1 del decreto del Ministero dello sviluppo economico 26 giugno 2015, nonché per gli edifici residenziali di nuova costruzione con almeno 10 unità abitative e per i relativi interventi di ristrutturazione edilizia di primo livello di cui all'allegato 1, punto 1.4.1 del decreto del Ministero dello sviluppo economico 26 giugno 2015, la predisposizione all'allaccio per la possibile installazione di infrastrutture elettriche per la ricarica dei veicoli idonee a permettere la connessione di una vettura da ciascuno spazio a parcheggio coperto o scoperto e da ciascun box per auto, siano essi pertinenziali o no, in conformità alle disposizioni edilizie di dettaglio fissate nel regolamento stesso e, relativamente ai soli edifici residenziali di nuova

costruzione con almeno 10 unità abitative, per un numero di spazi a parcheggio e box auto non inferiore al 20 per cento di quelli totali»>

Innanzitutto, quindi, con le modifiche apportate al TU Edilizia è stato **prorogato al 31 dicembre 2017** il termine per l'adeguamento dei Regolamenti comunali (prima il termine era del 1° giugno 2014).

Inoltre, la norma non fa più riferimento all'obbligo di installazione di infrastrutture elettriche per la ricarica dei veicoli, ma **all'obbligo della predisposizione all'allaccio** per la possibile installazione di infrastrutture elettriche per la ricarica dei veicoli.

Viene però ampliato il novero di edifici per i quali va previsto nel regolamento edilizio comunale l'obbligo della predisposizione all'allaccio, esteso ora anche agli **edifici residenziali con almeno 10 unità abitative**, oltre agli edifici ad uso diverso da quello residenziale con superficie utile superiore a 500 metri, già previsti dalla precedente disciplina.

Per entrambi i tipi di edifici l'obbligo è previsto sia in caso di nuova costruzione sia in caso di interventi di ristrutturazione edilizia di primo livello, così come definito dall'allegato 1, punto 1.4.1, del D.M. 26 giugno 2015 sui requisiti minimi di prestazione energetica degli edifici.

Ricordiamo che in base a tale D.M. per interventi di ristrutturazione edilizia di primo livello si intendono gli interventi che, oltre a interessare l'involucro edilizio con una incidenza superiore al 50% della superficie disperdente lorda complessiva dell'edificio, comprendono anche la ristrutturazione dell'impianto termico per la climatizzazione invernale e/o estiva asservito all'intero edificio.

Nella sostanza, comunque, a partire dal 1° gennaio 2018, il conseguimento del titolo abilitativo edilizio sarà soggetto alla predisposizione dell'allaccio per le colonnine di ricarica dei veicoli elettrici.

In merito, è opportuno rammentare quanto prevede il successivo comma 1-quater dell'art. 4 TU Edilizia, sul punto rimasto invariato, per il caso di mancato adeguamento agli obblighi di legge ora descritti circa le infrastrutture di ricarica.

Decorso inutilmente il termine del 31 dicembre 2017, la legge infatti dispone che le Regioni debbano applicare, in relazione ai titoli abilitativi edilizi difformi, i poteri inibitori e di annullamento stabiliti nelle rispettive leggi regionali o, in mancanza, nelle norme dello stesso TU Edilizia, riguardanti l'annullamento dei permessi di costruire, rilasciati dai Comuni in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente, con tutte le conseguenze che, si aggiunge, ne possono derivare ai

proprietari/venditori degli immobili, anche in termini di invalidità delle compravendite immobiliari.

Infine, rimane confermata l'esclusione dalle disposizioni appena esaminate degli immobili di proprietà delle amministrazioni pubbliche.

Servizio Centrale Legale ANIE

SICUREZZA SUI LUOGHI DI LAVORO

IL CRUSCOTTO INFORTUNI: I CHIARIMENTI DELL'INAIL SUL DIRITTO DI ACCESSO DA PARTE DEI RLS

Con la circolare n. 45 del 30 novembre 2016 l'INAIL ha fornito chiarimenti sul diritto di accesso al cruscotto infortuni

QUADRO NORMATIVO. In una logica di semplificazione degli adempimenti a carico del datore di lavoro, il D.lgs. n. 151 del 2015 ha abolito, con effetto dal 23 dicembre 2015, l'obbligo della tenuta del Registro infortuni. Più precisamente, l'articolo 21, comma 4, del D.lgs. n. 151/2015 prevede: *“A decorrere dal novantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, è abolito l'obbligo di tenuta del registro infortuni.”*

A decorrere dal 23 dicembre 2015, pertanto, le informazioni relative agli eventi infortunistici, denunciati dai datori di lavoro, sono contenute nel c.d. cruscotto infortuni.

