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. – III.1. Artt. 3 e 4 del D. Lgs. n. 3/2017, Artt. 115, comma 2, 116, 210, 213 c.p.c. – III.2. La consulenza tecnica d'ufficio e delle parti: artt. 191 e 201 c.p.c. – **IV.** Gli strumenti probatori previsti in caso di *class action*.

I. Premessa: *ratio* e paradigma normativo di riferimento*

La giurisprudenza comunitaria[1] e nazionale[2] hanno da tempo riconosciuto a chi 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, pur non avendo avuto alcun rapporto commerciale diretto con l'autore dell'infrazione, nondimeno potrebbero aver subito una lesione patrimoniale a causa, ad esempio, del trasferimento, lungo la catena di distribuzione, di un sovrapprezzo illegale.

Quella 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.

Secondo la regola generale in materia di responsabilità aquiliana, anche nel caso di azione di risarcimento del danno da violazione della normativa *antitrust* l'onere della prova degli elementi costitutivi dell'illecito grava sull'attore.

La materia è stata recentemente innovata dalla Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, recante norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

A livello nazionale, la Direttiva è stata recepita dal D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 che ha innovato in modo sostanziale la disciplina applicabile in materia di azioni per il risarcimento del danno *antitrust*. Risulta opportuno chiarire fin da subito che le novità così introdotte si applicano alle sole azioni risarcitorie relative a

* L'Autore desidera ringraziare gli Avvocati Francesco Savo Amodio e Jacopo M. Orsi per la preziosa collaborazione all'aggiornamento del presente capitolo.

[1] C. giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage vs. Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, punti 24 e 26 e C. giust. CE, 13 luglio 2006, Cause Riunite da C-295 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, 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, *Fondiaria Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

condotte vietate commesse dopo (o iniziate prima, ma continuate anche dopo) l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 3/2017 (avvenuta il 3 febbraio 2017), ad eccezione, come si vedrà, delle norme regolanti l'esibizione e le limitazioni nell'uso delle prove – comprese quelle contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza – e quelle concernenti la composizione consensuale delle controversie, applicabili retroattivamente ai giudizi promossi dopo il 26 dicembre 2014 (data di entrata in vigore della Direttiva). Come è stato riconosciuto anche dai più recenti arresti della giurisprudenza europea[3] e nazionale[4], le ragioni di tale diverso regime applicativo sono da individuarsi nella distinta natura sostanziale o processuale dei due gruppi di disposizioni così individuati, in ossequio al generale principio giuridico dell'irretroattività delle novelle normative. In particolare, tali pronunce hanno confermato la piena riconducibilità al novero delle norme sostanziali – e dunque non suscettibili di un'applicazione retroattiva – anche quelle relative al regime di prescrizione. Sul punto, proprio il Giudice italiano di ultima istanza ha da ultimo chiarito che la nuova disciplina di cui all'art. 8 del D. Lgs. n. 3/2017 può trovare legittima applicazione nei soli casi in cui, secondo i criteri civilistici previgenti, il termine prescrizionale non sia già spirato prima del 27 dicembre 2016, scadenza imposta a livello europeo per il recepimento della Direttiva 2014/104/UE.

[3] C. giust. CE, 22 giugno 2022, causa C-267/2020, *Volvo AB (publ.) e DAF Trucks NV vs. RM,* ECLI:EU:C:2022:494, punto 79.

[4] Cass., sez. I, 28 febbraio 2024, n. 5232, *Iveco contro Cave Marmi Vallestrona s.r.l.,* in *itaca.europeanlitigation.eu*, punto 1.4 ss.

II. Natura dell'azione risarcitoria e 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 un 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. D'altra parte, 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 difficilmente superabile. Invero, anche la casistica conferma tale considerazione, contando un numero di gran lunga superiore di azioni *follow-on* rispetto a quelle *stand alone*.

Con riferimento alle prime, inoltre, proprio al fine di superare l'asimmetria informativa gravante sull'attore del procedimento civilistico, si era già da tempo affermato un indirizzo giurisprudenziale che tendeva a conferire al precedente provvedimento di accertamento dell'infrazione valore di prova privilegiata e che ha trovato, oggi, piena conferma nelle recenti novità normative.

In tale direzione, infatti, alcune importanti innovazioni erano già state suggerite dal Libro Bianco pubblicato nel 2008 dalla Commissione Europea[5], ove, da un lato, si sottolineava come alle decisioni definitive della Commissione dovesse essere riconosciuto, in applicazione dell'art. 16, § 1, Reg. 1/2003[6], il valore di prova vincolante circa la sussistenza dell'illecito nei giudizi civilistici in materia di risarcimento del danno con identità di oggetto e di parti, e, dall'altro, si invitavano i giudici nazionali, chiamati a statuire in merito ad azioni di risarcimento danni relative a violazioni degli articoli 101 o 102 TFUE già accertate in via definitiva da un'Autorità nazionale di concorrenza appartenente all'ECN (*European Competition Network*), anche se di un altro Stato Membro, o comunque confermate da una Corte con sentenza passata in giudicato, a non prendere decisioni in contrasto con quanto già rilevato in sede di *public enforcement*.

Anche la giurisprudenza italiana, ancor prima della menzionata riforma normativa, aveva già in parte dato seguito a tale approccio. Se da un lato, infatti, le decisioni definitive della Commissione risultavano avere il valore di prova vincolante in applicazione dell'art. 16, Reg. 1/2003, dall'altro, alle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) veniva riconosciuta, invece, la qualità di prova privilegiata. In particolare, la Cassazione aveva da tempo affermato che queste ultime costituivano prova particolarmente pregnante in relazione alla sussistenza dell'illecito (non al nesso di causalità col danno, all'esistenza del danno stesso e al suo ammontare[7]), senza tuttavia escludere la possibilità per la parte convenuta di offrire prova contraria[8], configurando, in sostanza, un'inversione dell'onere della prova a carico del convenuto.

Da ultimo, come anticipato, la Direttiva 2014/104/UE, come attuata dal D. Lgs. n. 3/2017, ha introdotto importanti innovazioni sul punto. Invero, l'art. 7 del Decreto citato dispone ora espressamente che ogni violazione del diritto della concorrenza sanzionata da una decisione definitiva dell'AGCM, o da una sentenza passata in giudicato, debba ritenersi come

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

[6] 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».

[7] Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, p. 237.

[8] 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.*, 201, 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».

definitivamente accertata nei confronti del suo autore anche ai fini dell'azione per il risarcimento del danno.

Sul punto, occorre tuttavia evidenziare il ricorrere di un atteggiamento di particolare cautela sovente manifestato dalla giurisprudenza italiana, anche più recente. In particolare, alcuni arresti hanno evidenziato come l'onere in esame imponga, di fatto, una seria limitazione del potere giurisdizionale ordinario, estendendo l'efficacia della decisione *antitrust* ben oltre la sua naturale caratteristica di vincolatività per i soli destinatari diretti della stessa, come sancito, quantomeno per i provvedimenti europei, dai Trattati. D'altro canto, la concentrazione in capo al medesimo organo amministrativo comunitario (o anche nazionale) di poteri normativi, inquirenti e giudicanti ha suggerito ai giudici italiani l'opportunità di compiere «un'attenta analisi» del portato della decisione amministrativa, volta ad assicurare il perdurante e pieno rispetto dei diritti difensivi e delle garanzie sancite tanto a livello costituzionale quanto nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo[9].

