

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

L'azione risarcitoria, l'onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano

Sommario: I. PREMESSA: *RATIO* E PARADIGMA NORMATIVO DI RIFERIMENTO. – II. NATURA DELL'AZIONE RISARCITORIA E L'ASSOLVIMENTO DELL'ONERE DELLA PROVA: *L'AN*, L'ELEMENTO SOGGETTIVO, IL NESSO CAUSALE E IL DANNO. – III. L'OSTACOLO DELL'ASIMMETRIA INFORMATIVA E GLI STRUMENTI PROCESSUALI A DISPOSIZIONE DELL'ATTORE. – 1. Artt. 115, comma 2, 116, 210, 213 c.p.c. – 2. La consulenza tecnica d'ufficio e delle parti: artt. 191 e 201 c.p.c.

I. PREMESSA: *RATIO* E PARADIGMA NORMATIVO DI RIFERIMENTO

Come visto la giurisprudenza comunitaria¹ e nazionale² hanno da tempo riconosciuto a colui che abbia subito un danno a seguito di una violazione della normativa *antitrust* il diritto di ricorrere in sede civilistica dinanzi al giudice nazionale al fine di ottenere il ristoro dei danni subiti. Tale diritto è stato riconosciuto non solo ai soggetti direttamente lesi dalla condotta restrittiva, ma anche ai cosiddetti acquirenti indiretti, ovvero a coloro che non hanno avuto alcun rapporto commerciale diretto con l'autore dell'infrazione e che possono tuttavia aver subito un danno perché su di loro è stato ad esempio trasferito, lungo la catena di distribuzione, un sovrapprezzo illegale.

La responsabilità per danni derivanti da illecito *antitrust* è una responsabilità di tipo extracontrattuale ex art. 2043 c.c., trovando il proprio fondamento nel fatto illecito altrui (la violazione delle norme a tutela della concorrenza) ed essendo subordinata all'accertamento dei tradizionali requisiti dell'illecito aquiliano: danno ingiusto, nesso di causalità fra condotta e danno, elemento soggettivo dell'autore dell'illecito.

L'onere della prova degli elementi costitutivi dell'illecito grava sull'attore.

II. NATURA DELL'AZIONE RISARCITORIA E L'ASSOLVIMENTO DELL'ONERE DELLA PROVA: *L'AN*, L'ELEMENTO SOGGETTIVO, IL NESSO CAUSALE E IL DANNO.

a) Colui che agisce per ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza di una violazione *antitrust* ha, in primo luogo, l'onere di provare il ricorrere del fatto.

L'onere della prova gravante sull'attore è, con riferimento a tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, particolarmente gravoso. Le parti lese dalla condotta restrittiva si trovano, infatti, in una posizione di forte asimmetria informativa rispetto all'impresa che l'ha posta in essere, soprattutto in ragione del fatto che molto spesso l'esistenza della condotta illecita non è pubblicamente nota (o lo diviene dopo molto tempo) e gli effetti dannosi della condotta sul mercato possono essere in alcuni casi dedotti solo in via presuntiva attraverso un'articolata prova a contenuto prettamente economico.

In tal senso, è opportuno distinguere le azioni *stand alone*, ovvero quelle che non traggono origine da un precedente procedimento *antitrust* accertante l'infrazione, da quelle *follow-on*, fondate su una violazione della normativa *antitrust* già accertata dall'Autorità di concorrenza con provvedimento definitivo.

Nel primo caso, l'onere della prova a carico dell'attore sarà certamente più gravoso, non essendo egli coadiuvato dalle risultanze istruttorie dell'accertamento condotto dall'Autorità di concorrenza. Mentre nel caso di abuso di posizione dominante colui che subisce la condotta abusiva in qualche caso dispone della prova documentale della stessa (ad esempio negli abusi escludenti), nel caso di intesa, invece, l'asimmetria informativa è

¹ C. giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*, punti 24 e 26 e C. giust. CE, 13 luglio 2006, Cause Riunite C-295/298/04, *Manfredi*, punti 59 e 61.

² Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 495 e Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiararia Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

difficilmente superabile. La casistica conferma tale considerazione, contando un numero di gran lunga superiore di azioni *follow-on* rispetto a quelle *stand alone*.

Con riferimento alle azioni *follow-on*, proprio al fine di superare l'asimmetria informativa gravante sull'attore del procedimento civilistico, si è sviluppato un indirizzo normativo e giurisprudenziale che tende a conferire al precedente provvedimento di accertamento dell'infrazione valore di prova privilegiata.

In tal senso il Libro Bianco³ prevede che ogniqualvolta la Commissione europea constati in una decisione l'infrazione dell'art. 101 o dell'art. 102 TFUE, le vittime di tale infrazione possano, in applicazione dell'articolo 16, § 1 Reg. 1/2003⁴, citare tale decisione come prova vincolante in un procedimento civile per danni.

Per quanto riguarda le decisioni delle Autorità nazionali, il Libro Bianco propone che i giudici nazionali che devono statuire in merito ad azioni di risarcimento danni relative a violazioni degli articoli 101 o 102 TFUE sulle quali un'Autorità nazionale di concorrenza appartenente all'ECN (*European Competition Network*) abbia già adottato una decisione definitiva constatando una violazione di tali articoli, o in merito alle quali una Corte abbia emesso una sentenza definitiva confermando la decisione dell'Autorità nazionale per la concorrenza o constatando essa stessa una violazione, non

prendano decisioni in contrasto con una decisione o sentenza di questo genere.

Dunque le decisioni definitive della Commissione hanno già valore di prova vincolante circa la sussistenza dell'illecito nei giudizi civilistici in materia di risarcimento del danno che abbiano identità di oggetto e di parti, mentre secondo il Libro Bianco anche le decisioni delle Autorità *antitrust* nazionali dovrebbero avere tale forza, non solo dinanzi ai giudici nazionali, ma anche dinanzi a quelli degli altri Stati Membri.

La giurisprudenza italiana ha mutuato in parte tale approccio. Se da un lato, infatti, le decisioni definitive della Commissione risultano avere il valore di prova vincolante stante l'art. 16 del Reg. 1/2003, alle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) viene riconosciuto, invece, il valore di prova privilegiata. In particolare, la Cassazione ha riconosciuto a queste ultime valore di prova particolarmente pregnante in relazione alla sussistenza dell'illecito (non al nesso di causalità col danno, all'esistenza del danno stesso e al suo ammontare⁵) senza escludere, però, la possibilità per la parte convenuta di offrire prova contraria⁶. In sostanza, in base a questo indirizzo si configura nei fatti un'inversione dell'onere della prova a carico del convenuto.

In conclusione, si prospetta un doppio binario, ove le decisioni definitive della Commissione assumono il valore di prova

³ Libro Bianco della Commissione Europea in materia di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie *antitrust*, 2 aprile 2008.

⁴ Reg. 16, § 1 Reg. 1/2003: «Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati».

⁵ Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, p. 237: la prova privilegiata si riferisce unicamente alla «sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso».