Il cruscotto infortuni è accessibile ai datori di lavoro (e soggetti *delegati*) e loro intermediari nell'area dei servizi online del sito istituzionale dell'INAIL www.inail.it – macro area del menu *“Denuncia d'infortunio e malattia”* del portale – tramite l'inserimento delle credenziali già in possesso dei predetti soggetti per l'accesso al servizio della denuncia di infortunio in modalità telematica.

Il servizio prevede per l'utente la possibilità di visionare i soli dati infortunistici relativi alla propria azienda o alle ditte di cui gli intermediari hanno la delega.

Le modalità di consultazione sono esplicitate nel manuale utente del predetto servizio online, aggiornato e disponibile sul sito istituzionale www.inail.it, alla pagina del portale Inail:

https://www.inail.it/cs/internet/docs/manop_cruscotto-infortuni.pdf?section=servizi-per-te

LA CIRCOLAREN.45. In via preliminare, l'INAIL ricorda che, anche a seguito del venir meno dell'obbligo della tenuta del Registro infortuni, **nulla è cambiato rispetto all'obbligo del datore di lavoro di denunciare all'INAIL gli infortuni occorsi ai dipendenti**

prestatori d'opera come previsto dall'articolo 53 del decreto del Presidente della Repubblica n. 1124/1965, modificato dal d.lgs. n. 151/2015 articolo 21, comma 1, lett. b).

Inoltre, si precisa nella Circolare, gli **infortuni** avvenuti in **data precedente a quella del 23 dicembre 2015** saranno consultabili nell'abolito **Registro infortuni cartaceo** il cui obbligo di conservazione **permane a carico degli stessi datori di lavoro per i successivi 4 anni**.

Premesso quanto sopra, al fine di fornire istruzioni riguardanti le attribuzioni riconosciute ai Rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (**RLS**), relativamente all'utilizzo del nuovo applicativo informatico Cruscotto infortuni, l'INAIL precisa che - alla luce del comma 1 lett. e) dell'articolo 50 del citato d.lgs. 81/08, letto in combinato disposto con il comma 23 del medesimo articolo - i predetti **RLS non risultano inclusi** tra i

destinatari ammessi alla consultazione diretta dell'applicativo e rivolto essenzialmente agli organi preposti all'attività di vigilanza. Ciò non toglie il diritto degli RLS di ricevere per il tramite dei datori di lavoro le informazioni e i dati sugli infortuni e le malattie professionali. Grava, pertanto, sui datori di lavoro l'obbligo di favorire la fruibilità delle predette informazioni da parte degli RLS, ad esempio attraverso la visualizzazione o la stampa di copia delle schermate dell'applicativo, come peraltro già avveniva con l'abrogato Registro cartaceo.

*Avv. Damiana Lesce, Avv. Valeria De Lucia
Trifirò & Partners Avvocati*

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Antonietta Portaluri

REDAZIONE

Alessandra Toncelli – Mirella Cignoni

LA REDAZIONE RINGRAZIA PER LA COLLABORAZIONE

Dott. Ennio Piovesani, BBM Partners, Buffa, Bortolotti & Mathis (Torino) - Avv. Giacomo Gori, Cocuzza & Associati Studio Legale (Milano) - Avv. Martina Bischetti, Avv. Jacopo Pelucchi, Freshfields Bruckhaus Deringer (Milano) – Avv. Paolo Virano, Frignani Virano e Associati (Torino – Milano – Roma – Bologna) - Avv. Fabio Caruso, Studio Legale Stefanelli (Bologna) - Avv. Damiana Lesce, Avv. Valeria De Lucia, Trifirò & Partners Avvocati (Milano).