Tali osservazioni hanno dunque e in più occasioni portato le corti italiane a precisare che l'imposto riconoscimento della vincolatività del provvedimento sanzionatorio in sede di un'azione *follow-on* non può comunque precludere la facoltà per il convenuto di fornire prova contraria dei fatti accertati, purché quest'ultima sia fondata su elementi diversi e ulteriori rispetto a quelli già disattesi nel corso del procedimento davanti all'autorità amministrativa[10]. In aggiunta, là dove la completezza e l'esaustività dell'accertamento compiuto a livello amministrativo sono poste in dubbio da alcune caratteristiche o circostanze specifiche del procedimento *antitrust* in esame, le corti hanno preferito fondare la prova dell'illecito più che sul riconoscimento della forza vincolante della decisione, sulla valorizzazione dei singoli elementi di prova comunque presenti in giudizio (come la comunicazione degli addebiti originariamente emessa dalla Commissione o le singole evidenze acquisite nel corso dell'indagine europea[11]) che, anche se di natura meramente indiziaria, non sono stati oggetto di puntuale contestazione né in alcun modo smentiti dalle prove contrarie prodotte dal convenuto[12].

D'altro canto, proprio al fine di garantire la piena legittimità costituzionale della presunzione assoluta così introdotta, il Legislatore italiano richiede, all'art. 7 del D. Lgs. 3/2017, che il sindacato del giudice amministrativo sul provvedimento dell'autorità *antitrust* sia pieno e penetrante, comportando la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata, compresi gli aspetti tecnici che non presentino un oggettivo margine di opinabilità[13].

[9] Corte d'Appello di Milano, sez. I, 21 gennaio 2020, n. 188, p. 12; Cass., sez. I, 28 febbraio 2024, n. 5232, *Iveco vs. Cave Marmi Vallestrona s.r.l.*, pp. 16-20; Trib. Napoli, 13 ottobre 2021, R.G. n. 4543/2019, tutte in *itaca.europeanlitigation.eu*.

[10] Cass., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7677, in *Dir. Industriale*, 2020, 6, p. 509, nota di G. A. M. Bellomo.

[11] Sulla rilevanza di tali elementi probatori anche in sede di *private enforcement*, si v. C. giust. UE, 23 novembre 2017, C-547/16, *Gasorba SL e a. vs. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*, ECLI:EU:C:2017:891.

[12] Cass., sez. I, 28 febbraio 2024, n. 5232, *Iveco vs. Cave Marmi Vallestrona s.r.l.,* in *itaca.europeanlitigation.eu*, punto 2.3 ss.; 4 ottobre 2021, n. 26869, in *Danno e Resp*., 2022, 2, p. 204, con nota di M. Zuliani; 27 febbraio 2020, n. 5381, in *Dir. Industriale*, 2020, 6, p. 517.

[13] Sul punto, degna di nota è la pronuncia del Consiglio di Stato 15 luglio 2019, n. 4490 (caso *Avastin - Lucentis*) che ha tentato di fornire una sintesi del complesso dibatto giurisprudenziale circa i confini del sindacato giurisdizionale di attendibilità delle valutazioni tecniche complesse. Secondo i Giudici di Palazzo Spada, infatti, «l'approdo finale della giurisprudenza – superate alcune incomprensioni lessicali legate all'iniziale distinzione tra sindacato "debole" e "forte" – è stato quello di

ammettere una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettivo e volitivo seguito dall'amministrazione: l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto». Analogo orientamento era già stato avvallato dalla Suprema Corte (decisione 20 gennaio 2014, n. 1013), a parere della quale «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento". Tuttavia, la Corte subito dopo mitiga la propria posizione ribadendo: "quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un obiettivo margine di opinabilità – come nel caso del mercato rilevante (…) – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini». D'altra parte, che l'effetto vincolante sui giudici sia condizionato ad una piena tutela giurisdizionale nel merito del provvedimento amministrativo (non limitata quindi alla sua sola legittimità) è immediata e ineludibile conseguenza anche delle sentenze CEDU del 4 marzo 2014 (Grande Stevens) e 27 settembre 2011 (Menarini), nonché della sentenza della Corte di Giustizia Europea del 21 gennaio 2016 (caso C-603/13 Galp Energía España SA). Un ulteriore tentativo di rafforzamento del potere di cognizione del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche extragiuridiche compiute dall'Autorità è stato, in passato, posto in essere dal Governo mediante il disegno di Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022 (A.S. 795), la cui formulazione originaria prevedeva

La Relazione Illustrativa al Decreto 3/2017 specifica, a tal riguardo, che la *ratio* della previsione descritta è proprio quella di garantire la compatibilità della nuova disciplina con i principi costituzionali in materia di diritto di difesa. In particolare, si sostiene che «l'effetto dell'accertamento contenuto nel provvedimento dell'autorità nei confronti dell'autore della violazione, che può intendersi in termini di limitazione delle sue facoltà probatorie nel giudizio di risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza, appare compatibile con i princìpi costituzionali in materia di diritto di difesa poiché la sostanziale limitazione dei poteri processuali della parte convenuta, che non può dare prova contraria dell'avvenuta violazione che sia accertata in via definitiva, va coordinata con la garanzia giurisdizionale accordata all'autore della violazione nei confronti dei provvedimenti sanzionatori dell'autorità, che possono essere impugnati davanti al giudice amministrativo, chiamato, a sua volta, ad esercitare un adeguato controllo giurisdizionale».

La Relazione Illustrativa al Decreto 3/2017 chiarisce, inoltre, che «dal medesimo disposto non si può desumere che il giudice del risarcimento sia in ogni caso soggetto alla decisione dell'AGCM divenuta definitiva a séguito della scadenza del termine per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo, anche qualora (sebbene si tratti di ipotesi residuale se non eccezionale) lo stesso ritenga irrimediabilmente viziato il provvedimento dell'autorità […]. In altri termini, il principio di soggezione del giudice (solo) alla legge non ammette che il giudice civile davanti al quale viene proposta un'azione di

l'eliminazione dall'art. 7 del D. Lgs. n. 3/2017 dell'inciso «[…] *che non presentano un oggettivo margine di opinabilità*». Tale proposta di modifica è stata successivamente oggetto di stralcio nel corso dell'*iter* parlamentare che ha portato all'approvazione della l. 30 dicembre 2023, n. 214.

responsabilità, sulla base della constatazione della violazione delle regole di concorrenza contenuta in una decisione dell'autorità garante semplicemente inoppugnabile, sia ad essa, comunque, vincolato, anche di fronte ad una evidente illegittimità».

