

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La quantificazione del danno nel processo *antitrust*

Sommario: I. LE FUNZIONI DEL PROCESSO *ANTITRUST* E LA FASE ISTRUTTORIA. – II. I TIPI DI PROVA NEL PROCESSO *ANTITRUST*. – 1. L'uso della consulenza tecnico-economica. – III. LA SELEZIONE DEGLI ESPERTI DA PARTE DELLE CORTI. – IV. LA GESTIONE DELLA PROVA DA PARTE DEL GIUDICE SPECIALIZZATO E IL RUOLO DEGLI ECONOMISTI. – IV. LA VALUTAZIONE DELLA PROVA E IL SUO *STANDARD*. – 1. Il valore probatorio delle decisioni della Commissione e dell'Agcm. – 2. La liquidazione equitativa del danno. – VI. IL MODELLO DI GIUDICE *ANTITRUST*.

I. LE FUNZIONI DEL PROCESSO *ANTITRUST* E LA FASE ISTRUTTORIA

Il discorso sul *private enforcement* del diritto *antitrust*, quale attuazione delle regole del diritto della concorrenza davanti alle corti, è anche un discorso sul processo, e non può che iniziare dalla identificazione della funzione del processo stesso.

Nel dibattito generale a proposito, al processo sono state attribuite diverse funzioni: tra queste quella epistemica, quella economica e quella di mera soluzione di conflitti.

La premessa al mio discorso è la identificazione, per il processo *antitrust*, un processo *fact intensive* per eccellenza, di una preminente funzione di ricerca della verità dei fatti, ancorché come mera verità processuale.

In questo contesto la prova costituisce il mezzo privilegiato di acquisizione delle informazioni utili per l'accertamento di detta verità e in esso si situano le teorie inglesi e nordamericane sulla *law of evidence*.

L'accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso attraverso la valutazione delle prove raccolte è uno dei criteri di giustizia e razionalità della decisione, che non si esaurisce nella corretta interpretazione delle disposizioni rilevanti per il caso, ma si estende all'accertamento veritiero dei fatti controversi.

Da ciò discende il ruolo del giudice della concorrenza come giudice del caso,

finder of the fact, della cui professionalità è profilo indispensabile la perizia nella gestione della fase istruttoria e la capacità di correlazione di questa con quella decisoria.

La voce esamina alcune questioni poste dalla prova nel processo di concorrenza ed in particolare nelle azioni di *private enforcement* di condanna al risarcimento del danno da illecito *antitrust*:

Ancorché la stessa applicazione della regola generale dell'onere della prova in questo processo presenti alcune criticità, le norme di diritto sostanziale a proposito esulano dalla mia disamina.

Esulano da questa altresì le norme, di diritto processuale, relative alla gestione della prova nella fase della sua raccolta, cioè istruttoria, con particolare riferimento all'accesso delle parti alla prova.

Sono invece oggetto di esame i tipi di prova più utilizzati nella prassi del processo di concorrenza e, in particolare, la prova tecnico-economica, e dunque le norme sulla consulenza tecnica applicati ai casi *antitrust*.

Speciale attenzione è prestata alle regole sulla valutazione della prova raccolta da parte del giudice nella fase di *decision making*, e allo *standard* di evidenza dei fatti richiesto per la condanna al risarcimento del danno e la sua liquidazione.

Conclude la voce una proposta di modello di giurisdizione e di giudice ottimale per la *private litigation antitrust*, e la sua importanza per trasformare il nostro sistema in materia da sistema tradizionalmente caratterizzato dal *public enforcement* in sistema effettivamente a due pilastri, in cui il *private enforcement* giochi un ruolo essenziale nella tutela dei diritti.

II. I TIPI DI PROVA NEL PROCESSO *ANTITRUST*

La attribuzione al processo di concorrenza di una precipua funzione epistemologica ha effetti anche sulla selezione del tipo di prove utilizzate nella prassi dell'accertamento della verità dei fatti.

In particolare la scelta legislativa di prove legali e la tesi favorevole alla gerarchia delle prove costituiscono dei limiti controepistemici, che come tali non appaiono particolarmente adatti alla applicazione nei casi di azioni di risarcimento del danno *antitrust*.

Ad esempio, la fattispecie della confessione, prova legale per eccellenza, è declinata nel diritto della concorrenza in modo speciale nel contesto del *public enforcement* all'interno dell'istituto dei programmi di clemenza, ma nel *private enforcement* di un litigio tra privati è difficilmente ipotizzabile.

Inoltre, le prove dirette e tipiche, e soprattutto quelle documentali, ancorché acquisite con la *disclosure*, non esauriscono i mezzi per raggiungere l'evidenza dei fatti.

In questa materia grande rilevanza assume l'uso della prova indiretta e atipica¹; un esempio è offerto nel collegato settore della proprietà industriale: in attuazione della Dir. CE 48/04 (*enforcement*), l'art. 121 c. 4 c.p.i. prevede che dalle risposte delle parti e dal rifiuto di ottemperare gli ordini di divulgazione, la corte possa trarre argomenti di prova, ribadendo la regola generale dell'art. 116 c.p.c. sulla rilevanza del comportamento processuale.