⁶ Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, p. 237; Cass., sez. III,

14 marzo 2011, n. 5941, in *Dir. e fiscalità assicur.*, 2012, 1, I, p. 190; Cass., sez. III, 14 marzo 2011, n. 5942, in *Foro it.*, 2011, 6, I, p. 1724; Cass., sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro it.*, 2011, 10, I, p. 2675. In particolare, nella decisione n. 13486 del 20 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, 10, I, p. 2674 la Cassazione ha chiarito che «gli atti del procedimento in esito al quale l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha accertato la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale ed irrogato al professionista una sanzione costituiscono una prova privilegiata, nel senso che al professionista è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati, senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede».

vincolante mentre quelle delle Autorità *antitrust* nazionali il valore di prova privilegiata circa la sussistenza del fatto illecito salvo prova contraria del convenuto.

b) Come noto, ai sensi dell'art. 2043 c.c., l'esistenza dell'elemento soggettivo è condizione necessaria per configurare un illecito civile e poter richiedere il risarcimento dei danni subiti. Lo stesso approccio è stato adottato anche nell'ambito della responsabilità amministrativa⁷.

Sul punto, il Libro Bianco propone che una volta che la vittima abbia dimostrato una violazione degli articoli 101 o 102 TFUE, l'autore dell'infrazione venga ritenuto responsabile per i danni causati a meno che non dimostri che la violazione è il risultato di un errore realmente scusabile. Un errore è scusabile se una persona ragionevole che avesse agito con un elevato livello di diligenza non avrebbe potuto essere consapevole del fatto che il suo comportamento era idoneo a limitare il normale funzionamento concorrenziale del mercato⁸.

La prova dell'elemento soggettivo potrebbe risultare gravosa in quanto ai sensi della normativa *antitrust* l'accertamento di un illecito concorrenziale non è condizionato alla verifica della consapevolezza dell'autore dell'antigiuridicità del suo comportamento⁹. In altre parole, l'elemento soggettivo non è tenuto in considerazione al momento dell'accertamento della condotta illecita, di conseguenza il provvedimento definitivo di condanna dell'autore dell'infrazione difficilmente potrebbe essere utilizzato come prova privilegiata in tal senso. Per superare l'ostacolo probatorio, si potrebbe applicare analogicamente ai casi di illecito *antitrust* l'art. 2600 c.c. che prevede, in materia di concorrenza sleale, una presunzione di colpa a carico degli autori di un atto di

concorrenza sleale accertato. Anche in questo caso si assisterebbe ad un ribaltamento dell'onere della prova, in quanto graverebbe sul convenuto l'onere di fornire prova contraria.

c) Una volta provati il fatto illecito e l'elemento soggettivo, secondo quanto previsto dall'art. 2043 c.c., chi agisce per ottenere il risarcimento del danno ha l'onere di provare lo stesso ed il nesso causale con la condotta illecita.

Applicando tale principio all'azione di danni da illecito *antitrust* emerge la differenza fra il *public enforcement* e, appunto, il *private enforcement*.

Nel primo caso, infatti, è sufficiente la prova dell'esistenza di una violazione *antitrust* affinché l'autore della condotta venga sanzionato. In altre parole, che la condotta vietata abbia o meno prodotto degli effetti pregiudizievoli sul mercato assume un'importanza al momento della quantificazione della sanzione, ma non è elemento costitutivo per l'accertamento della condotta illecita.

Sull'attore di una causa volta ad ottenere il risarcimento del danno derivante da un illecito *antitrust* grava, invece, l'onere di offrire la prova dell'effettivo danno subito e del suo collegamento causale con la violazione. L'accertamento della violazione da parte dell'Autorità *antitrust* (ove questo sia avvenuto), infatti, non implica necessariamente che un danno si sia prodotto. In ogni caso, come detto, il provvedimento accertante l'infrazione assumerebbe valore di prova privilegiata in relazione alla sola sussistenza dell'illecito.

Il Libro Bianco non contiene alcuna indicazione in proposito, limitando l'analisi del nesso causale al solo caso di azioni di risarcimento del danno intentate da acquirenti indiretti, ovvero nel caso di co-

⁷ Cons. Stato, sez. V, 14 settembre 2012, n. 4894, in *Foro amm. C.d.S.*, 2102, 9, p. 2329.

⁸ Libro Bianco, § 2.4. Sull'errore scusabile cfr. TAR Napoli, sez. IV, 6 luglio 2012, n. 3277, in *Foro amm. TAR*, 2012, 7-8, p. 2452.

⁹ Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, p. 977; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 890; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2011, n. 2438 in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, p. 1314.

Nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, il TAR Lazio ha ritenuto che, per le violazioni colpite da sanzione amministrativa, è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva «senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la norma [art. 3 della l. 689/1981] pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa».

loro che non hanno avuto alcun rapporto commerciale diretto con l'autore dell'infrazione, ma che possono tuttavia aver subito un danno perché su di loro è stato ad esempio trasferito, lungo la catena di distribuzione, un sovrapprezzo illegale. A favore degli stessi il Libro Bianco propone di prevedere l'adozione di una presunzione semplice di traslazione del sovrapprezzo illegale nella sua interezza. In particolare, l'acquirente indiretto non avrebbe l'onere di dimostrare la traslazione del danno (*passing on* offensivo) al fine di ottenere il risarcimento, mentre il convenuto dovrebbe dare la prova della mancata traslazione, al fine di escludere o ridurre il proprio obbligo di risarcire il danno (*passing on* difensivo).

Per ottenere indicazioni circa la portata dell'onere probatorio relativo al nesso causale ci si deve dunque rifare alla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Secondo la Corte di Giustizia, spetta agli Stati membri stabilire le modalità dell'azione di risarcimento, comprese quelle relative all'applicazione del nesso di causalità¹⁰.

Sul punto la giurisprudenza nazionale è in primo luogo unanime nel riconoscere che il contratto a valle è inscindibile dalla volontà anticoncorrenziale dell'impresa in quanto è lo strumento attraverso cui si realizza il vantaggio anticompetitivo¹¹.

Venendo alla portata dell'onere probatorio gravante sull'attore, nel caso *Unipol*¹² la Cassazione ha ritenuto che lo stesso possa dirsi assolto quando l'attore allegghi in giudizio l'accertamento svolto dall'AGCM e la polizza assicurativa sottoscritta¹³.

Altrimenti, il giudice può desumere l'esistenza del nesso causale tra l'intesa e il danno «attraverso criteri di alta probabi-

lità logica o per il tramite di presunzioni probabilistiche che si fondino su un rapporto di conseguenza costante fra antecedente e dato consequenziale»¹⁴.

Tale presunzione probabilistica non esclude, però, la possibilità per il convenuto di offrire la prova contraria. La giurisprudenza, infatti, esclude in modo unanime l'approccio del "danno *in re ipsa*", secondo cui ad ogni violazione *antitrust* sarebbe riconducibile un danno per i consumatori. Tale approccio è in primo luogo smentito dai fatti, ad esempio nel caso di intesa a cui non sia stata data attuazione. Inoltre, nella sentenza *Manfredi* è stato specificato che «l'art. [101] deve essere interpretato nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa e, quando esiste un nesso di causalità tra essa ed il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno». L'esistenza, e la prova, del nesso di causalità è dunque elemento imprescindibile ai fini della richiesta risarcitoria. In ragione di quanto sopra, la Cassazione nella sentenza n. 2305/2007¹⁵ nel caso *Unipol* ha definito l'approccio del danno *in re ipsa* «aberrante».

Dunque, l'accertamento della violazione *antitrust* ribalta l'onere della prova circa la (in)sussistenza del nesso di causalità fra violazione e danno lamentato dal singolo sul convenuto, il quale per contrastare le presunzioni deve «dimostrare che la sequenza causale percorsa risulta spezzata da uno o più fatti diversi che da soli sono stati idonei a procurare il danno, oppure, ancora, accertare che quei fatti, insieme con l'intesa illecita, abbiano assunto il carattere di equivalenti causali nella produzione del danno»¹⁶.