In ogni caso, poi, come già chiarito dalla giurisprudenza, prima[14], e sancito dall'art. 7, comma 1, del D. Lgs. 3/2017 poi[15], l'effetto vincolante in esame opera unicamente avuto riguardo alla natura della violazione e alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, senza però estendersi al nesso di causalità e all'esistenza del danno, che devono invece essere provati dall'attore in sede civilistica. Ne deriva il dovere del giudice del risarcimento di individuare con esattezza il perimetro oggettivo e temporale dell'illecito, per come definito in sede di *public enforcement*, gravando invece interamente sull'attore l'allegazione e la prova dell'effettivo prodursi di eventuali effetti lesivi della propria sfera giuridica, siano essi derivanti direttamente dal fatto oggetto della decisione amministrativa o conseguenti ad un'eventuale propagarsi dell'incidenza di detto illecito anche oltre l'ambito geografico, temporale o merceologico individuato nel provvedimento. Tale ultrattività, poi, deve essere puntualmente dimostrata dal preteso danneggiato, non potendo trovare applicazione, sul punto, nessuna delle presunzioni sancite dal Legislatore o dalla giurisprudenza sul punto (*infra*).

Per quanto riguarda le decisioni assunte dalle autorità nazionali (o dai giudici del ricorso) degli altri Stati membri, il secondo comma dell'art. 7 prevede che le stesse costituiscano prova *prima facie* (ovvero valutabili insieme ad altre prove) nei confronti dell'autore della violazione, anche in questo caso avuto riguardo alla portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non con riferimento al nesso di causalità e all'esistenza del danno.

Dal punto di vista strettamente processuale, poi, già da tempo la Cassazione ha rimarcato la necessità di tenere ferma la distinzione tra onere di allegazione, sempre gravante sulla parte, e dovere probatorio, per il cui assolvimento quest'ultima può beneficiare delle presunzioni o delle altre forme di assistenza processuale previste. Ne deriva l'impossibilità per l'attore di compiere un mero rinvio *per relationem*, nel proprio atto di citazione, alla decisione amministrativa e, eventualmente, alla pronuncia giurisdizionale che ha confermato la legittimità di quest'ultima, essendo lo stesso onerato, piuttosto, di riportare in modo specifico (sia pur sinteticamente) i contenuti e le conclusioni del provvedimento rilevanti ai fini dell'accertamento del proprio diritto al risarcimento, avendo cura, in particolare, di illustrare le circostanze di fatto considerate determinanti, sul piano causale, per il verificarsi del pregiudizio lamentato, pena la nullità della citazione[16].

[14] 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».

[15] Sul punto, si v., altresì, Trib. Milano, sez. impresa A, 15 maggio 2023, n. 49143; 4 ottobre 2018, n. 9759; Trib. Napoli, 13 ottobre 2021, R.G. n. 4543/2019, tutte in *itaca.europeanlitigation.eu*.

[16] Come sancito dalla Suprema Corte (Cass., sez. I, 30 agosto 2022, n. 25504) «la giurisprudenza di questa Corte è granitica nel distinguere fra onere di allegazione e onere della prova e nel tenere con fermezza il primo fuori dal perimetro della "cooperazione istruttoria"; è stato pertanto ripetutamente affermato che nei giudizi aventi ad oggetto l'esame di domande di protezione internazionale in tutte le sue forme, nessuna norma di legge esonera il ricorrente in primo grado, l'appellante o il ricorrente per cassazione, dall'onere di allegare in modo chiaro i fatti costitutivi della pretesa, di censurare in modo chiaro le statuizioni del giudice di primo grado e di assolvere gli oneri di esposizione, allegazione ed indicazione richiesti a pena di inammissibilità dall'art. 366 c.p.c., comma 1, nn. 3, 4 e 6, (tra le tante Cass. nn. 28780/2020; 17185/2020)».

b) Come è noto, ai sensi dell'art. 2043 c.c., l'esistenza dell'elemento soggettivo è condizione necessaria per il configurarsi di un illecito civile e per il riconoscimento del risarcimento dei danni subiti. Lo stesso approccio, d'altronde, è stato adottato anche nell'ambito della responsabilità amministrativa[17].

Tuttavia, nel caso di specie la prova dell'elemento soggettivo potrebbe risultare, in concreto, molto gravosa, in quanto ai sensi della normativa *antitrust* l'accertamento di un illecito concorrenziale non è condizionato alla verifica concreta della effettiva consapevolezza dell'autore dell'antigiuridicità del suo comportamento[18]. In altre parole, l'elemento soggettivo è solo presunto al momento dell'accertamento della condotta illecita e, di conseguenza, il provvedimento definitivo di condanna dell'autore dell'infrazione difficilmente potrebbe essere utilizzato in tal senso come prova, vincolante o privilegiata a seconda dei casi.

Al fine di garantire maggior effettività alla tutela dei privati, secondo la proposta avanzata dal ricordato Libro Bianco, una volta che la vittima abbia dimostrato una violazione degli articoli 101 o 102 TFUE, l'autore dell'infrazione dovrebbe essere ritenuto responsabile per i danni causati, a meno che quest'ultimo non dimostri che la violazione sia il risultato di un errore realmente scusabile, configurabile esclusivamente laddove una persona ragionevole, che avesse agito con un elevato grado di diligenza, non avrebbe potuto essere consapevole del fatto che il suo comportamento fosse idoneo a limitare il normale funzionamento concorrenziale del mercato[19].

Tale proposta, però, non ha trovato spazio né all'interno della Direttiva né nel successivo Decreto, non prevedendo entrambi nulla al riguardo. Essendo però, in base alle loro disposizioni, le decisioni dell'Autorità di concorrenza vincolanti per il giudice del *private enforcement*, il tema dell'elemento soggettivo, quindi, resta assorbito nella fase di accertamento della consapevolezza dell'illecito in sede amministrativa.

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 ha l'onere di provare il danno ed il nesso causale tra quest'ultimo e 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, la circostanza che la condotta vietata abbia o meno prodotto

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

[18] 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».

Nella pronuncia n. 4506 del 4 settembre 2014, il Cons. di Stato ha ritenuto che «le disposizioni che vietano gli illeciti anticoncorrenziali, individuando delle fattispecie tipizzate incentrate sulla mera condotta secondo un criterio di agire o di omettere doveroso, ancorano il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, con la conseguenza che, una volta integrata e provata dall'Autorità *Antitrust* la fattispecie tipica dell'illecito, graverà sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa che permea il sistema della responsabilità da illecito amministrativo (*ex* art. 3 l. 24 novembre 1981 n. 689), l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza».

[19] 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.

degli effetti pregiudizievoli sul mercato assume rilievo solo relativamente alla 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, come detto, 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 assume uno specifico valore probatorio in relazione alla sola sussistenza dell'illecito.

Il Libro Bianco non ha fornito alcuna indicazione in proposito, limitando l'analisi del nesso causale al solo caso di azioni di risarcimento del danno intentate da acquirenti indiretti, a favore dei quali si proponeva l'adozione di una presunzione semplice di traslazione del sovrapprezzo illegale nella sua interezza.