Un discorso particolare poi meriterebbe poi l'uso della massima di esperienza nel contesto probatorio del processo *antitrust*, proprio per la natura prevalentemente economica dell'ambiente rispetto a cui debbono verificarsi *topoi* e *standards* utilizzati.

1. *L'uso della consulenza tecnico-economica*. – Gran parte dei fatti rilevanti nei

processi di concorrenza sono fatti economici: sono fatti economico-contabili anche quelli rilevanti per il risarcimento del danno causato dalle modalità anticoncorrenziali della attività di impresa. Pertanto, al centro del dibattito sulla prova nei processi di concorrenza sta certamente l'uso della prova economica.

Se il processo *antitrust* ha una funzione prevalentemente di ricerca della verità dei fatti ed è nel contempo denso di fatti economici vien da chiedersi come si atteggi nel suo contesto il rapporto tra il diritto della concorrenza intellettuale e la scienza economica, dal momento che la ricerca scientifica è stata ritenuta il modello ideale di attività epistemica.

Il ricorso alla prova tecnica nel processo e in specie alla prova economica nel processo di concorrenza origina da una apparente situazione di asimmetria epistemica tra il giudice e l'esperto, a cui fa seguito una deferenza epistemica

Nel sistema nordamericano le *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)* prevedono la nomina di un *technical advisor* nominato dalla Corte e sono stati gli studiosi nordamericani ad aprire il dibattito sull'uso dei saperi scientifici ed economici da parte delle Corti e sull'emersione della *Economic Science for Litigation*² e anche i *leading cases* in argomento appartengono alla giurisprudenza delle corti americane, ancorché alcuni attengano a fattispecie di diritto brevettuale³.

Parlare di prova economica nel processo *antitrust* italiano significa parlare di consulenza tecnica, e quindi di applicazione degli artt. 61 ss. e 191 ss. c.p.c.⁴;

nel sistema italiano la *ratio* della previsione dell'ausilio di un esperto è identifi-

¹ Vedi a proposito CGE, 2006, CT-44/02 OP *Dresdener Bank and ors vs Commission*, sull'uso di "coincidenze e indizi", Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, *Inaz Paghe v. Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro e App. Milano*, 11 luglio 2003, *Bluvacanze vs Viaggi del Ventaglio*.

² La definizione di «*forensic economics*» data dalla National Association of Forensic Economics negli US è la seguente: «*Forensic economics is the discipline that applies economic theory to the issue of pecuniary damages*», definizione coerente con il contesto di preminenza del private enforcement; nel dibattito europeo la definizione è estesa a tutte le fasi del processo legale di enforcement.

³ Vedi *Daubert vs Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579/1993; *General Electric co vs Joiner*, 522 U.S. 16/1997; *Kumho Tire co vs Carmichael*, 118 S. Ct. 29/1998; 119 S. Ct. 1167/1999. Una traduzione italiana del caso *Daubert* è in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 277 ss.

⁴ Nella giurisprudenza italiana la consulenza tecnica è stata utilizzata ad es. in App. Milano 24 dicembre 1996 *Telsystemc. Sip*; App. Milano, 16 settembre 2006, *Avir v. Eni*; App. Milano, 10 dicembre 2004, cit. Ha fatto invece ricorso alla liquidazione equitativa per insufficienza di informazioni sul controfattuale App. Torino, 7 febbraio 2002, *Valgrana c. Consorzio Grana Padano*.

cata nell'accelerazione dell'indagine tecnica e quindi del processo rispetto alla soluzione di un problema tecnico da parte giudice; il presupposto è quindi una inadeguatezza culturale del giudice rispetto a scienza e alla tecnica relativa e non assoluta⁵.

Si tratta di una tesi in qualche modo tributaria del modello del giudice come "perito dei periti", ormai superato da quello del giudice come selettore e utilizzatore dei saperi altrui.

È un argomento su cui il *Libro Bianco*⁶ tace, ma su cui la Commissione è recentemente intervenuta⁷ con il Documento di orientamento, una Raccomandazione che porta linee guida non vincolanti per le Corti nazionali sulla quantificazione del danno da illecito *antitrust*⁸. Una certa rilevanza a proposito assume anche il corpo di buone prassi per l'uso della prova economica nei procedimenti avanti alla Commissione⁹.

Il *Guidance Paper* fornisce alle Corti *guidelines* per la quantificazione del danno, sia al concorrente sia al consumatore, sia per pratiche di aumento prezzi, sia per pratiche di esclusione, con un approccio sintetico a differenti modelli econometrici, tutti fondati sul metodo *but for* simulatorio.

III. LA SELEZIONE DEGLI ESPERTI DA PARTE DELLE CORTI.

Nel *case management* di un processo di concorrenza, la gestione della prova eco-

nomica pone al giudice una serie di questioni specifiche, per la soluzione delle quali sin qui soltanto la citata giurisprudenza americana ha elaborato un *corpus* di linee guida, che con opportuni adattamenti, possono fondare un insieme di buone prassi anche per le Corti italiane.