Proprietario ed editore:
Federazione ANIE
Viale Lancetti 43, 20158, MI
Telefono (02) 3264.1
Direttore Responsabile
Maria Antonietta Portaluri
Registrazione del Tribunale
di Milano al n° 116 del
19/2/1996

TeLex Anie



FEDERAZIONE NAZIONALE
IMPRESE ELETTROTECNICHE
ED ELETTRONICHE



Publicazione a cura di:
Servizio Centrale Legale
Viale Lancetti 43, 20158, MI
Telefono (02) 3264.246
e-mail legale@anie.it
Diffusione via web www.anie.it

D.LGS. 19 GENNAIO 2017 N. 3
RISARCIMENTO DEL DANNO DA ILLECITO ANTITRUST:
UN PASSO IN AVANTI PER I CONSUMATORI
E UN MOTIVO IN PIÙ PER LE IMPRESE PER ADOTTARE UN
ANTITRUST COMPLIANCE CODE

Il 3 febbraio 2017, in attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, è entrato in vigore il decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017 che contiene le norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno subito a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di una associazione di imprese.

Procediamo con una veloce presa di contatto con i venti articoli che compongono la norma per poi passare a qualche conclusione critica e, se permesso, qualche considerazione su quelle che dovranno essere le nuove cautele che le aziende dovranno adottare per attutire gli effetti delle disposizioni in rassegna.

1. Esame della normativa.

Si è già detto che il decreto disciplina *“il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha [o abbia?] subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza”* (art. 1), pertanto derivanti sia dalla violazione delle disposizioni di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea sia dalla violazione delle disposizioni di cui agli art. 2, 3 e 4 della legge italiana 10 ottobre 1990, n. 287 (intese e abusi di posizione dominante).

Quanto alla nozione di danno risarcibile il legislatore è stato molto chiaro: il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi ma *“non determina sovracompensazioni”* (termine ignoto ai nostri dizionari, ma che deriva dalla frettolosa traduzione di *“overcompensation”* contenuto nell'art. 3 della direttiva), vale a dire, che ne sono esclusi i *“punitive damages”* che sono compensi ulteriori rispetto al pregiudizio effettivamente subito, nonostante le recenti timide aperture della Corte di Cassazione (che riguardano però l'esecutività di sentenze straniere in Italia in tal materia).

Inoltre, il legislatore fa un espresso richiamo alle azioni collettive previste dall'articolo 140-bis del codice del consumo, dando così nuova linfa alla *class action* italiana che sino ad ora non ha trovato grande consenso da parte dei “consumatori” e della stessa magistratura.

L'articolo 2 contiene poi un lungo elenco di definizioni, utili senz'altro anche per fare un breve ripasso di concetti quali “cartello”, “programma di clemenza”, “autorità nazionale” o “Commissione” acquirente indiretto ecc., tutti chiaramente noti a chi maneggia la materia.

Ma la vera novità è rappresentata da tutta la parte sull'“esibizione delle prove”. Si tratta di norme di primaria importanza nell'ambito della riforma in quanto hanno l'obiettivo di superare l'asimmetria informativa considerata il principale ostacolo per l'ottenimento del risarcimento del danno da parte delle vittime di illeciti *antitrust* che difficilmente riescono a fornire la prova delle intese (molto spesso segrete per loro natura) e degli abusi di posizione dominante.

Cercando di sintetizzare, il Giudice potrà ora ordinare l'esibizione delle prove (art. 3) che riterrà essere rilevanti, ordine indirizzato sia alle parti (le imprese coinvolte nell'illecito concorrenziale), ma anche a soggetti terzi (che abbiano tali prove nella loro disponibilità).

Ma l'ordine di esibizione delle prove ben potrà essere indirizzato anche all'autorità garante della concorrenza (nazionale o comunitaria) quando le parti o i terzi non siano in grado di fornire le prove ricercate dagli attori nel giudizio di risarcimento del danno (art. 4).

L'ordine in certi casi potrà essere emesso solo dopo la conclusione del procedimento da parte dell'autorità.

Il capovolgimento rispetto ad un pilastro dell'azione civile, e cioè la prova la deve addurre l'attore, è attenuato da alcuni paletti: l'istanza della parte deve essere “motivata”, deve contenere l'indicazione di fatti e prove ragionevolmente disponibili della controparte (art. 3.1), il giudice deve “circoscrivere” gli elementi di prova e le categorie di prove, individuate mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi, come la natura, il tempo in cui sono state formate, l'oggetto ed il contenuto (art. 3.2).