La disciplina successivamente introdotta dalla Direttiva e dal Decreto riprende quanto originariamente suggerito nel 2008, riaffermando, innanzitutto, la piena legittimazione al risarcimento del danno subito sia dagli acquirenti diretti che indiretti. Inoltre, l'art. 12, comma 2, del D. Lgs. n. 3/2017 introduce un meccanismo d'inversione dell'onere della prova che consente all'acquirente indiretto di non dover fornire prova dell'effettiva traslazione del danno (*passing on* offensivo) al fine di ottenere il risarcimento, al ricorrere di tre condizioni: che il convenuto abbia commesso una violazione *antitrust*, che tale illecito abbia determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto e che l'attore abbia acquistato beni o servizi oggetto della violazione o comunque che da questi ultimi derivano o che li incorporino. Di contro, al convenuto sarà sempre consentito, da un lato, di fornire la prova della mancata traslazione, al fine di escludere o ridurre il proprio obbligo di risarcire il danno, e, dall'altro, nel caso di azione promossa da un suo acquirente diretto, di eccepire l'avvenuto integrale trasferimento del danno da parte dell'attore ai propri clienti (*passing on* difensivo), che potrà provare anche chiedendo l'esibizione di documenti custoditi dall'attore o da un terzo, secondo le modalità che si vedranno in seguito[20].

Rispetto alla portata dell'onere probatorio relativo al nesso causale, la nuova normativa si limita ad introdurre, all'art. 14, comma 2, del Decreto, una presunzione di esistenza del danno derivante da un cartello, in continuità con i principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia e, pertanto, ancora pienamente applicabili.

In particolare, secondo la Corte di Giustizia, spetta agli Stati membri stabilire le modalità dell'azione di risarcimento, comprese quelle relative all'applicazione del nesso di causalità[21] e, sul punto, la giurisprudenza nazionale è da tempo unanime nel riconoscere, in primo luogo, che il contratto a valle è inscindibile dalla volontà anticoncorrenziale dell'impresa, in quanto è lo strumento attraverso cui si realizza il vantaggio anticompetitivo[22].

Nei casi di cartelli, in merito alla portata dell'onere probatorio gravante sull'attore, sin dal caso *Unipol*[23] la Cassazione

[20] Cfr. con quanto previsto dagli artt. 12, 13 e 14 della Direttiva 2014/104/UE e riprodotto dal Legislatore italiano senza sostanziali variazioni.

[21] C. giust. CE, cause riunite C-295-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, punto 61.

[22] *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».

[23] 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 assi-

ha riconosciuto che lo stesso possa dirsi assolto con la sola allegazione in giudizio dell'accertamento svolto dall'AGCM e della polizza assicurativa sottoscritta[24], spettando all'impresa sanzionata l'onere di fornire la prova contraria, allegando circostanze idonee a dimostrare che il livello del prezzo sia stato determinato da fattori diversi dalla partecipazione all'intesa illecita[25].

Altrimenti, l'esistenza del nesso causale tra l'intesa e il danno si potrebbe desumere «attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni probabilistiche che si fondino su un rapporto di conseguenza costante fra antecedente e dato consequenziale»[26].

Il ricorso ad un simile ragionamento presuntivo, che trova oggi il proprio fondamento direttamente nella legge, si è però rivelato, nella prassi recente, di più complessa applicazione in tutti quei casi in cui l'illecito è stato sanzionato in virtù unicamente del suo oggetto anticoncorrenziale, senza che sia stato svolto, in sede di *public enforcement*, un approfondito accertamento circa gli effetti sul mercato dallo stesso prodotti. Specie là dove la violazione non risulti *prima facie* idonea a incidere direttamente sulla sfera giuridica del preteso danneggiato, l'attore è stato quindi gravato, in ossequio alle stesse disposizioni della Direttiva[27] e del Decreto[28] dell'onere di dimostrare quantomeno la plausibilità della propria pretesa risarcitoria, al fine di poter avere accesso allo strumento della consulenza tecnica d'ufficio per l'accertamento e la quantificazione dell'eventuale pregiudizio subito[29].

In ogni caso, poi, l'operatività del ragionamento presuntivo sin qui descritto non impedisce al convenuto di offrire la prova contraria rispetto a detto rapporto di derivazione causale. Già da tempo, infatti, la giurisprudenza ha escluso in modo unanime l'ammissibilità 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 intese 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, proprio nella sentenza n. 2305/2007, relativa al caso *Unipol*[30], ha definito l'approccio del danno *in re ipsa* «aberrante».

curative che aveva portato ad un aumento del 20% circa del prezzo medio delle polizze RC auto.

[24] In senso conforme, Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiaria 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.

[25] Cass., sez. VI, 11 settembre 2015, n.17996, *Reale Muta Ass.*, in *Diritto & Giustizia 2015,* 14 settembre 2015.

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

[27] Art. 5.1 «…su istanza di un attore che abbia presentato una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno».

[28] Art. 3.1 «… su istanza motivata della parte, contenente l'indicazione di fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o dal terzo, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno o della difesa».

[29] Sul punto, Cass., sez. III, ord. 3 luglio 2020, n. 13736, in *Studium juris*, 2021, 3, 383 ss.; Trib. Milano, sez. impresa A, 15 maggio 2023, n. 49143; marzo 2014, n. 3054; ord. 26 luglio 2022, n. R.G. 47822/2017; Trib. Napoli, sez. specializzata impresa, 22 maggio 2023, nn. 5266, 5237, tutte in *itaca. europeanlitigation.eu*.

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

Dunque, l'accertamento della violazione *antitrust* ribalta sul convenuto (sia pure con alcune gradazioni, derivanti dalle specificità dell'illecito sanzionato) l'onere della prova circa la (in)sussistenza del nesso di causalità fra violazione e danno lamentato dal singolo, con la possibilità per il primo di «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»[31].

Specificamente sul punto, inoltre, la Suprema Corte ha chiarito che il convenuto nel «fornire la prova contraria alla citata presunzione di responsabilità, […], 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»[32].

Il giudice è tenuto a valutare tutte le prove offerte dal convenuto per superare la presunzione di causalità[33].

d) Il danno consiste nella lesione dell'interesse del consumatore a godere dei vantaggi di un mercato competitivo[34].

Come chiarito nella sentenza *Manfredi*[35] il danneggiato ha diritto a vedersi riconosciuti il danno emergente ed il lucro cessante, oltre agli interessi, ossia ha diritto a vedere risarcito il valore reale della perdita subita.

Tale approccio risultava già condiviso dal Libro Bianco della Commissione, oltre che da alcune normative settoriali interne[36], e trova oggi la propria definitiva consacrazione nell'art. 1, comma 2, del D. Lgs. 3/2017, che attua quanto previsto dall'art. 3 della Direttiva sul diritto al pieno risarcimento.