Un primo gruppo di questioni attiene alla fase di ammissione e raccolta della prova, e concerne la selezione degli esperti¹⁰: nel nostro sistema la questione di qualificazione è risolta dagli artt. 61 ss. c.p.c. e 13-18 d.a. c.p.c. che dettano norme sulla designazione del consulente e sulla tenuta dell'albo dei consulenti tecnici d'ufficio.

Nel contenuto minimo di ogni albo non è prevista la presenza di esperti in economia, ed è prescritta l'iscrizione del consulente a un albo professionale, cumulativamente alla «speciale competenza tecnica in una determinata materia».

L'applicazione queste regole crea non poche difficoltà quando si tratta di nominare un esperto in materia *antitrust*, in genere un economista e non iscritto a albi professionali.

La specialità della materia può richiedere alcune prassi applicative particolari, quali ad es. la nomina di un *panel* di più esperti nei casi difficili, qualificabili come «caso di grave necessità» ai sensi del combinato disposto degli artt. 61 e 191 c. 2 c.p.c., oppure la nomina di esperti anche fuori dall'albo dei consulenti o da quello del distretto per garantirne la «speciale competenza tecnica» e specializzazione.

⁵ Vedi in giurisprudenza Cass., 10 luglio 1999 n. 7319 e precedenti conformi.

⁶ Libro Bianco della Commissione Europea sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme comunitarie *antitrust*, Bruxelles, 2 aprile 2008 COM(2008)165. Il Libro Bianco è stato predisposto dalla Commissione delle Comunità Europee su incarico del Parlamento Europeo, con Risoluzione del 25 aprile 2007 (2006/2207(INI)), in accoglimento delle conclusioni del Libro Verde della Commissione pubblicato il 19 dicembre 2005. Per maggiori informazioni vedasi il Documento di lavoro della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazioni delle norme comunitarie *antitrust* e la Relazione sulla valutazione di impatto.

⁷ Il Quantification Paper è stato preceduto dall'Oxera Report, pubblicato il 19 gennaio 2010, dal titolo «Quantifying antitrust damages: towards no binding guidance for courts - Study pre-

pared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers led by Assimakis Komninos. With economic assistance from dr. Walter Beckert, professor Eric Van Dammer, Professor Mathias Dewatripont, Professor Julian Franks, Dr. Adrian Ten Kate and Professor Patrick Legros. - December 2009».

⁸ *Guidance Paper on calculation of antitrust damages*, Bruxelles 2011.

⁹ DG Competition, Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases, cit.

¹⁰ La tripartizione di questioni di cui in appresso ci viene proprio dalla giurisprudenza nordamericana dal caso *Daubert*, che detta anche un elenco di *tests* per le Corti nell'uso della prova tecnica; nonostante le recenti critiche di cui do conto, la giurisprudenza in questione costituisce un buon modello per le prassi applicative.

Tuttavia nel processo italiano la non cognizione specifica nelle materie tecniche oggetto di causa non è di per sé causa di nullità della consulenza, ma di impugnabilità della sentenza sotto il profilo di argomentazioni tecniche riportate dal giudice oppure di sostituzione del consulente.

I due punti critici della selezione degli esperti economici sono quindi individuabili nella qualificazione e nell'indipendenza e sono collegati tra loro più di quanto possa apparire.

Circa il primo punto la corte deve saper effettuare un bilanciamento tra il rifiuto della c.d. *junk science in Courts* e la inadeguatezza della pura scienza accademica alla ricerca della verità processuale; il modello proponibile potrebbe essere quello elaborato dalle corti americane di una *Forensic Science for Litigation*, in cui l'economista, senza perdere in qualificazione, sia capace di agire come traduttore del sapere economico per il giudice.

In punto indipendenza poi, la norma dell'art. 63 c.p.c. sulla ricusazione non è sufficiente garanzia, giacché nella prassi la scarsità di consulenti dotati delle necessarie competenze accresce il rischio di interferenze tra il ruolo di consulenti di parte e quello dei consulenti di ufficio.

A proposito del collegamento tra le due predette criticità, la comparazione tra i sistemi di *common law* che prevedono la *cross examination* degli *expert witnesses* e quelli di *civil law*, che vedono gli esperti nominati dalle corti, ne evidenzia la specifica *bias issue*: i secondi sono più indipendenti ma rischiano di portare davanti al giudice una scienza più *middle ground*.

IV. LA GESTIONE DELLA PROVA TECNICA DA PARTE DEL GIUDICE SPECIALIZZATO E IL RUOLO DEGLI ECONOMISTI

Un secondo gruppo di questioni, che attiene ancora alla fase di raccolta della prova, è quella della direzione dell'esperto nella gestione del caso *antitrust*. A questo proposito, oltre alle regole dettate dagli artt. 194 ss., il giudice deve tener fermo un duplice principio.

La prima regola è quella della direzione della udienza e del processo da parte del giudice: questi è l'unico vero *manager* del caso e l'esperto deve operare come mero ausiliario tecnico, senza deleghe alla gestione o alla decisione.