Molto interessante è il comma 5 dell'art. 4 il quale prevede, quale eccezione, che il Giudice non possa ordinare a una parte o a un terzo, l'esibizione delle “*prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate ad un programma di clemenza o proposte di transazione*”. Ciò conferma che il legislatore attribuisce grande importanza ai programmi di clemenza ed alle transazioni e pertanto ne blinda la segretezza.

Al fine di rafforzare l'esecuzione dell'ordine di esibizione delle prove, alle parti ed ai terzi potranno essere inflitte sanzioni (art. 6), da 15.000 a 150.000 euro, nel caso di rifiuto ingiustificato di produrre quanto richiesto.

Passiamo ora alla seconda importante novità legislativa, che in un certo senso la giurisprudenza aveva già anticipato. In passato si era infatti discusso molto sugli effetti, specialmente probatori, delle decisioni dell'AGCM, e cioè se il Giudice civile potesse semplicemente richiamare, quanto all'accertamento dell'illecito concorrenziale, la decisione di condanna dell'autorità. La Cassazione aveva già dato risposta positiva (Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640 con riferimento alla ricostruzione dei fatti ed alla qualificazione di anti-giuridicità della condotta), ora il Decreto in esame sigilla questo orientamento stabilendo che “*si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità ... non più soggetta ad impugnazione*” (art. 7). La norma precisa che il giudicato non si estende al “*nesso di causalità e l'esistenza del danno*”, prove che pertanto restano sempre a carico degli attori.

Il termine di prescrizione è stato stabilito in cinque anni (come per l'illecito aquiliano) e si sospende per tutto il periodo dell'indagine dell'autorità e sino all'anno successivo alla data della decisione (art. 8).

L'art. 9 prevede una eccezione alla regola generale, prevista dall'art. 2055 c.c., della solidarietà nel risarcimento del danno da parte di tutti i soggetti coinvolti nell'illecito concorrenziale, regola che prevede appunto che ciascuna delle imprese coinvolte sia tenuta a risarcire il danno nella sua integralità.

L'eccezione riguarda il caso nel quale tra i coautori dell'infrazione vi sia anche una Piccola o Media impresa (per la definizione si rimanda alla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, e cioè un'impresa con meno di 250 persone, fatturato annuo non superiore a 50 milioni o un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni). In questa fattispecie l'eccezione prevede che la PMI sia *"responsabile in solido solo nei confronti dei propri acquirenti diretti e indiretti"* purché la sua quota di mercato rilevante sia inferiore al 5% e quando l'applicazione della regola della solidarietà comporterebbe "pregiudizi irreparabili" per la sua solidità economica. Ma l'eccezione sarà valida a patto che la PMI non abbia assunto un ruolo "guida" nell'illecito.

Il capo IV è dedicato al "trasferimento del sovrapprezzo", e cioè disciplina il c.d. *passing on*, ovvero le ipotesi di trasferimento, in tutto o in parte, del sovrapprezzo (quella parte pagata in più a causa dell'infrazione che si sposta lungo tutta la filiera sino a colpire il consumatore o utente finale).

Non v'è spazio per approfondire la normativa sul punto, ma è importante evidenziare che il *passing on* deve essere analizzato sotto due aspetti:

- i) in funzione difensiva: (*passing-on defence*) quando l'impresa autrice dell'infrazione voglia respingere le richieste risarcitorie avanzate da altre imprese sostenendo che queste ultime hanno a loro volta "scaricato" sulla filiera il sovrapprezzo (quindi non hanno patito danni dall'infrazione);
- ii) in funzione offensiva: quando è ammessa la richiesta risarcitoria degli acquirenti indiretti dell'impresa che ha posto in essere l'infrazione, nonostante appunto vi sia stato il trasferimento del sovrapprezzo all'interno della filiera.

Il Decreto in esame, in linea con la Direttiva, e contrariamente a quanto ad esempio accade negli USA (ove il *passing-on defence* non è permesso), ammette e disciplina entrambe le ipotesi, e cioè riconosce il diritto dell'acquirente indiretto a essere risarcito in caso di trasferimento del sovrapprezzo, ed al contempo, prevede la possibilità per l'impresa convenuta di difendersi sostenendo l'inesistenza del danno in quanto il sovrapprezzo è stato trasferito a soggetti "a valle" dell'infrazione.