In particolare, la Direttiva definisce quest'ultimo come il ripristino, per il danneggiato, della situazione in cui si sarebbe trovato se la violazione della concorrenza non fosse mai stata commessa. Essa, inoltre, al comma 3 del citato art. 3, esclude espressamente che il pieno risarcimento includa i c.d. danni punitivi, le ipotesi di risarcimento multiplo o altre forme di sostanziale *overcompensation*; in sede di recepimento la norma interna ha configurato la pienezza della reintegrazione con il danno emergente, il lucro cessante e gli

[31] Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiaria Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

[32] 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.

[33] Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiaria 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.

[34] Esso, in particolare, consiste nell'«interesse ultraindividuale della libertà contrattuale, concretantesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale» Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiaria 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.

[35] C. giust. CE, "Manfredi", cit., § 95 e ss.

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

interessi su di essi maturati, escludendo che questa possa determinare qualsivoglia forma di sovra-compensazione.

Come già illustrato, l'accesso alla fase della quantificazione del danno è subordinato all'adeguata dimostrazione del ricorrere degli altri elementi costitutivi della domanda di risarcimento, quali l'esistenza dell'infrazione, la titolarità della pretesa risarcitoria vantata, la (plausibile) sussistenza del pregiudizio lamentato, e il legame causale fra quest'ultimo e la violazione accertata.

Sul punto, mentre per la prova del danno derivante da un'ipotesi di cartello, l'attore può oggi beneficiare della presunzione introdotta dall'art. 14, comma 2, del D. Lgs. 3/2017, la giurisprudenza più recente è ferma nel richiedere al danneggiato la puntuale dimostrazione del proprio titolo al ristoro richiesto (i.e., la prova dell'avvenuto pagamento del prezzo asseritamente oggetto di collusione o, più in generale, l'evidenza del comportamento occasione del verificarsi del pregiudizio subito).

Rispetto alla valutazione quantitativa del danno, invece, l'art. 14, comma 1, del D. Lgs. 3/2017 sostanzialmente riproduce quanto già previsto in via generale dall'art. 2056 c.c., facendo anch'esso espresso rinvio agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.

In via generale, per danno emergente si intende la perdita patrimoniale subita che, nel caso di procedimento per danni *antitrust*, sarà per lo più costituita dal maggiore esborso sopportato dall'attore per l'acquisto di beni o servizi (c.d. *overcharge*) o, comunque, per limitare gli effetti dannosi della condotta accertata (per esempio, nel caso di un cartello di prezzo da parte di alcuni distributori, il maggior costo dell'approvvigionamento delle materie prime presso un diverso fornitore[37]). Tuttavia, tale pregiudizio ben potrebbe coincidere anche con il valore degli investimenti sopportati dall'impresa danneggiata e 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 dominante[38] oltre ad eventuali vendite di beni e servizi in perdita – c.d. prezzo negativo), oltre a 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 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, 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

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

[38] 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».

cui il soggetto danneggiato aveva riposto affidamento[39]. 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 servizio innovativo sul mercato[40]. 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 vantaggiose[41].

In ogni caso, la quantificazione del danno da violazione delle norme antitrust mira a confrontare la posizione reale del soggetto danneggiato con quella in cui si sarebbe trovato in assenza dell'infrazione. Pertanto, le diverse voci di danno devono essere individuate attraverso un attento confronto tra lo scenario ipotetico di non infrazione e quello reale (cd. metodo controfattuale o "*but for*"), tenendo in adeguata considerazione tutte le variabili economiche di interesse (i.e., prezzi, volumi delle vendite, utili, costi o quote di mercato).

Quasi in concomitanza con l'adozione della Dir. 2014/104/UE, la Commissione ha elaborato una Guida pratica relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del TFUE, allegata alla Comunicazione 2013/C 167/07; questa rappresenta un valido strumento, non vincolante, che offre ai giudici degli Stati Membri una panoramica delle varie forme di danno tipicamente causate dalle pratiche anticoncorrenziali e, in particolare, illustra loro i metodi e le tecniche disponibili ai fini della quantificazione, con lo scopo ultimo di incrementare l'efficacia delle azioni di *private enforcement*.

In estrema sintesi, i principali metodi indicati dalla letteratura economica per individuare lo scenario controfattuale si dividono in due ampie categorie, distinte dal fatto che gli uni utilizzano un approccio comparativo, mentre gli altri simulano l'alternativo andamento del mercato sulla base di modelli economici. Tra le metodologie più diffuse, si segnalano, in particolare, quelle: *a*) "*before and after*"; *b*) "*yardstick*"; *c*) i metodi contabili. Con il modello "*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 occasioni[42]. Il metodo "*yardstick*",

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

[40] 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».

[41] Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiaria Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

[42] 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 accertato 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

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 gravose[43]. 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.

Una volta scelto il metodo di confronto, esistono diverse tecniche economiche idonee a definire lo scenario di "non-infrazione". Tra queste vi sono le "tecniche semplici", volte a confrontare direttamente i dati controfattuali con quelli dell'illecito (interpolazione lineare o estrapolazione lineare), e le analisi econometriche più complesse, tra le quali spicca l'analisi di regressione, una tecnica statistica che pone in rapporto diverse variabili economiche, calcolando in che misura una variabile (ad es. il prezzo) sia stata influenzata dalla violazione e/o da altre circostanze indipendenti da quest'ultima.

L'art. 14, comma 3, del D. Lgs. n. 3/2017, in attuazione di quanto già espressamente previsto dalla Direttiva, consente altresì al giudice di formulare specifiche richieste all'AGCM sugli orientamenti in materia di quantificazione del danno. Rispetto alla possibilità per quest'ultima di sottrarsi a questo dovere di assistenza, la normativa interna sviluppa il riferimento contenuto nella Direttiva al concetto di appropriatezza dell'intervento dell'Autorità, chiarendo che quest'ultimo non debba risultare in contrasto con la salvaguardia «dell'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza».

Inoltre, come previsto dall'art. 1226 c.c. – al quale, come già illustrato, l'art. 14 del Decreto fa espresso rinvio –, il danno può essere liquidato dal giudice anche in via equitativa, come ad esempio è accaduto nel caso *Fondiaria Sai*[44] ove il risarcimento è stato quantificato in una percentuale del premio pagato dagli assicurati, in base all'assunto secondo cui, se l'intesa non fosse stata

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 le 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 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 rinvengono 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).

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

[44] Cass., n. 2305/2007.

posta in essere, questi avrebbero certamente sopportato un esborso inferiore.

Sul punto, la giurisprudenza, anche successiva, ha però chiarito che la determinazione del danno in via equitativa può essere compiuta dal giudice unicamente a condizione che l'attore abbia comunque fornito prova dell'esistenza del danno[45] e solo nei casi in cui ricorrano circostanze tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente difficile procedere una puntuale stima del di tale pregiudizio sulla base delle evidenze disponibili[46].

Come già innanzi illustrato, la Direttiva esclude che il «diritto al pieno risarcimento» includa anche i danni punitivi, laddove la normativa italiana, pur non menzionandoli tra le voci di danno, ribadisce che «il risarcimento […] non determina sovracompensazioni», in linea con il generale orientamento ermeneutico interno che valorizza la funzione compensativa del danno *antitrust* e con le limitazioni poste dal codice civile al danno risarcibile.