Il secondo principio che deve regolare la gestione della consulenza è il principio del contraddittorio con parti e i loro esperti, non soltanto come diritto di difesa tecnica, ma anche come identificazione del conflitto tra le posizioni contrapposte sui profili tecnici del caso.

Quindi la discussione delle questioni tecniche deve essere garantita non soltanto nel corso delle indagini del consulente, con o senza giudice, come prescritto dall'art. 194 c. 2 c.p.c., ma anche nel corso delle udienze, coinvolgendo così l'esperto nominato dall'ufficio e quelli nominati dalle parti nel *case management*.

In questo contesto, il Documento di orientamento, frutto di un *more economic approach*, ma in generale chiaro per linguaggio e contenuti, può costituire un valido ausilio al momento della formulazione dei quesiti al consulente, in particolare per la ricostruzione del controfattuale relativo alle voci di danno e al nesso eziologico delle stesse con l'illecito, anche se la distinzione delle fattispecie di questo soffre di una certa qual semplificazione.

In particolare risulta utile al giudice l'approccio di stampo sincretico, che non privilegia un modello, comparativo e simulativo, rispetto a un altro¹¹, e gli permette di richiedere con maggior cognizione di causa all'esperto economista nominato, uno spiegamento di scienza ad uso forense e non meramente accademico.

La modificazione dell'art. 195 c.p.c. dall'art. 46 l. n. 69/2009¹² [estremi] – che prescrive che una relazione provvisoria sia trasmessa dal consulente alle parti che debbono formulare su questa osservazioni, di cui il consulente deve tener conto nella relazione definitiva – ha recepito appieno detti principi e il nuovo regime della consulenza appare specialmente idoneo al contenzioso *antitrust*.

¹¹ Vedasi in particolare il punto 107 del Documento, p. 41 e punto 173, p. 61.

¹² L. 18 giugno 2009 n. 69, Disposizioni per lo

sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile, pubblicata in G.U. 140 del 19 giugno 2009.

V. LA VALUTAZIONE DELLA PROVA E IL SUO STANDARD

Un terzo gruppo di questioni, quelle forse di più difficile soluzione, si pone in relazione alla valutazione della prova economica, in particolare in caso di conflitto di conclusioni tra gli esperti, sia nominati dalla corte, nel caso di nomina di un collegio di consulenti o di espletamento di consulenze successive, anche in diversi gradi del giudizio, sia tra il consulente tecnico d'ufficio e i consulenti di parte; si tratta di problematiche che, dalla fase istruttoria, si riverberano su quella decisoria³.

Nella giurisprudenza italiana è consolidato il principio di discrezionalità della corte nella valutazione della consulenza, quale corollario del principio secondo cui è il giudice il perito dei periti; questo orientamento, unito a quello sugli oneri di motivazione delle corti di merito in punto recepimento delle conclusioni del consulente si traduce in una di assenza di criteri sulla valutazione di consulenza da parte del giudice.

Il *Documento di orientamento* può essere di ausilio anche nella fase di decisione e valutazione della consulenza, in cui sono più frequenti i conflitti di opinioni, spesso dovute alla appartenenza a diverse scuole di pensiero economico, tra il consulente d'ufficio e i consulenti di parte, di difficile risoluzione da parte del giudice, abituato a maneggiare un *set* di regole piuttosto che a scegliere tra diversi modelli econometrici.

L'applicazione delle linee guida aiuta a innalzare lo *standard* della prova richiesta, sino alla dimostrazione, mediante il ricorso ai metodi comparativi e simulatori, della esistenza delle singole voci di danno e può avere l'effetto di limitare il ricorso delle Corti alla liquidazione equitativa, diffusa nella prassi¹⁴.

¹³ A proposito del *case management* in relazione alla prova economica, di grande interesse è il modello offerto dalla giurisprudenza dell'*Australian Competition Tribunal*, mediante la prassi del c.d. *hot tub approach*, adottato anche dalla giurisprudenza statunitense: la corte dirige l'interazione tra gli esperti sia nella fase di *pre-trial*, sia in quella di *trial*, cioè pone all'esperto o agli esperti ogni questione rilevante, in particolare per la identificazione dei punti di conflitto effet-

La giurisprudenza nordamericana nel caso *Daubert* fissa tre criteri generali di valutazione della consulenza: *reliability, relevance and consistency* (affidabilità, rilevanza, coerenza), ed elenca ancor una volta per la applicazione di ciascuno degli specifici *tests*.

In particolare, quanto al criterio di coerenza, richiamato talora anche dalla giurisprudenza italiana, il giudice deve verificare dapprima la coerenza interna, sia allo stesso *expertise*, quale relazione logica e non contraddizione tra le premesse e le conclusioni, sia al processo, quale non contraddizione con le altre prove ed elementi di prova raccolti; dipoi la coerenza esterna, come non contraddizione con i fatti notori dell'ambiente interessato, a cui ho già fatto cenno sopra.