La suprema Corte ha chiarito che il convenuto «è sempre ammesso a fornire

¹⁰ C. giust. CE, cause riunite C-295/298/04, *Manfredi*, punto 61.

¹¹ *Ex multis*, Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 495, in cui si osserva che «il cosiddetto contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti».

¹² Azione di *follow-on* ad un procedimento dell'AGCM, in esito al quale l'Autorità ha accertato un'intesa posta in essere da alcune compagnie assicurative che aveva portato ad un au-

mento del 20% circa del prezzo medio delle polizze RC auto.

¹³ In senso conforme Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiararia Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164 e Cass., sez. III, 21 marzo 2011, n. 6347, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 163.

¹⁴ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiararia Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

¹⁵ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 495.

¹⁶ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiararia Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

la prova contraria alla citata presunzione di responsabilità, dimostrando cioè l'interruzione del nesso causale tra la partecipazione al comportamento anticoncorrenziale illecito e l'aumento delle tariffe, ma per fare ciò non può richiamare circostanze che sono già state oggetto di accertamento, nel procedimento sanzionatorio, da parte dell'AGCM, né sono ammissibili prove generiche, riferite alla situazione generale del mercato assicurativo; infatti, la prova dell'insussistenza del nesso causale deve riguardare situazioni specifiche, attinenti alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato, alla singola polizza, tali da dimostrare che l'aumento del premio sia riferibile a circostanze concrete e non, invece, all'intesa illecita posta in essere dalle compagnie»¹⁷.

Il giudice è tenuto a valutare tutte le prove offerte dal convenuto per superare la presunzione di causalità¹⁸.

d) Il danno consiste nella lesione dell'interesse del consumatore a godere dei vantaggi di un mercato competitivo¹⁹.

Come chiarito nella sentenza *Manfredi*²⁰ il danneggiato ha diritto a vedersi riconosciuti il danno emergente ed il lucro cessante, oltre gli interessi, ossia ha diritto a vedere risarcito il valore reale della perdita subita.

Tale approccio risulta condiviso dal Libro Bianco della Commissione oltre che dalla stessa normativa speciale interna²¹.

¹⁷ Cass., sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro it.*, 2011, 10, I, p. 2675. In senso conforme Cass., sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486, in *Foro it.*, 2011, 10, I, p. 2674; Cass., sez. III, 18 agosto 2011, n. 17362, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, p. 1175; Cass., sez. III, 22 settembre 2011, n. 19262, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 3, p. 857; Cass., sez. III, 9 maggio 2012, n. 7039, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, p. 577.

¹⁸ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiarìa Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164. Nel caso di specie la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto sussistente il danno quantificandolo in misura pari alla sanzione irrogata alla compagnia assicurativa dall'Autorità Garante, definitivamente confermata dal giudice amministrativo, senza svolgere alcun accertamento, neanche mediante consulenza tecnica, in ordine ai fatti allegati dalla compagnia, al fine di verificare il nesso di causalità tra l'intesa ed il danno e senza detrarre dal premio lordo le somme non incassate dall'assicuratore perché relative ad imposte e oneri.

¹⁹ Esso, in particolare, consiste nell'«interesse

Per danno emergente si intende la perdita patrimoniale subita che, nel caso di procedimento per danni *antitrust*, sarà costituito dalle spese sostenute dall'attore per limitare gli effetti dannosi della condotta accertata (per esempio in caso di cartello sui prezzi da parte di alcuni distributori, il maggior costo dell'approvvigionamento delle materie prime altrove²²), dagli investimenti sopportati dall'impresa danneggiata che non hanno dato i risultati pianificati a causa degli effetti della condotta illecita subita (si pensi agli investimenti sopportati da operatori nuovi entranti nel mercato delle telecomunicazioni resi vani dalle condotte escludenti dell'operatore dominante²³ oltre ad eventuali vendite di beni e servizi in perdita - c.d. prezzo negativo) oltre che da tutte le spese sopportate per l'accertamento del danno (spese giudiziali, ricorso alla consulenza tecnica).

Il lucro cessante sarà invece costituito dal guadagno che il danneggiato avrebbe potuto conseguire in assenza della condotta incriminata. Nel caso di intesa sui prezzi, il mancato guadagno consiste nel minor prezzo che i clienti avrebbero dovuto pagare per acquistare i beni interessati dalla concertazione. Nel caso di abuso escludente, consistente ad esempio nel rifiuto a concedere l'accesso a risorse essenziali o nella conduzione di politiche di "*margin squeeze*" e di prezzi predatori,

ultraindividuale della libertà contrattuale, concretandosi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale» Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiarìa Sai* in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164. In senso conforme Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 495.

²⁰ C. giust. CE, "Manfredi", cit., § 95 e ss.

²¹ Si vedano l'art. 125 Codice Proprietà Intellettuale e l'art. 158 legge sul diritto d'autore.

²² Caso *International Broker*, App. Roma 31 marzo 2008 in *Il merito* 2008, 11, 29.

²³ Nel caso "Telsystem", App. Milano, 24 dicembre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 602 è stato chiarito che «il ritardato ingresso sul mercato di un concorrente in grado di offrire un servizio nuovo a causa dell'altrui condotta illecita si configura come danno da lucro cessante. Tale danno deve essere risarcito anche nel caso in cui il concorrente, non essendo potuto entrare sul mercato nel momento prescelto, abbia successivamente deliberato la messa in liquidazione della propria impresa, rinunciando definitivamente ad operare su tale mercato».

così come nel caso di intese fra concorrenti volte al boicottaggio di un soggetto terzo, il lucro cessante è costituito dal mancato profitto. Esso è rappresentato dal valore attuale dei margini di profitto persi in conseguenza del comportamento illecito (sia per mancato o ridotto margine sulle vendite effettive di beni e servizi sia per mancati ricavi aggiuntivi da cui sottrarre i costi fissi e variabili necessari per produrre tali ricavi).

I mancati ricavi aggiuntivi, al netto dei costi fissi e variabili aggiuntivi necessari per produrre tali ricavi, coincidono in determinati casi con il c.d. danno da perdita di *chances* che consiste nel mancato conseguimento, causato dalla condotta illecita, di un bene o di un vantaggio su cui il soggetto danneggiato aveva riposto affidamento²⁴. A differenza del lucro cessante tradizionalmente inteso, il conseguimento di tale vantaggio, in assenza del comportamento restrittivo, non è certo e dunque in questo caso il danno sarà calcolato applicando al valore del guadagno futuro la probabilità percentuale che esso potesse essere conseguito dal soggetto danneggiato. Ad esempio nel caso *Telsystem*, la perdita di *chances* è stata dedotta dalla mancata opportunità per un'impresa di essere il primo operatore a fornire un ser-

vizio innovativo sul mercato²⁵. La perdita di *chances* può però in alcuni casi consistere in un danno emergente da maggior costo ad esempio come nel caso *RC Auto* dove si è ritenuto di farlo coincidere con la perdita di possibilità per i consumatori di concludere polizze assicurative più vantaggiose²⁶.