Invero, un isolato caso di condanna al pagamento 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»[47]. Tale approccio non ha, però, trovato applicazioni ulteriori.

Anche più di recente, tuttavia, la Cassazione è tornata ad occuparsi del tema, ammettendo, in senso innovativo, il riconoscimento di sentenze straniere recanti una pronuncia di condanna al pagamento dei danni punitivi, ritenendo tale istituto

[45] Sul punto, si v. Cass., sez. III, 8 gennaio 2016, n. 127, in *Danno e Resp.*, 2016, 11, p. 1095, ove si afferma che: «il concreto esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice del merito dagli artt. 1226 e 2056 c.c. […] trova ingresso, a condizione che la sussistenza di un danno risarcibile nell'an debeatur sia stata dimostrata ovvero sia incontestata o infine debba ritenersi in re ipsa in quanto discendente in via diretta ed immediata dalla stessa situazione illegittima rappresentata in causa, nel solo caso di obiettiva impossibilità o particolare difficoltà di fornire la prova del quantum debeatur» (in senso conforme, Cass., sez. III, 18 aprile 2007, n. 9244). Già nella sentenza Cass., sez. III, 19 settembre 2013, n. 25912, in *Foro It.*, 2014, 1, 4, p. 1187, la Suprema Corte aveva avuto modo di chiarire che la natura sussidiaria della liquidazione equitativa del danno è tale «perché presuppone l'esistenza d'un danno oggettivamente accertato», aggiungendo altresì che «è l'impossibilità di quantificare un danno certamente esistente che rende possibile il ricorso alla stima equitativa. Se, invece, è l'esistenza stessa d'un pregiudizio economico ad essere incerta, eventuale, possibile ma non probabile, spazio non v'è alcuno per l'invocabilità dell'art. 1226 c.c.». Secondo la Corte, infatti, «questo principio costituisce da oltre cinquant'anni jus receptum nella giurisprudenza di legittimità (a partire da, Sez. 3, Sentenza n. 1536 del 19/06/1962, secondo cui "la valutazione equitativa del danno presuppone che questo, pur non potendo essere provato nel suo preciso ammontare, sia certo nella sua esistenza ontologica")».

[46] La Corte di Giustizia EU nella sentenza del 16 febbraio 2023, C-312/2021, *Tráficos Manuel Ferrer SL, D. Ignacio/Daimler AG*, ECLI:EU:C:2013:446, ha infatti confermato che «nell'ipotesi in cui l'impossibilità pratica di valutare il danno derivi dall'inerzia della parte attrice, non spetta al giudice nazionale sostituirsi a quest'ultima né rimediare alle sue mancanze» (punto 57). In coerenza con tale pronuncia risultano i recenti arresti del Tribunale di Milano, n. 4292/2023, e di Napoli, nn. 5237/2023 e 5266/2023, poco sopra richiamati (nota n. 34) che, oltre a respingere la richiesta attorea di determinazione equitativa del danno per la mancata prova della fondatezza della pretesa risarcitoria, hanno anche sancito che rimane in capo al danneggiato provare l'impossibilità di allegare i parametri determinativi del danno, al fine di poter poi far operare criteri di stima equitativa che, tuttavia, devono comunque fondarsi valutazioni di natura giuridica.

[47] 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.

come «non ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano», purché la sua applicazione da parte dell'organo giudiziario estero sia avvenuta in virtù di basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e ragionevoli limiti quantitativi al suo ammontare[48].

Quantomeno in relazione al più specifico ambito del *private enforcement antitrust*, però, tale orientamento appare confliggere con quanto previsto dall'art. 1, comma 2, del D. Lgs. 3/2017, la cui formulazione esclude che il giudice nazionale possa ordinare un risarcimento punitivo. Anche tale specifica limitazione, tuttavia, non risulta di per sé idonea a escludere il riconoscimento di sentenza straniera proveniente da ordinamenti che riconoscono il danno punitivo, anche alla luce della circostanza che la Direttiva è diretta a dare attuazione ai principi di equivalenza ed effettività attraverso norme di armonizzazione minima che mal si conciliano con l'imposizione di un limite superiore come il divieto di *overcompensation* che non appare affatto giustificato dalle finalità della Direttiva a cui il Decreto dà attuazione.

Invero, lo stesso Libro Verde del 19 febbraio 2005[49] sottolineava come le azioni di *private enforcement* fossero funzionali non solo al risarcimento dei singoli danneggiati, ma anche ad «assicurare, attraverso la disincentivazione di condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia del Trattato». Pertanto, sebbene sia il successivo Libro Bianco che la Direttiva abbiano privilegiato una prospettiva di carattere compensatorio, il riconoscimento di un regime di responsabilità punitiva, vigente all'interno di uno Stato terzo (o, in futuro, di uno Stato Membro) a garanzia dell'effettività della normativa *antitrust*, non appare di per sé confliggente con alcun principio di ordine pubblico europeo[50].

III. L'ostacolo dell'asimmetria informativa e gli strumenti processuali a disposizione dell'attore

III.1. Artt. 3 e 4 del D. Lgs. n. 3/2017 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 (ma anche gli operatori di piccole dimensioni) si trovano, come detto, in una posizione di forte asimmetria informativa rispetto alle imprese che hanno adottato la condotta illecita.

[48] Si v. la pronuncia Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, 16601, in *Riv. dir. ind.,* 2018, II, 2, 226 ss., per il riconoscimento in Italia di una pronuncia statunitense in tema di violazione della proprietà industriale. La Corte ricostruisce che «nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema [anche] la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria». Con la successiva sentenza Cass., sez. I, 7 marzo 2023, n. 6723, in *CED Cassazione*, 2023, il medesimo Giudice ha specificato che «il riconoscimento di una sentenza estera di condanna al risarcimento dei danni c.d. punitivi non è incompatibile con l'ordinamento italiano, alla luce della funzione anche deterrente e sanzionatoria della responsabilità civile. La delibazione, in tal caso, presuppone che il provvedimento straniero sia stato reso su basi normative che garantiscono la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità e i limiti quantitativi della medesima, dovendosi avere riguardo, sempre in sede di delibazione, agli effetti della sentenza e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico».

[49] Libro Verde della Commissione Europea in materia azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, 19 febbraio 2005.

[50] Come, d'altra parte già affermato dalla Corte di Giustizia CE nella già ricordata sentenza *Manfredi*, cit.

Invero, anche la Direttiva 2014/104/UE riafferma, nel *considerando* n. 15 e ss., l'importanza del superamento della disparità tra le parti nell'accesso a prove precise e circostanziate quale condizione essenziale per garantire l'effettività del diritto al risarcimento del danno da violazione *antitrust* e la conseguente piena funzionalità del sistema di *private enforcement.*

Già da tempo, quale valido rimedio all'asimmetria informativa nelle azioni *follow-on*, veniva auspicata la divulgazione del materiale probatorio acquisito durante l'istruttoria condotta dall'Autorità di concorrenza, malgrado l'elevato rischio di abusi che, in assenza di un'attenta limitazione delle informazioni rese accessibili, ne sarebbero potuti derivare.