Tuttavia, nel dibattito internazionale, al c.d. *exclusionary ethos* nella valutazione della prova tecnica da parte delle Corti, che si fonda su *tests* di verifica dei risultati della stessa, e che è proprio della giurisprudenza nordamericana, si contrappone il c.d. *discursive ethos*, che confida nella scelta da parte del giudice della storia economica più plausibile tra quelle presentate dalle parti e dai loro esperti e/o proposte dall'esperto.

1. *Il valore probatorio delle decisioni della Commissione e dell'Agcm.* – Un particolare aspetto del dibattito sulla prova nei processi di concorrenza è quello correlato al regime della cooperazione tra le Corti nazionali da un lato e la Commissione e le Autorità nazionali per la concorrenza dall'altro, che costituisce uno dei punti nodali di raccordo tra il *private* e il *public enforcement* del diritto antitrust.

Le norme dettate dagli artt. 15 e 16 Reg. CE 1/2003 sulla modernizzazione della concorrenza, in applicazione dei principi di diritto affermati dalla Corte di

tivo, richiedendo anche una risposta documentale.

Nulla vieta di utilizzare l'*hot tub method* anche nel nostro sistema, potendo esso prescindere dalla *cross-examination*, e anzi, il modello di gestione delle udienze dedicate alla consulenza economica sopradescritto in certa qual misura lo recepisce.

¹⁴ Anche se lo stesso Documento di orientamento fa riferimento alla liquidazione equitativa (punto 8, p. 9).

Giustizia Europea¹⁵ sono norme pluridirezionali, che, se da un lato hanno lo scopo di garantire la uniforme applicazione del diritto comunitario, dall'altro è diretta a offrire soluzioni al tipo normativo di problema posto dalla prova nel processo *antitrust*.

In particolare l'art. 15 regola gli strumenti di cooperazione tra le Corti nazionali da un lato e la Commissione e le Autorità Nazionali per la concorrenza dall'altro¹⁶, che hanno lo scopo precipuo di favorire la raccolta di informazioni sui fatti anticoncorrenziali da parte del giudice e vanno quindi a impattare sull'onere della prova e l'accesso alla medesima, esulando da questa trattazione.

Di maggior rilievo per questa trattazione è invece l'art. 16 Reg., che prevede il vincolo delle decisioni della Commissione per il Giudice nazionale: questa norma, se da un lato offre al litigante un ulteriore meccanismo di alleggerimento dell'onere della prova, dall'altro, attribuendo alle decisioni di *public enforcement* valore di prova legale nel processo di *private enforcement*, interessa anche sotto il profilo dei tipi di prova e della valutazione delle evidenze processuali.

Circa la dibattuta questione della estensione del vincolo, l'interpretazione dominante delle corti è quella più restrittiva, che lo limita all'accertamento, positivo, della sussistenza dell'illecito, non del suo nesso causalità con il danno e del danno stesso; tale interpretazione appare la sola costituzionalmente orientata in

rapporto alla Costituzione italiana e alla maggioranza delle Costituzioni Europee.

Su questa questione un *landmark case* è certamente rappresentato dalla decisione del Tribunale di Milano nel caso *Butadiene*¹⁷, in cui è stata esercitata una azione *follow on* di mero accertamento in quattro capi di domanda.

Le parti attrici infatti domandavano al tribunale l'accertamento negativo *i)* dell'esistenza del cartello; *ii)* della partecipazione ad esso di Eni e altre società del gruppo; *iii)* in ogni caso degli effetti del cartello sui prezzi; *iv)* e dei danni ai concorrenti.

La decisione è stata di inammissibilità dei primi tre punti per rischio di conflitto con la decisione della Commissione e di contrasto con l'art. 16 del Reg. 1/2003 e del quarto punto per difetto di prospettazione specifica.

Per la questione in esame, un rilievo critico tuttavia si impone sul terzo punto: l'esistenza o no degli *overcharges* non attiene all'esistenza del cartello e della condotta illecita *ex art.* 101 TFUE, ma al nesso causale e alla quantificazione del danno, e la pronuncia di inammissibilità sotto questo profilo appare fondata su una interpretazione troppo estensiva dell'art. 16.

Sul modello di quest'ultima norma il sopracitato il *Libro Bianco*¹⁸ propone la vincolatività per le corti delle decisioni delle Autorità Nazionali di accertamento dell'illecito anticoncorrenziale, nel caso di azioni *follow on*¹⁹.

¹⁵ Caso C-344/98, *Masterfoods*, 2000, ECR I-11369.

¹⁶ Agli artt. 15 e 16 del regolamento dà attuazione in specie la Raccomandazione 101/04 sulla cooperazione tra la Commissione e le Corti degli Stati membri, anche se alcune norme rilevanti a proposito possono individuarsi anche nelle altre cinque Raccomandazioni attuative della Commissione. Invero le linee guida portate nella Raccomandazione diretta ai giudici soffrono di una certa tautologia rispetto al testo delle disposizioni citate e comunque non vanno oltre la mera esegesi del medesimo; manca la risposta alle questioni interpretative che più di frequente ricorrono nella applicazione degli artt. 15 e 16.