La quantificazione del lucro cessante e della perdita di *chances* (ma non del danno emergente che, salvo il caso in cui consista in perdita di *chances*, dovrebbe sempre potersi quantificare in modo analitico) presuppone un confronto fra la situazione di fatto determinatasi a seguito dell'illecito *antitrust* e uno scenario ipotetico nel caso in cui lo stesso non avesse avuto luogo (metodo controfattuale o "*but for*"). I principali metodi indicati nella letteratura economica per individuare lo scenario controfattuale sono: a) il metodo "*before and after*"; b) il metodo "*yardstick*"; c) i metodi contabili. Sinteticamente col metodo "*before and after*" la stima del "*counterfactual*" emerge dal confronto tra lo scenario precedente all'infrazione *antitrust* e quello successivo ad essa, prendendo a riferimento lo stesso mercato geografico e del prodotto. Tale metodo è stato utilizzato dal giudice italiano in diverse occasioni²⁷. Il metodo "*yardstick*",

²⁴ Caso *Telsystem*, App. Milano, 24 dicembre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 602.

²⁵ Nel caso *Telsystem* (App. Milano, 24 dicembre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 602) è stato specificato che «il risarcimento del danno provocato dall'abuso di posizione dominante nel settore delle telecomunicazioni va determinato tenendo conto, fra l'altro, della perdita dell'opportunità di presentarsi quale prima impresa concorrente sul mercato liberalizzato dei gruppi chiusi di utenza. Tale opportunità deve ritenersi un bene acquisito al patrimonio della società per effetto dell'attività imprenditoriale da essa intrapresa la cui realtà non è contraddetta dalla difficoltà pratica di una esatta quantificazione cui si può ovviare attraverso una consulenza tecnica d'ufficio».

²⁶ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiarria Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

²⁷ Si veda, ad esempio, il caso *Albacom*, App. Roma, 20 gennaio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2474, avente ad oggetto un abuso escludente di Telecom Italia nel mercato dell'accesso a Internet a banda larga. La condotta di Telecom Italia era stata sanzionata dall'AGCM nel procedimento A285 - *Infostrada/Telecom Italia - Tecnologia ADSL* del 27 aprile 2001. In particolare, era stato accer-

tato che l'operatore monopolista offriva il servizio *broadband* ai concorrenti allo stesso prezzo applicato a livello *retail*, di conseguenza gli altri operatori non erano in grado di replicare le offerte sul mercato a prezzi competitivi. In questo caso il lucro cessante è stato quantificato nel mancato utile determinato dalla perdita di clientela, parametrata alla quota di mercato nei servizi su rete tradizionale (*narrowband*) detenuta dall'impresa attrice anteriormente all'infrazione. Tale percentuale è stata poi applicata alla dimensione complessiva del mercato dei servizi su banda larga nel periodo oggetto dell'abuso, ovvero al fatturato di Telecom Italia, unica impresa operativa sul nuovo mercato nel periodo dell'infrazione. In altre parole la corte ha ipotizzato che in assenza di infrazione, l'operatore nuovo entrante avrebbe acquisito sul mercato dei servizi a banda larga la stessa quota che deteneva sul mercato più maturo dei servizi su rete tradizionale. Sulla stessa fattispecie e con lo stesso esito si veda la decisione App. Roma, 20 gennaio 2003, *Wind*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 548. Un'altra applicazione del metodo "*before and after*" si rinviene nella decisione *BluVacanze* (App. Milano, 11 luglio 2003, in *Foro it.*, 2004, I, p. 597) dove il danno derivante da una condotta

invece, confronta, in uno stesso periodo temporale, la situazione del mercato geografico o del prodotto nel corso dell'infrazione con quella di un mercato geografico contiguo o di un mercato del prodotto simile. Una delle poche applicazioni di tale metodo si rinviene nella sentenza *Avir c. Eni*, che ha avuto ad oggetto la fornitura di gas da parte dell'operatore dominante ad un cliente industriale a condizioni ingiustificatamente gravose²⁸. Infine, i metodi contabili utilizzano i bilanci dell'impresa per individuare i profitti contabili ottenuti nel passato dalla stessa per proiettarli nel futuro e stabilire il valore dei profitti che l'impresa vittima di un'infrazione avrebbe ottenuto se la condotta illecita non fosse stata attuata.

Il danno può essere anche liquidato dal giudice in via equitativa, come ad esempio è accaduto nel caso *Fondiararia Sai*²⁹ ove il risarcimento è stato quantificato in una percentuale del premio pagato dagli assicurati assumendo che nel caso l'intesa non fosse avvenuta gli stessi avrebbero pagato un prezzo inferiore.

Il risarcimento può anche estendersi al danno reputazionale o danno all'immagine che si configura nel caso di esclusione di un'impresa da un mercato in cui aveva acquisito un certo grado di popolarità, oppure nell'impossibilità per un'impresa di proporre offerte competitive a differenza dei concorrenti. In questo caso il danno può essere quantificato anche

di boicottaggio è stato parametrato al fatturato realizzato dall'impresa lesa nell'anno precedente la condotta restrittiva rimodulato sulla base della crescita complessiva che il mercato aveva subito. In questo caso, dunque, lo scenario di riferimento ha subito aggiustamenti dovuti a fattori esterni. Altri esempi di applicazione del metodo "before and after" si rinviengono nel caso *Valgrana* (App. Torino, 7 febbraio 2002, confermato da Cassazione, 10 gennaio 2008, n. 355 in *Foro it.*, 2008, 3, I, 739), *Inaz Paghe* (App. Milano, 10 dicembre 2004, confermata da Cassazione, 13 febbraio 2009, n. 3640 in *Foro it.*, 2010, 6, I, p. 1901) e *International Broker* (App. Roma, 31 marzo 2008, in *Il merito*, 2008, 11, p. 29).

²⁸ In questo caso il danno, nella forma del sovrapprezzo versato, è stato calcolato facendo riferimento non alle condizioni di un mercato contiguo, ma a quelle di un mercato ritenuto vicino a condizioni di concorrenza perfetta, ovvero la piazza di Londra. Decisione App. Milano, 16 settembre 2006. Conforme Cassazione n. 7039, 9

sulla base delle spese sostenute dall'impresa per ripristinare la sua immagine danneggiata³⁰.

I danni punitivi, invece, generalmente in Italia non vengono riconosciuti, tenuto conto della funzione compensativa del danno *antitrust* e delle limitazioni poste dal codice civile al danno risarcibile. Isolato caso di riconoscimento dei danni punitivi si rinviene nel procedimento successivo alla pronuncia pregiudiziale relativa al caso *Manfredi* nel quale il giudice ha riconosciuto all'attore non solo il sovrapprezzo pagato in conseguenza dell'intesa fra le compagnie assicurative, ma anche «una somma di danaro tale da aver anche l'effetto deterrente nei confronti della parte convenuta e di terzi»³¹. Tale approccio non ha, però, trovato applicazioni ulteriori.

III. L'OSTACOLO DELL'ASIMMETRIA INFORMATIVA E GLI STRUMENTI PROCESSUALI A DISPOSIZIONE DELL'ATTORE

1. *Artt. 115 c. 2, 116, 210, 213 c.p.c.* – Nelle cause di risarcimento del danno *antitrust* un problema spinoso è rappresentato dall'accesso alle prove visto che i consumatori si trovano, come detto, in una posizione di forte asimmetria informativa rispetto alle imprese che hanno adottato la condotta illecita.

Tale asimmetria informativa potrebbe essere superata garantendo nelle azioni

maggio 2012, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, p. 577 (in cui si fa riferimento ai premi assicurativi pagati in Europa).