Proprio al fine di bilanciare tali opposte esigenze, il Libro Bianco proponeva di riconoscere in tutta l'UE un livello minimo di divulgazione *inter partes*, sulla falsariga di quanto previsto dalla Direttiva 2004/48/CE in materia di diritti di proprietà intellettuale – c.d. Direttiva *Enforcement*[51] –, volta a garantire che l'accesso alle prove, disposto dal giudice sia prima che dopo l'adozione di una decisione da parte dell'Autorità per la concorrenza, trovasse il proprio fondamento sull'allegazione dei fatti da parte dell'attore e su un rigoroso controllo giurisdizionale della plausibilità dell'azione e della proporzionalità della richiesta di divulgazione.

Altro punto cruciale affrontato dal Libro Bianco e strettamente connesso al precedente era quello dell'interazione fra accesso alle prove nei procedimenti di *private enforcement* e l'attrattività dei programmi di clemenza nell'ambito del *public enforcement*.

Infatti, la divulgazione "indiscriminata" delle prove fornite da un'impresa nell'ambito della richiesta di trattamento favorevole potrebbe tramutare quest'ultima in un *boomerang* per la società, che rischierebbe di essere esposta in sede civilistica alle richieste di risarcimento dei danni fondate proprio sulle prove fornite all'Autorità *antitrust*, costituendo una pericolosa minaccia per l'efficacia dei programmi di clemenza, valido strumento nella scoperta delle intese anticoncorrenziali.

Sul punto, il Libro Bianco proponeva che fosse comunque garantita una tutela adeguata contro la divulgazione delle dichiarazioni rilasciate dalle imprese unitamente alla richiesta di trattamento favorevole relativamente ad una violazione dell'articolo 101 TFUE (anche quando la normativa nazionale *antitrust* viene applicata in parallelo) ed indipendentemente dal fatto che la richiesta di trattamento favorevole venisse accettata, respinta o che non facesse seguito alcuna decisione da parte dell'Autorità di concorrenza.

Altra proposta contenuta nel Libro Bianco al fine di garantire la perdurante attrattività dei programmi di clemenza era quella di limitare la responsabilità civile del beneficiario dell'immunità rispetto alle richieste di risarcimento presentate dai suoi partner contrattuali diretti ed indiretti, rimanendo in capo al primo l'onere di dimostrare la misura della limitazione della sua responsabilità.

In materia di accesso alla prova, anche la giurisprudenza comunitaria precedente alla riforma del 2014 aveva mostrato una notevole apertura.

In particolare, il Tribunale comunitario, sia nel 2011 che, successivamente all'adozione della nuova disciplina[52], nel 2015, aveva chiarito che l'accesso ai documenti di un fascicolo non può essere negato per il sol fatto che esso possa rendere meno efficaci i programmi di clemenza. Un diniego all'accesso doveva essere, quindi, secondo i

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

[52] Sebbene ovviamente non applicabile al caso controverso.

giudici, supportato da specifiche motivazioni in ordine allo scopo dell'investigazione[53].

Parimenti, lo stesso 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 possa essere considerato un interesse commerciale meritevole di tutela tale da limitare l'esercizio del diritto alla raccolta delle prove, sottolineando che lo scopo del Regolamento 1049/2001 sia quello di dare a chiunque il più ampio diritto all'accesso alla documentazione detenuta dalle istituzioni comunitarie e, pertanto, ogni deroga a tale principio debba essere applicata in modo restrittivo.

Cruciale per la definizione dell'ampiezza della *disclosure* dei documenti raccolti nell'ambito di un procedimento di clemenza è stata per anni la sentenza *Pfleiderer*[54], in cui la Corte di Giustizia ha dato risposta alla domanda di pronuncia pregiudiziale rimessa dal giudice tedesco[55] 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, finalizzato alla proposizione di una domanda di risarcimento del danno in sede civile da parte di un'impresa terza danneggiata dall'accertato cartello, 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. A tal proposito, l'Avvocato Generale Mazak nelle sue Conclusioni[56] aveva proposto che le dichiarazioni autoincriminanti non fossero rese accessibili, a differenza di tutte le altre informazioni preesistenti presentate dall'impresa nell'ambito della procedura di clemenza.

Nella sentenza, la Corte di Giustizia osservava 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 accesso[57], valutando se le norme applicabili nel caso concreto 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[58]. Una tale impostazione però gravava il giudice nazionale di una difficile decisione da adottare volta per volta e rischiava di creare una giurisprudenza differenziata e contraddittoria nei vari tribunali nazionali.

Pertanto, con l'adozione della Direttiva 2014/104/UE e del D. Lgs. n. 3/2017 di recepimento, è stata invece introdotta una disciplina specifica ed uniforme in materia

[53] Trib. UE, 15 dicembre 2011, T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Commissione,* ECLI:EU:T:2011:752, e, similmente, Trib. UE, 28 gennaio 2015, T-345/12, *Akzo Nobel/Commissione*, ECLI:EU:T:2015:50.

[54] C. giust. UE, 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389.

[55] Decisione dell'*Amtsgericht Bonn*, 4 agosto 2009.

[56] Presentate il 16 dicembre 2010.

[57] 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» (*Plfeiderer*, § 32).

[58] 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.

di esibizione delle prove e dei documenti nelle azioni di risarcimento del danno da violazione del diritto *antitrust*, sottraendo così tale materia alle valutazioni caso per caso dei giudici nazionali[59].

In dettaglio, l'art. 3 del Decreto, in fedele attuazione dell'art. 5 della Direttiva, introduce la possibilità per il giudice, su istanza motivata di una delle parti, di ordinare alla controparte, o anche ad un terzo, l'esibizione di prove rilevanti che rientrino nella loro disponibilità. Si tratta di uno strumento di grande efficacia per la tutela dei consumatori e degli altri soggetti cd. deboli, che ha trovato anche un'importante generalizzazione nella riforma della normativa sulla *class action*, introdotta con la legge 12 aprile 2019, n. 31 (si noti che il nuovo art. 840 *quinquies*, che disciplina l'esibizione delle prove nell'ambito dell'azione di classe, ricalca fedelmente il contenuto degli artt. 3 e 6 del Decreto n. 3/2017, che qui di seguito si va ad illustrare, salve alcune differenze che si avrà modo di descrivere più avanti).

L'esercizio di tale penetrante potere è rimesso alla discrezionalità del giudice cui è riservato l'accertamento della proporzionalità dell'onere di esibizione, dovendo valutare, in particolare: *i)* la plausibilità della domanda di risarcimento o degli argomenti della difesa alla luce degli elementi di prova già disponibili per la parte istante; *ii)* la portata ed i costi dell'esibizione, soprattutto per i terzi interessati; *iii)* la presenza tra le prove richieste di dati ed informazioni riservate, specialmente se concernenti terzi.