¹⁷ Trib. Milano, 29 aprile 2009 in *Int'l lis* con nota di M. STELLA, *La prima pronuncia*, cit. azione *follow on* rispetto alla decisione della Commissione del 29 novembre 2006 in Case COMP/F/

38.638 *Butaiene Rubber(BR) and Emulsion Styrene Butadiene Rubber (ESBR)* di accertamento di un cartello tra 13 società sul mercato di settore, in cui è stata azionata una *Italian torpedo* nei confronti della causa pendente avanti alla *High Court of Justice UK*.

¹⁸ I due sistemi presi a modello dal legislatore europeo sono quello tedesco e quello inglese; vedi a proposito l'espresso richiamo alle Sezioni 26 e 20 del *UK Enterprise Act 2002*, inserite come sezioni 47A e 58° nel *UK Competition Act* e alla sezione 33 dell'omologo tedesco nel citato capitolo del Documento di Lavoro.

¹⁹ Vedi il Libro Bianco al § 2.3, che peraltro richiama espressamente l'art. 16 § 1 Reg., definendo nella versione inglese, la decisione della Commissione come «*binding proof in civil procedures*» e il Documento di Lavoro, cap. 4.

Anche in questa fattispecie, benché l'intenzione manifestata dal legislatore comunitario nel formulare la proposta sia quella di garantire la uniformità della applicazione del diritto comunitario, e ormai anche nazionale, della concorrenza²⁰, l'interprete può ben attribuire alle norme sul vincolo una ulteriore ragion d'essere, incentivante il *private enforcement* in relazione alle questioni di prova, avendo le Autorità Nazionali poteri e strumenti inquisitori di cui sono generalmente sprovviste le corti²¹.

Proprio rispetto a questo scopo la proposta offre il fianco ad alcune critiche: il vincolo opererebbe ovviamente soltanto nelle azioni *follow on* e non anche in quelle *stand alone*, e soltanto per le decisioni di accertamento dell'illecito e non anche per quelle di accertamento negativo, e limitatamente all'accertamento del fatto causativo del danno, non essendo questione del danno stesso nel procedimento avanti alla Autorità.

Pertanto può rilevarsi da un lato che proprio nelle azioni in cui non vi è stato un precedente procedimento avanti alla Autorità nazionale, si registra un consistente numero di *hard cases*, e dall'altro che proprio nei casi di reiezione del ricorso l'accesso alla prova è spesso risultato più difficile; infine le parti non godrebbero di alcuna facilitazione per la prova del nesso causale e del danno, e per la sua liquidazione²².

²⁰ Vedi in particolare il considerando 22 del Regolamento.

²¹ In effetti il Libro Verde, prevedendo come opzione possibile, circa l'effetto delle decisioni della Autorità Nazionale, la introduzione nel processo di una presunzione *iuris tantum* di esistenza dell'illecito accertato dalla decisione amministrativa, riconduceva il tema all'ambito probatorio; di alcuni pareri in tal senso espressi durante le consultazioni, dà atto il Documento di lavoro.

²² Vedi a proposito, all'esito della pubblicazione del Documento di lavoro e delle consultazioni della Commissione sul medesimo, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle Politiche Comunitarie le Osservazioni delle Autorità Italiane concernenti il Libro Bianco della Commissione Europea in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, del 16 luglio 2008; della Corte Suprema di Cassazione, Osservazioni a seguito del *meeting* del 6 novembre 2007 con i giudici nazionali relativo al *private enforcement* in materia di concorrenza, del Consiglio Superiore della Magi-

Inoltre proprio l'automatismo del vincolo che attribuisce alle decisioni assunte in sede di *public enforcement* natura in senso lato di prova legale nel processo di *private enforcement*, costituente quindi un contro limite epistemico, urta contro la funzione eminentemente epistemica di questo.

La soluzione potrebbe piuttosto rinvenirsi nella prassi giurisprudenziale di quasi tutti gli Stati membri²³, che ha sempre ritenuto gli accertamenti delle Autorità Nazionali come prova privilegiata della sussistenza dell'illecito, o al più nella controproposta dello Stato italiano²⁴, di fondare sulla decisione della Autorità Nazionale una presunzione salva prova contraria, con una mera inversione dunque dell'onere della prova.

Tuttavia nella fase di accertamento dell'ammontare del danno la decisione della Autorità Garante non può neanche costituire la "prova privilegiata" di cui alla giurisprudenza di legittimità italiana, riferendosi questa soltanto alla «sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso»²⁵.

2. La liquidazione equitativa del danno.

– In punto onere della prova sulla liquidazione equitativa del danno la giurisprudenza di legittimità ha affermato il principio secondo cui «la liquidazione del

struttura, deliberazione del 10 settembre 2008. Vedi inoltre di Assonime - Associazione fra le Società Italiane per Azioni, *Comments on the White Paper on damages actions for breach of EC anti-trust rules*, 15 luglio 2008. Tutti i pareri citati sono favorevoli in generale alla iniziativa della Commissione ma contrari in particolare al vincolo delle decisioni delle Autorità Nazionali per le Corti, ancorchè con argomenti diversi tra loro.