²⁹ Cass., n. 2305/2007.

³⁰ Nella sentenza *Bluvacanze* (App. Milano, 11 luglio 2003) il giudice ha osservato che «il distributore che, in conseguenza di una campagna stampa costituente parte integrante dell'illegittima strategia escludente attuata da alcuni fornitori, abbia subito un pregiudizio alla propria immagine e reputazione commerciale, ha diritto al risarcimento del danno, quantificabile in via equitativa».

³¹ GdP Bitonto, 21 maggio 2007. In sostanza il giudice ha voluto fare applicazione del metodo inizialmente suggerito dalla stessa Commissione europea nel Libro Verde del 2005 in base al quale il danno avrebbe dovuto essere quantificato in un ammontare doppio di quello effettivo in ossequio al principio di effettività dettato dalla Corte di Giustizia nella propria pronuncia pregiudiziale. Relativamente a tale decisione è pendente l'appello dinanzi la Corte d'Appello di Bari.

follow-on la divulgazione del materiale probatorio acquisito durante l'istruttoria condotta dall'Autorità di concorrenza. Tale divulgazione, ove non circoscritta, potrebbe, però, dar luogo a degli abusi.

Per bilanciare tali opposte esigenze, il Libro Bianco propone di riconoscere in tutta l'UE un livello minimo di divulgazione *inter partes*, sulla falsa riga di quanto previsto dalla Direttiva 2004/48/CE in materia di diritti di proprietà intellettuale – c.d. Direttiva *Enforcement*³² –, volta a garantire che l'accesso alle prove si fondi sull'allegazione dei fatti da parte dell'attore e su un rigoroso controllo giurisdizionale della fondatezza dell'azione e della proporzionalità della richiesta di divulgazione.

Altro punto cruciale affrontato dal Libro Bianco è quello dell'interazione fra accesso alle prove nei procedimenti di *private enforcement* e l'attrattiva dei programmi di clemenza nell'ambito del *public enforcement*.

Infatti, la divulgazione "indiscriminata" delle prove fornite dall'impresa che ha fatto richiesta di trattamento favorevole potrebbe risolversi in un boomerang nei suoi confronti in quanto la stessa potrebbe essere esposta in sede civilistica alle richieste di risarcimento dei danni fondate proprio sulle prove fornite in sede *antitrust*. Tale circostanza potrebbe avere un effetto deterrente sull'efficacia dei programmi di clemenza, strumento di grande efficacia nella scoperta delle intese anticoncorrenziali.

Sul punto, il Libro Bianco propone che sia garantita una tutela adeguata contro la divulgazione delle dichiarazioni rilasciate dalle imprese che presentano richiesta di trattamento favorevole, in particolare che tale tutela si applichi:

– a tutte le dichiarazioni rilasciate da tutti i richiedenti il trattamento favorevole, relativamente ad una violazione dell'articolo 101 TFUE (anche quando la normativa nazionale *antitrust* viene applicata in parallelo);

– indipendentemente dal fatto che la richiesta di trattamento favorevole venga accettata, respinta o non determini alcuna decisione da parte dell'Autorità di concorrenza.

La tutela si applica nel caso in cui la divulgazione venga ordinata da un giudice, sia prima che dopo l'adozione di una decisione da parte dell'Autorità per la concorrenza.

Altra proposta contenuta nel Libro Bianco e volta a garantire l'attrattiva dei programmi di clemenza è quella di limitare la responsabilità civile del beneficiario dell'immunità rispetto alle richieste di risarcimento presentate dai suoi partner contrattuali diretti ed indiretti. Il beneficiario dell'immunità avrebbe l'onere della prova di dimostrare la misura in cui la sua responsabilità dovrebbe essere limitata.

In materia di accesso alla prova, si registra una notevole apertura da parte della giurisprudenza comunitaria.

Il Tribunale comunitario ha specificato che l'accesso ai documenti di un fascicolo non può essere negato per il solo fatto che tale accesso possa rendere meno efficaci i programmi di clemenza. Un diniego di accesso deve essere, quindi, motivato sulla base di specifiche motivazioni collegate allo scopo dell'investigazione³³.

Allo stesso modo, sempre il Tribunale ha ritenuto che l'interesse di una società, che ha preso parte ad un cartello vietato, a evitare azioni di risarcimento del danno non può essere considerato un interesse commerciale meritevole di tutela tale da limitare l'esercizio del diritto alla raccolta delle prove. In particolare, il Tribunale ha sottolineato che lo scopo del Regolamento 1049/2001 è quello di dare a chiunque il più ampio diritto all'accesso alla documentazione detenuta dalle istituzioni comunitarie, dunque la deroga a tale principio va applicata in modo restrittivo.

Cruciale per la definizione dell'ampiezza della *disclosure* dei documenti raccolti nell'ambito di un procedimento di clemenza è la sentenza *Pfleiderer*³⁴. In essa

³² Dir. 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 29 aprile 2004. Si veda in particolare l'art. 6.

³³ Trib. UE, 15 dicembre 2011, T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Commissione*.

³⁴ C. giust. UE, 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*.

la Corte di Giustizia ha dato risposta alla domanda di pronuncia pregiudiziale rimessa dal giudice tedesco³⁵ in merito all'ampiezza del diritto di accesso agli atti di un procedimento istruttorio in materia di intese. In particolare, il Tribunale nazionale chiedeva se tale accesso dovesse essere integrale e potesse essere accordato anche con riferimento ai documenti volontariamente trasmessi dalle imprese partecipanti al cartello e richiedenti il programma di clemenza, ai fini della proposizione di una domanda di risarcimento del danno in sede civile da parte di un'impresa terza danneggiata dall'accertato cartello. A tal proposito, l'Avvocato Generale Mazak nelle sue Conclusioni³⁶ aveva proposto che le dichiarazioni autoincriminanti non fossero rese accessibili a differenza di tutte le informazioni preesistenti presentate dall'impresa nell'ambito della procedura di clemenza.

Nella sentenza, la Corte di Giustizia ha osservato che, in assenza di specifiche disposizioni comunitarie che regolino il diritto di accesso ai documenti relativi ad

un procedimento di clemenza, spetta al giudice nazionale adito stabilire di volta in volta se agli attori debba essere concesso tale accesso³⁷. Il giudice nazionale, inoltre, ha il compito di verificare se le norme applicabili non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano domande simili di natura interna né siano formulate in modo da rendere impossibile o eccessivamente oneroso il conseguimento del risarcimento. Dunque, la portata del diritto di accesso non è stata chiarita, ma è stata rimessa alle valutazioni caso per caso dei giudici nazionali³⁸.

Venendo a quanto previsto dalla normativa interna italiana, i mezzi istruttori di cui possono avvalersi la parte attrice ed il giudice per l'accertamento del danno e per la quantificazione del risarcimento sono:

su iniziativa o istanza di parte: *i*) produzione di documenti; *ii*) prove testimoniali; *iii*) interrogatorio formale della controparte; *iv*) richiesta di consulenza tecnica; *v*) richiesta di ordine di esibizione di documenti *ex art.* 210 c.p.c.;

³⁵ Decisione dell'*Amtsgericht Bonn*, 4 agosto 2009.

³⁶ Presentate il 16 dicembre 2010.