La valutazione del danno (art. 14) dovrà essere fatta sulla base delle norme civilistiche già in vigore e contenute agli artt. 1223, 1226 e 1227 del c.c., pertanto, in sintesi, dovrà essere calcolato il danno emergente ed il lucro cessante, purché siano conseguenza immediata e diretta della condotta illecita (dell'intesa o dell'abuso). Permessa la valutazione equitativa del danno, come del resto spesso è stato fatto dal Giudici che si sono occupati in passato della materia. Validata anche la riduzione del risarcimento nel caso di concorso di colpa del danneggiato.

Molto dura è poi la norma contenuta nel secondo comma dell'art. 14 secondo la quale: *"L'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume"*.

Tralasciando per ragioni di spazio gli articoli sulla composizione consensuale delle controversie, degno di nota è ancora l'art. 18 che prevede, per le cause in rassegna, la competenza funzionale dei Tribunali per le imprese, limitando la competenza territoriale a soli tre sedi: Milano, Roma e Napoli. Certo la ratio della norma è quella di creare Giudici altamente specializzati, ma vedremo come le tre sedi, che certo già oggi non brillano per celerità, causa la mole dei fascicoli civili che devono gestire, saranno in grado di smaltire anche questo filone di vertenze.

2. Qualche conclusione.

Il Decreto legislativo in rassegna si pone l'obiettivo, in primo luogo, di ottimizzare e coordinare il collegamento che può esistere tra *public e private enforcement*.

Da una parte con l'efficacia che viene riconosciuta, nel giudizio risarcitorio avanti il giudice ordinario, alla decisione definitiva dell'AGCM che abbia accertato l'illecito, cioè la violazione della normativa *antitrust*, cosa che costituisce una novità assoluta per il nostro ordinamento (a differenza che, ad esempio, in Germania e nel Regno Unito ove era già vigente una norma in tal senso).

Dall'altra parte, con le facilitazioni che abbiamo visto sulla raccolta delle prove, vero ostacolo che talvolta impediva ai danneggiati (spesso i consumatori) di concretizzare le proprie domande risarcitorie.

Ma se le nuove norme determinano un vantaggio per i consumatori, dall'altra parte le imprese dovranno attivarsi maggiormente per arginare tutte le situazioni potenzialmente lesive delle norme sulla concorrenza, salvo incappare, oltre che nelle decisioni dell'Autorità, anche poi in cause risarcitorie (nelle temute forme delle azioni di classe) per le quali la facilitazione della raccolta delle prove e la diretta efficacia della decisione dell'AGCM potrebbero creare un pericoloso volano azionato in automatico dai consumatori ogni qual volta vi sia una decisione di condanna dell'AGCM.

Quali allora le tutele? La prima che si può suggerire è quella di dotare le imprese di efficaci programmi di *compliance* in materia *antitrust*. Sarà noto che nel 2014 l'AGCM, nella sua comunicazione sui criteri di quantificazione delle sanzioni pecuniarie, ha stabilito come sia circostanza attenuante l'adozione e il rispetto da parte dell'impresa di un programma di *compliance antitrust* effettivo ed in linea con le *best practices* europee e nazionali. Cosa che concretamente può essere attuata semplicemente implementando il modello di organizzazione ex D.lgs. n. 231/2001.

Come chiarito dall'AGCM nelle linee guida sul calcolo delle sanzioni, un programma di condotta interno può beneficiare di una serie di vantaggi in termini di esimenti e riduzioni delle sanzioni ove sia "sviluppato su misura" per ciascuna realtà imprenditoriale partendo da alcune fasi comuni che nella *best practice* sono:

- 1) l'identificazione delle aree di rischio,
- 2) la valutazione di tali rischi,
- 3) la limitazione dei rischi,
- 4) il monitoraggio o "review" attraverso l'organo di vigilanza e, non meno importante,
- 5) l'impegno del "senior management" a rispettare il programma di *compliance* e l'identificazione di un soggetto responsabile del programma.

Ma a parte i vantaggi che l'adozione di un *antitrust compliance code* può concedere nelle procedure dinanzi all'AGCM, questo è il modo per poter controllare che l'impresa, nei diversi organi che la compongono, operi al riparo dalle violazioni delle norme *antitrust*, e quindi anche dalle cause risarcitorie che oggi godono delle facilitazioni sopra analizzate.

Avv. Paolo Virano
Frignani Virano e Associati