²³ Circa i precedenti in cui l'accertamento dell'AGCM è fonte di convincimento del giudice nella sua libera valutazione delle prove, vedi in particolare, in casi di azione *follow on*: Cass., s.u. 4 febbraio 2005 n. 2207; App. Milano, 19 aprile 2005, App. Roma, 20 gennaio 2003, App. Roma, 16 gennaio 2001, Trib. Roma, 14 agosto 2000 App. Milano 25 settembre 1995, le ultime due con riferimento ad accertamenti negativi della Autorità. Vedi poi Cass., 13 febbraio 2009 n. 3640.

²⁴ In questo senso sono tutti i pareri citati.

²⁵ Cass., 16 febbraio 2009, n. 3640 caso Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro c. Inaz Paghe.

danno può ritenersi legittima nel solo caso in cui il danno stesso non sia meramente potenziale, bensì certo nella sua esistenza ontologica, pur non essendo suscettibile di prova del *quantum*, e richiede altresì, onde non risultare arbitraria, l'indicazione di congrue, anche se sommarie, ragioni del processo logico su cui è fondata»²⁶.

La liquidazione equitativa del danno è prevista anche dalla norma speciale dell'art. 125 del d.lgs. 30/2005 c.p.i. per i casi di *antitrust* interferenti con la proprietà industriale e intellettuale, ed è comunque diffusa nella prassi delle corti nella liquidazione del danno sia da contraffazione sia da illecito anticoncorrenziale o da concorrenza sleale.

Ad esempio, nelle numerose azioni *follow-on* che hanno fatto seguito al noto caso RC Auto) i giudici di pace allora competenti hanno liquidato i danni su base equitativa, secondo il parametro del sovrapprezzo praticato per effetto del cartello assicurativo ai consumatori, incidentalmente indicato dallo stesso provvedimento della Autorità Garante nel 20%²⁷.

In tali casi il ricorso alla liquidazione equitativa invece che a una consulenza tecnica poteva giustificarsi unicamente con l'esigenza di semplificazione dell'accertamento dell'ammontare del danno in un contenzioso di massa.

Infatti, nessun effetto, neanche di prova privilegiata, poteva annettersi alla statuizione sul punto contenuta nel provvedimento dell'Autorità Garante, in cui la menzione dell'effetto anticompetitivo del cartello era stata effettuata, secondo le competenze della Autorità stessa, unicamente ai fini di ricostruire la fattispecie dell'illecito, e certamente non allo scopo di fornire elementi per la liquidazione del danno, esulante dai compiti di *public enforcement*.

Anche il Documento di orientamento²⁸ menziona la liquidazione equitativa del danno da parte delle Corti, preoccupandosi di rilevare che le linee guida che esso contiene non sono incompatibili con tale modalità di calcolo del danno.

La liquidazione secondo equità integra un livello minimo di *standard* probatorio

ed è particolarmente inidoneo alla quantificazione del danno in materia *antitrust*, per la difficoltà di identificare i parametri di riferimento della equità, da reperirsi nell'ambiente economico e per il rischio insito nella liquidazione equitativa sia di sottocompensazione, sia di sovracompensozione del danno *antitrust*.

VI. IL MODELLO DI GIUDICE ANTITRUST

Quanto esposto suscita alcune riflessioni: la prima è che il ruolo del giudice della concorrenza è in larga parte quello di giudice del caso, *finder of the fact*, della cui professionalità è profilo indispensabile la perizia nella gestione della fase istruttoria e la capacità di correlazione di questa con quella decisoria.

La seconda riflessione è che nei processi di concorrenza accanto al ruolo del giudice si pone quello dell'economista, un ruolo sinora indubbiamente diretto e rilevante nel processo legislativo europeo, più nella adozione della c.d. *soft law*, ed in specie nella adozione di Linee guida, che nella c.d. *hard law*, ma sinora indiretto e più discusso nei procedimenti avanti alle corti.

A questo proposito, se da un lato il *more economic approach* ha creato quello che è stato denominato «*a market for economic expertise in competition litigation*», facendo partecipare l'economia al gioco delle regole processuali, d'altro canto, all'inverso, la scienza economica forense ha reagito sul dibattito scientifico sull'economia dell'*antitrust*, creando una *scientific competition* tra economisti forensi e non.

La terza riflessione attiene a rapporto tra giudice ed economista nel processo *antitrust*: in primo luogo la asimmetria di informazione è certamente meno rilevante tra Autorità per la Concorrenza e giudici specializzati da un lato ed esperti economisti dall'altro, di quanto non lo sia tra questi ultimi e giudici generalisti.

In secondo luogo, anche tra giudice specializzato ed economista forense, la suddivisione dei ruoli è stata ben descritta come attribuzione al giudice di un *gatekeeping role* e al consulente del compito di *translator* per la corte di un sapere diverso da quello giuridico.