³⁷ La Corte ha chiarito che «le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di intese, ed in particolare il regolamento n. 1/2003, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a che un soggetto, danneggiato da un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione e che intenda conseguire il risarcimento del danno, ottenga l'accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l'autore di tale infrazione. Spetta tuttavia ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale, determinare le condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, ponderando gli interessi tutelati dal diritto dell'Unione» (*Pfleiderer*, § 32).

³⁸ Nel prosieguo della causa che ha generato la sentenza *Pfleiderer*, il giudice tedesco ha negato l'accesso ai documenti depositati dai *leniency applicants*, ritenendo che le vittime dell'intesa avessero già avuto accesso alla versione non confidenziale della decisione, all'indice dei documenti dell'istruttoria e ad altri documenti non legati al programma di clemenza, e che dunque disponessero già di elementi sufficienti per esercitare il diritto di difesa in sede civile. Dunque, nel caso concreto è stato adottato l'approccio suggerito dall'Avvocato Generale Mazak.

Altra applicazione concreta della sentenza *Pfleiderer* è rappresentata dal caso *National Grid*

(*National Grid Electricity Transmission PLC c. ABB Limited and others*, 12 giugno 2009) azione *follow-on* intentata dalla società inglese di gestione della rete elettrica e gas per il risarcimento dei danni derivanti dal cartello "*Gas Insulated Switchgear*". In particolare, il giudice chiedeva l'intervento della Commissione per stabilire se la sentenza *Pfleiderer* (che riguarda un caso di *disclosure* di documenti raccolti durante un'istruttoria *antitrust* dinanzi al giudice nazionale) potesse essere applicato anche nei confronti della Commissione, ovvero se il giudice nazionale potesse chiedere alla stessa la *disclosure* di documenti raccolti durante un'istruttoria e, nel caso di risposta positiva, come dovesse effettuarsi il *balancing test* fra protezione dei richiedenti l'immunità e diritto alla *disclosure*. La Commissione, dopo aver risposto affermativamente al primo quesito, ha chiarito che le imprese che cooperano volontariamente nell'ambito di un programma di clemenza non dovrebbero essere esposte al rischio di subire conseguenze più dannose rispetto a quelle che non cooperano. Il giudice dovrebbe quindi decidere sull'istanza di accesso valutando di volta in volta se per ogni singolo documento richiesto la *disclosure* esponga o meno l'*immunity applicant* ad una responsabilità maggiore rispetto ai co-cartellisti. Inoltre, il giudice dovrebbe valutare la proporzionalità della richiesta, ovvero stabilire se il documento richiesto sia in effetti rilevante e non esistano mezzi alternativi per ottenere le informazioni in esso contenute.

per ordine del giudice: *i*) consulenza tecnica; *ii*) richiesta di informazioni alla P.A.; *iii*) ispezioni; *iv*) interrogatorio libero delle parti; *v*) giuramento suppletorio o estimativo; *vi*) approfondimento della prova testimoniale.

Prima di esaminare alcuni esempi di uso concreto dei più comuni e rilevanti di tali strumenti, vale la pena rilevare come in determinati casi la giurisprudenza abbia fatto ricorso al c.d. fatto notorio, cioè nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (art. 115 c. 2 c.p.c.), ad esempio per la prova della sussistenza del nesso causale³⁹.

Per quanto qui di interesse, ci si soffermerà ora sulla richiesta di ordine di esibizione dei documenti *ex* art. 210 c.p.c., sulla richiesta di informazioni alla P.A. e sulla consulenza tecnica.

Secondo quanto previsto dall'art. 210 c.p.c., su istanza di parte il giudice può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Tale istanza incontra i limiti previsti dall'art. 118 c.p.c. in relazione all'ispezione di cose. L'esibizione non può pertanto essere disposta qualora costringa la parte o il terzo a violare uno dei segreti previsti dagli articoli 351 e 352 del codice di procedura penale (cioè, segreto di stato, segreto professionale o segreto d'ufficio), oppure comporti un grave danno alla parte o al terzo⁴⁰. Quanto al grave danno esso è ravvisabile, ad esempio, nella lesione del diritto alla riservatezza allorché la stessa, prospettabile come conseguenza dell'esibizione, appaia di notevole entità⁴¹. Ai sensi di costante giurisprudenza: *i*) l'ordine di esibizione è

provvedimento discrezionale del giudice⁴²; *ii*) lo stesso deve riguardare non documenti generici, ma documenti che siano stati specificamente indicati dalla parte istante e dei quali sia noto il contenuto⁴³; *iii*) che risultino indispensabili ai fini della prova dei fatti controversi⁴⁴; e *iv*) non siano altrimenti acquisibili dalla parte⁴⁵.

Applicando tali principi alla fattispecie di interesse, pare ragionevole concludere che anche gli atti di un'istruttoria condotta dall'Autorità *antitrust* possano essere oggetto di un'istanza *ex* art. 210 c.p.c., purché siano specificamente individuati dall'attore nella stessa. L'attore potrà, ad esempio, chiedere l'esibizione dei documenti richiamati dalla decisione finale a fondamento delle valutazioni dell'Autorità o di altri indicati nell'elenco dei documenti presenti nel fascicolo istruttorio. Inoltre, considerato il punto *iv*), la parte istante dovrebbe dimostrare di aver richiesto l'accesso all'AGCM e che questo sia stato negato. A tale conclusione si perviene pure considerando il disposto dell'art. 213 c.p.c., ai sensi del quale il giudice, fuori dei casi previsti negli articoli 210 e 211 c.p.c., può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa che è necessario acquisire al processo. La giurisprudenza è unanime nell'affermare che la richiesta di informazioni alla p.a. è provvedimento discrezionale del giudice che non può essere esercitato in sostituzione o in alternativa al mancato adempimento dell'onere probatorio della parte che ometta di chiedere l'esibizione a carico della p.a., qualora ne ricorrano i pre-

³⁹ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondaria Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

⁴⁰ App. Milano, 22 luglio 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 246.

⁴¹ Cass., sez. VI, 23 agosto 2011, n. 17602, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, p. 1246.

⁴² Cass., sez. III, 2 febbraio 2006, n. 2262, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2; Cass., sez. I, 17 maggio 2005, n. 10357, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5.

⁴³ In particolare, tale mezzo istruttorio «non può essere richiesto ed ammesso al solo scopo di indagare se la prova possa essere rinvenuta nei documenti stessi, altrimenti lo stesso servirebbe a supplire al mancato assolvimento dell'onere della

prova a carico della parte istante». Cass., sez. lav., 8 agosto 2006, n. 17948, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10; Cass., sez. lav., 25 maggio 2004, n. 10043, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5. In questo lo strumento processuale differisce dall'ordine di *discovery* tipico della procedura anglosassone che riguarda categorie di documenti anche solo potenzialmente esistenti e nella disponibilità della parte che riceve l'ordine.

⁴⁴ Cass., sez. I, 8 settembre 2003, n. 13072, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 9.

⁴⁵ Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 149, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 42; Cass., sez. lav., 25 maggio 2004, n. 10043, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5.

supposti *ex art.* 210⁴⁶ e relativamente alle prove che essa sia in grado di procurarsi direttamente⁴⁷. Di conseguenza, la richiesta di informazioni non può avere ad oggetto l'esibizione di una prova precostituita in possesso della p.a. Il presupposto della richiesta è, oltre quello della necessità dell'acquisizione, l'impossibilità per la parte di produrre o fornire in giudizio documenti della p.a. e/o informazioni ad essi relativi, il che equivale a dire che l'iniziativa del giudice sarebbe possibile con riguardo a fatti o ad atti della p.a. che non potrebbero provarsi altrimenti⁴⁸.