²⁶ Cass., 14 marzo 2002 n. 12577.

²⁷ Vedi Cass., 28 luglio 2000 n. 1377.

²⁸ Vedi Documento di orientamento, p. 9, punto 8.

La conclusione è che unicamente un modello di giudice della concorrenza europeo, di elevata professionalità, di rigorosa specializzazione, di spiccata capacità di cooperazione con gli altri attori dell'*enforcement antitrust* e di *networking* con i colleghi di diversi Paesi è in grado di stare al centro del sistema così ricostruito, senza deleghe di decisione a soggetti del processo che, pur se importantissimi, sono privi di legittimazione democratica a dire il diritto

A questo proposito, l'art. 2 l. 24 marzo 2012 n. 27, che ha convertito, con modificazioni il d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, ha costituito in sezioni specializzate in materia di impresa, le sezioni specializzate per la proprietà industriale e intellettuale, istituite con il d.lgs. 27 giugno 2003 n. 168, e ha razionalizzato le competenze in materia *antitrust*, attribuendola a dette sezioni con duplice grado di giudizio, a prescindere dalla ormai superata distinzione tra *antitrust* comunitario e *antitrust* nazionale e dalla interferenza con il diritto della proprietà intellettuale.

La riforma, se attuata, avrebbe potuto costituire una grande occasione di introduzione nel nostro Paese del modello di giudice della concorrenza proposto.

La applicazione fattane, almeno nei tribunali dell'impresa di maggiori dimensioni, cioè in quelli davanti a cui pendono il maggior numero di processi in materia *antitrust*, quali Milano e Roma, con la costituzione di due diverse sezioni, con la attribuzione a quella romana di competenze in materie promiscue e del tutto disomogenee e con la previsione di una permanenza massima decennale dei giudici specializzati nelle sezioni, è contraria alle *rationes* che hanno ispirato la legge e ne ha vanificato gli effetti²⁹.

GABRIELLA MUSCOLO

Bibliografia

MAULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002; BARONE, *Consulente tecnico (diritto pro-*

cessuale civile), EGT, VIII, Roma, 1988; L. CASTELLI, «Recenti interventi comunitari in materia di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale», in *Giur. Comm.*, 2009, I, 1198, 1219; M. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, edizione originale, *Evidence Law Adrift*, New Haven-London, Yale University Press, 1997; A. GAVIL, *After Daubert: Discerning the Increasingly Fine Line between Admissibility and Sufficiency of Expert Testimony in Antitrust Litigation*, 65, *Antitrust L.J.* 663, 1997; A. GAVIL, *Defining Reliable Forensic Economics in the Post Daubert/Kumbo Era: Case Studies from Antitrust*, 57 *Wash & Lee L. Rev.*, 831, 2000; A. GAVIL, *Making Economics more useful in Competition cases; procedural rules governing experts opinions*, *Fordham Corporate L.I. Rev.*; GRAHAM «The expert fitness Predicament: Determining "Reliable" Under the Gatekeeping of Daubert, Kumbo and Proposed Amended Rule 702 of the Federal Rules of Evidence», in 54 *U. Miami Law Rev.*, 2000, pp. 217 ss.; A. KOMNINOS, *EC private antitrust enforcement. Decentralized application of EC competition law by national courts*, Oxford-Portland, 2008; A. KOMNINOS, *Resolving Jurisdictional Issues*, relazione inedita nel Joint Training Programme for Judges, Jevon Institute, University College of London, Londra, 5 febbraio 2010, I. LIANOS, «Judging» Economists: Economic expertise in Competition Law Litigation. A European View», in I. LIANOS - I. KOKKORIS, *The reform of EC Competition Law, New Challenges*, Walter Kluwer-Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands; G. MUSCOLO, «Il "volto non comune" della verità processuale», in AA.VV., *Processo e verità*, (a cura di) A. MARIANI MARINI, Pisa, 2005; G. MUSCOLO, «Criteri di applicazione degli artt. 81 e 82 nelle controversie tra privati», in G. BRUZZONE, *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, 2008; G. MUSCOLO, in *Concorrenza e Mercato*, 2009; G. MUSCOLO, «Public e private enforcement (Alcune questioni in tema di prova nel processo antitrust)», in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI, *Vent'anni di antitrust*, Torino, 2010; C. OSTI - A. PRASTARO, *Italy, in The Private Competition Enforcement Review*, 2009; L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009; PROTETTI - PROTETTI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano, 1994; M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002; M. TARUFFO, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009; VELLANI, «Consulenza tecnica nel diritto processuale civile», in *DI civ.*, IV, Torino, 1988.

²⁹ Vedi a questo proposito le deliberazioni 67 e 429/VV/212 del Consiglio Superiore della Magistratura, rispettivamente sulla istituzione del tribunale delle imprese e sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per

il triennio 2012/2014. Per una proposta di attuazione conforme invece alla *ratio legis* vedi Assonime - Associazione tra le Società Italiane per Azioni, Circolare n. 19 del 27 giugno 2012, *Le sezioni specializzate in materia di impresa*.