In ambito *antitrust*, la materia è regolata dalla l. 287/1990 e dal d.P.R. 217/1998.

In particolare, l'art. 14 l. 287/1990 e l'art. 12 del d.P.R. 217/1998 prevedono che tutte le informazioni ed i dati riguardanti le imprese oggetto di istruttoria da parte dell'Autorità sono tutelati dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni e che gli stessi possono essere utilizzati soltanto per lo scopo per il quale sono stati richiesti.

Nel caso in cui la richiesta di informazioni e dati raccolti durante un'istruttoria venga indirizzata da un giudice, come per esempio nel caso di istanza ai sensi dell'art. 210 c.p.c. o in applicazione dell'art. 213 c.p.c., riteniamo che l'opponibilità del segreto d'ufficio debba essere circoscritta alla sola ipotesi in cui l'ostensione del documento possa arrecare un grave danno al soggetto terzo, e debba in ogni caso essere adeguatamente ed analiticamente motivata dall'Autorità⁴⁹.

Quanto all'ordine di esibizione *ex art.* 210 c.p.c. rivolto invece a parte convenuta, se è vero che esso è generalmente ritenuto non suscettibile di esecuzione coattiva in caso di rifiuto in quanto non è prevista una norma che ne disciplini le modalità di attuazione⁵⁰, è anche vero che è pacifico che il giudice possa trarre da tale "contegno processuale", se il rifiuto è ingiustificato, argomenti di prova a danno della parte in diretta applicazione dell'art. 116 c. 2° c.p.c.

Con specifico riguardo al diritto di accesso ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità nei procedimenti concernenti intese e abusi di posizione dominante, l'art. 13 del d.P.R. 217/1998 prevede che lo stesso «è riconosciuto nel corso dell'istruttoria dei procedimenti stessi ai soggetti direttamente interessati di cui all'articolo 7, comma 1. Qualora i documenti di cui al comma 1 contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti, il diritto di accesso è consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio. I documenti che contengono segreti commerciali sono sottratti all'accesso. Qualora essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, gli uffici ne consentono l'accesso, limitatamente a tali elementi. Nel consentire l'accesso nei casi di cui ai commi 2 e 3 e nel rispetto dei criteri ivi contenuti, gli uffici tengono conto, adottando tutti i ne-

⁴⁶ Cass., sez. lav., 13 marzo 2009, n. 6218 in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, p. 454.

⁴⁷ Cass., sez. Trib., 27 giugno 2003, n. 10219, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 6.

⁴⁸ Cass., sez. I, 12 dicembre 1988, n. 6734 in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 12.

⁴⁹ Recentemente, l'AGCM si è opposta all'ordine di trasmissione di parte della documentazione acquisita dalla stessa Autorità nell'ambito del procedimento istruttorio A357 (avente ad oggetto l'abuso di posizione dominante perpetrato da Telecom e Wind, accusata delle stesse condotte Vodafone ha evitato la condanna offrendo impegni, sul mercato dei servizi di telefonia mobile), ordine formulato ai sensi dell'art. 213 c.p.c. dal Tribunale di Milano nell'ambito della causa civile intentata dalla società BT Italia contro Vodafone

onde ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'illecito. La richiesta, in particolare, riguardava la versione confidenziale della comunicazione delle risultanze istruttorie ed alcuni documenti utili alla ricostruzione dei costi interni di Vodafone (peraltro piuttosto datati perché risalenti a vari anni prima). In tale circostanza, l'Autorità ha motivato genericamente il suo rifiuto sulla base del vincolo del segreto d'ufficio di cui agli articoli 14 della l. 287/1990 e 12 del d.P.R. n. 217/1998, senza dare motivazioni ulteriori circa il danno che sarebbe derivato alla convenuta a seguito dell'ostensione degli stessi documenti.

⁵⁰ Cass., sez. III, 10 dicembre 2003, n. 18833, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 12; Cass., sez. lav., 6 dicembre 1983, n. 7289, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 11.

cessari accorgimenti, dell'interesse delle persone e delle imprese a che le informazioni riservate o i segreti commerciali non vengano divulgati».

Dunque il d.P.R. 217/98 tutela l'accesso "procedimentale" o "partecipativo", volto a consentire alle parti in causa l'esercizio del diritto di difesa⁵¹. I soggetti legittimati sono le parti del procedimento e gli intervenienti.

Esso si distingue dall'accesso c.d. "informativo" da parte di terzi che non hanno partecipato al procedimento e che è riconosciuto dagli artt. 22 e ss. della l. 241/1990. In particolare, l'art. 24 c. 7 prevede che «deve essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile». L'art. 23 prevede, inoltre, che «il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti». In questo caso il bene giuridico tutelato è la trasparenza dell'attività amministrativa ed i soggetti legittimati sono i titolari di un interesse diretto, concreto e attuale volto alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti collegata al documento del quale è richiesto l'accesso.

Sulla natura dell'interesse tutelato dall'accesso informativo, il Tar Lazio, nella sentenza n. 24996 del 13 luglio 2010⁵² ha chiarito che «un interesse del tutto etero-

geneo rispetto all'oggetto dell'attività amministrativa posta in essere dall'Autorità non può ritenersi un interesse giuridico ai sensi dell'art. 24 comma 7 l. 241/1990, in quanto totalmente estraneo alle finalità, non solo di carattere partecipativo, ma anche di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa, cui sono preordinate le norme sull'accesso ai documenti dell'Amministrazione⁵³. In definitiva, in ragione della ratio del "corpus" normativo in materia, gli interessi giuridici considerati dall'art. 24 comma 7, l. n. 241 del 1990 devono ritenersi quelli – e solo quelli – coinvolti dall'azione amministrativa in relazione alla quale la richiesta di accesso, ancorché successivamente alla conclusione del procedimento, sia stata avanzata». Applicando tale principio alla fattispecie di nostro interesse, dunque, l'accesso agli atti dell'AGCM è ammissibile purché si dimostri che l'interesse all'accesso sia collegato all'attività amministrativa cui inerisce il documento del quale è chiesta l'ostensione.

L'accesso informativo incontra i limiti previsti per l'accesso procedimentale, cioè lo stesso non può estendersi alle informazioni riservate di carattere commerciale.

Il punto è stato trattato dalla sentenza *Alitalia*⁵⁴, in cui il Tar ha specificato che anche nel caso di accesso *ex art. 24 comma 7 l. 241/1990* trovano applicazione le garanzie «di riservatezza delle informazioni di carattere commerciale, industriale e finanziario, e di inaccessibilità degli atti contenenti i segreti commerciali,

⁵¹ Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 6, p. 1868.

⁵² Causa intentata dal Codacons a seguito del diniego di accesso da parte dell'AGCM a tutta la documentazione raccolta dalla stessa Autorità nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle commissioni di massimo scoperto bancario.

⁵³ La decisione puntualizza che «diversamente opinando, d'altra parte, si perverrebbe alla paradossale conclusione che ogni p.a. potrebbe essere destinataria di richieste di accesso indiscriminate, per il solo fatto di formare – o detenere – stabilmente documenti, anche da parte di soggetti che perseguono un interesse completamente estraneo agli interessi, siano essi pubblici o privati, coinvolti dall'azione amministrativa e, quindi, per fini totalmente diversi da quelli per i quali l'accesso agli atti è stato legislativamente previsto».

⁵⁴ TAR Lazio, 10 febbraio 2012, n. 1344, in *Foro amm. TAR*, 2012, 2, p. 452. *Alitalia*, in particolare, ha presentato ricorso al TAR Lazio per ottenere l'annullamento del provvedimento con cui l'AGCM le negava l'accesso ad alcuni atti del procedimento sanzionatorio *I/641* (conclusosi con il provvedimento n. 15604 del 14 giugno 2006) che aveva accertato il ricorrere di un'intesa fra alcune compagnie petrolifere nel mercato del *jet fuel*, accesso richiesto da Alitalia ai fini di valutare l'esperibilità di un'azione di risarcimento danni in sede civile. In particolare, l'AGCM ha consentito alla ricorrente accesso a tutta la documentazione non riservata e l'indice di tutti i documenti contenuti nel fascicolo, negando l'accesso ai documenti interni, predisposti dalle parti del procedimento, contenenti informazioni sensibili in tema di vendite, costi e strategie commerciali. Tale approccio è stato condiviso dal TAR.

recate dal ridetto art. 13 del d.P.R. 217/1998, che possono essere superate solo alle condizioni previste dalla stessa disposizione, ovvero specificamente laddove tali atti risultino essenziali per la difesa». Il Tar ha anche specificato che «il c.d. principio di parità delle armi non comporta, neanche per il diritto comunitario, che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica, più limitatamente, ma comunque incisivamente, che sia consentito alle imprese di conoscere il contenuto dell'intero fascicolo in possesso della pubblica amministrazione, anche con l'indicazione degli atti eventualmente secretati e del relativo contenuto, e che, in relazioni ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la secretazione sia strettamente limitata alla c.d. parti sensibili del documento».

2. (Segue) *La consulenza tecnica d'ufficio e delle parti: artt. 191 e 201 c.p.c.* – Altro mezzo istruttorio di cui può avvalersi il giudice, e la stessa parte nel contraddittorio (artt. 191 e 201 c.p.c.), del procedimento volto al risarcimento del danno *antitrust* è quello della consulenza tecnica. La consulenza tecnica non rappresenta un mezzo di prova, ma piuttosto un mezzo di ausilio per il giudice, volto alla più approfondita conoscenza dei fatti già provati dalle parti, la cui interpretazione richiede nozioni di scienza specialistica. In altre parole, la consulenza tecnica non può sopperire all'inerzia delle parti del procedimento, non potendo essere disposta per ovviare alle carenze probatorie imputabili alle parti stesse⁵⁵. In alcuni casi, però, la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, quando in particolare si risolve in uno strumento, oltre che di valutazione tecnica, anche di accertamento di situazioni di fatto rilevabili solo con il ricorso a determinate co-

gnizioni tecniche, quando cioè i dati costituenti l'oggetto della prova invocata non siano percepibili, per la loro intrinseca natura, dall'uomo di normale diligenza e debbano essere perciò rilevati dal consulente tecnico, che dunque in questo caso adempie la duplice funzione di individuare e valutare l'oggetto della prova⁵⁶. In questo caso (in cui la consulenza costituisce fonte di prova) è necessario e sufficiente che la parte interessata deduca il fatto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche⁵⁷.

Per quanto fin qui detto, emerge con evidenza la funzione e l'utilità di tale mezzo di prova specie in relazione alla quantificazione del danno subito in conseguenza di un illecito *antitrust* che spesso implica l'utilizzo di nozioni tecniche ed in generale il ricorso a prove economiche di particolare complessità⁵⁸. Sul punto, la Cassazione ha osservato, con riferimento ad un'azione di risarcimento del danno derivante da un'intesa restrittiva, che «una volta accertata l'intesa e dimostrato che nel periodo di durata della stessa il consumatore ha contrattato con un partecipante all'intesa, nel determinare l'ammontare del danno, il giudice può fare ricorso a criteri probabilistici. Il partecipante all'intesa può dare la prova contraria. Ove intenda farlo chiedendo la predisposizione di una consulenza tecnica di ufficio, deve indicare specificamente quali momenti o fasi vadano verificati e su quali atti ritualmente acquisiti al processo»⁹.

Le valutazioni espresse dal consulente tecnico d'ufficio non hanno efficacia vincolante per il giudice che, in applicazione del principio della libera valutazione delle prove *ex art.* 116 c.p.c., può legittimamente disattenderle attraverso una valutazione critica che sia ancorata alle risultanze processuali⁶⁰ o ad altre argomentazioni tratte da proprie personali cognizioni tecniche⁶¹ e che risulti con-

⁵⁵ Cass., sez. lav., 5 ottobre 2006, n. 21412, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10; Cass., sez. I, 5 luglio 2007, n. 15219, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8.

⁵⁶ Cass., sez. III, 19 gennaio 2006, n. 1020, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1.

⁵⁷ Cass., sez. III, 7 dicembre 2005, n. 27002, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 12.

⁵⁸ Cass., sez. I, 20 giugno 1996, n. 5718, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 898.

⁵⁹ Cass., sez. III, 21 marzo 2011, n. 6347, in *Foro it.*, 2011, 6, I, p. 1723.

⁶⁰ Cass., 14 gennaio 1998, n. 333.

⁶¹ Cassazione, sez. II, 26 febbraio 1998, n. 2145 in *Foro it.* 1998, I, 2197.

gruamente e logicamente motivata. Allo stesso modo, come detto, la consulenza può costituire fonte oggettiva di prova, ovvero il giudice può trarre dalla stessa elementi di giudizio determinanti ai fini della decisione della controversia, anche nel caso in cui tali dati siano difformi o in contrasto con altre risultanze istruttorie⁶².

RINO CAIAZZO

Bibliografia

S. BARIATTI - L. PERFETTI, «Prime osservazioni sulle previsioni del “Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust” della Commissione e del Codice del consumo», in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, (a cura di) F. ROSSI DAL POZZO - B. NASCIBENE, 2009, p. 3 ss.; R. CAIAZZO, «Illecito anticoncorrenziale, tutela del consumatore e *class action*: una nuova era per il *private enforcement* in Ita-

lia?», in *IX edizione della conferenza “Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell’Unione Europea”*, Treviso, 20-21 maggio 2010; A. FRIGNANI, «L’onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito antitrust», in *Dir. ed econ. dell’ass.*, 2011, IV, p. 1332 ss.; V. MOSCA, «*Private enforcement antitrust*: accertamento e quantificazione del danno», in *Il dir. ind.*, 2010, V, p. 457 ss.; G. MUSCOLO, «Il danno da illecito *antitrust*», in *X edizione della conferenza: “Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell’Unione Europea”*, Treviso, 17-18 maggio 2012; M. TAVASSI, «Il risarcimento del danno in materia antitrust nella esperienza dei giudici italiani», in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, (a cura di) F. ROSSI DAL POZZO - B. NASCIBENE, 2009, p. 41 ss.; M. TODINO - E. BOTTI, «Azioni risarcitorie per illecito *antitrust*. Recenti sviluppi e interazione con il *public enforcement*», in *X edizione della conferenza: “Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell’Unione Europea”*, Treviso, 17-18 maggio 2012, p. 9 e ss.; L. VASQUES, «*Private enforcement* della disciplina *antitrust* in Italia: si può fare?», in *Danno e responsabilità*, 2012, VIII-IX, p. 824 ss.

⁶² Cassazione, 19 aprile 1988, n. 3064.