Rispetto a quest'ultimo tema, il successivo comma 4 della disposizione dedica grande attenzione al bilanciamento tra l'effettività del diritto al risarcimento del danneggiato e la tutela della riservatezza della controparte o del terzo. In particolare, si prevede la facoltà per il giudice di accompagnare l'ordine di esibizione a «specifiche misure di tutela», tra cui l'obbligo del segreto, l'oscuramento di parti riservate del documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione degli atti esibiti e il conferimento ad esperti dell'incarico di rielaborare i contenuti rivelati in forma sintetica o aggregata[60].

[59] 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 il 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.

[60] Sul punto, si segnala l'avvenuta adozione, da parte della Commissione europea, di una specifica "Comunicazione sulla protezione delle informazioni riservate da parte dei giudici nazionali nei procedimenti concernenti l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'UE" (del 22 luglio 2020, n. C/2020/4829), ove, oltre alla disamina dei presupposti per l'accoglimento di una richiesta di ostensione, sono descritte e discusse le principali misure che possono essere impiegate dai giudici nazionali al fine di assicurare il miglior equilibrio tra esigenze di tutela giurisdizionale e riservatezza delle informazioni oggetto di esibizione. In aggiunta, è di

I commi 5 e 6, invece, riproducono due ulteriori previsioni di garanzia contenute nella Direttiva, disponendo, il primo, il diritto della controparte e del terzo ad essere sentiti prima dell'adozione dell'ordine di esibizione – sebbene non siano specificate le modalità di tale audizione – e, il secondo, l'assoluta riservatezza delle comunicazioni degli avvocati con i propri clienti.

Un elemento di rilevante novità, introdotto con la disciplina in esame, è legato all'ampiezza della *disclosure* consentita e all'assenza di un onere per l'istante di provare l'effettiva esistenza dei singoli documenti richiesti, come invece previsto dagli artt. 210 e 213 c.p.c., avvicinandosi molto, sotto tale profilo, al modello anglosassone; tuttavia, è pur sempre richiesta l'indicazione, nell'istanza presentata, di fatti e prove che siano «ragionevolmente disponibili dalla controparte», circostanza anch'essa soggetta alla valutazione del giudice.

D'altra parte, al doppio fine di favorire l'accesso alla prova da parte del danneggiato, ma al contempo di prevenire le c.d. *fishing expedition*, ovvero l'uso meramente esplorativo dei poteri istruttori, il comma 2 dell'art. 3 del Decreto introduce il concetto europeo della «categoria di prova», disponendo che il giudice, nell'ordinare l'esibizione, sia tenuto a individuare «specificamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prova» oggetto della *disclosure*. In altre parole, l'ordine di esibizione non può avere ad oggetto un insieme indefinito di documenti, bensì deve risultare circoscritto, secondo la definizione contenuta nella medesima norma e mutuata dal considerando 16 della Direttiva, ad un gruppo di elementi probatori aventi caratteristiche essenziali comuni, quali la natura, il periodo di formazione, l'oggetto ed il contenuto.

La nuova disciplina, all'art. 4 del D. Lgs. 3/2017, ha altresì previsto il potere del giudice di richiedere, anche d'ufficio, l'esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato Membro, quando né le parti né i terzi siano ragionevolmente in grado di fornirle.

Tale strumento costituisce un rimedio residuale nei casi di giudizi *follow-on* caratterizzati da una forte asimmetria informativa che impedisce, o rende estremamente gravosa, la prova della violazione; risulta, però, tuttora controverso se la parte istante sia tenuta a dimostrare di aver richiesto l'accesso all'autorità nazionale e che questo sia stato negato, come invece previsto per l'esibizione *ex* art. 210 c.p.c.

Tuttavia, rispetto all'ordine di esibizione di cui all'art. 3 D. Lgs. 3/2017, l'utilizzo di questo strumento può comportare gravi interferenze con le esigenze di *public enforcement* e con il successo dei programmi di clemenza, come già illustrato in precedenza. Il Legislatore europeo, pertanto, ha individuato precisi limiti al potere del giudice, trasfusi poi nella normativa italiana. In particolare, l'art. 4 del D. Lgs. 3/2017 prevede che il giudice, prima di ordinare l'esibizione, valuti parimenti la proporzionalità di tale determinazione, anche in relazione alla specificità dell'istanza di parte, all'attinenza di quest'ultima all'azione per il risarcimento del danno promossa e, soprattutto, all'eventuale necessità di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione

particolare interesse notare, altresì, come, nella prassi più recente, i tribunali italiani abbiano esteso l'applicabilità di tali misure di confidenzialità anche alla documentazione e alle informazioni riservate prodotte spontaneamente dalle parti in giudizio. In particolare, l'accesso a tali dati, precluso nella fase introduttiva della controversia, viene poi concesso in forma piena, in sede di consulenza tecnica d'ufficio, unicamente ai periti economici, mentre i legali costituiti possono sovente esaminare le sole informazioni effettivamente rilevanti e, per di più, in modalità aggregata. In aggiunta, a tutti soggetti coinvolti nel procedimento sono comunque solitamente imposti puntuali obblighi di riservatezza e il divieto di impiegare i dati così conosciuti fuori dallo specifico giudizio nel quale gli stessi sono stati prodotti.

a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

Proprio a garanzia delle esigenze pubblicistiche di tutela della concorrenza, inoltre, i commi 4, 5 e 6 dell'art. 4 del Decreto classificano le informazioni in possesso delle autorità garanti in tre categorie, solitamente individuate come liste, cui si collegano tre diversi regimi di esibizione. In dettaglio, esse sono:

i) la lista nera, che include tutte le dichiarazioni rese e i documenti connessi ad un programma di clemenza o a proposte di transazione che, anche se in possesso delle parti o di terzi, non solo non possono essere oggetto di ordine di esibizione, ma non sono neanche ammissibili in giudizio, comunque siano state ottenute. È previsto unicamente il potere del giudice di accedervi, anche con l'assistenza dell'autorità, al solo fine di valutarne la corretta classificazione;

ii) la lista grigia, in cui rientrano le informazioni rese nell'ambito di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza, quelle che quest'ultima ha redatto e comunicato nell'ambito dello stesso e le proposte di transazione revocate. Queste possono essere oggetto di esibizione o comunque ammesse anche se presentate dalle parti, solo dopo la conclusione dell'attività di *public enforcement*;

iii) la lista bianca, quale categoria residuale nella quale rientrano tutte le informazioni e gli elementi probatori non inclusi nelle categorie precedenti e di cui è possibile ordinare l'esibizione in qualsiasi momento.

All'autorità garante della concorrenza interessata è sempre consentita la facoltà di esprimere la propria valutazione in merito alla proporzionalità della richiesta di esibizione formulata da una delle parti, della cui presentazione riceve notizia dal giudice.

Inoltre, è espressamente prevista la facoltà per quest'ultimo di sospendere il giudizio sino alla conclusione del procedimento eventualmente in corso davanti ad un'autorità garante, onde consentire, da un lato, la salvaguardia dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza e, dall'altro, la funzionalità dei meccanismi di coordinamento tra le forme di *public* e *private enforcing* descritti nel paragrafo precedente[61].

A garanzia dei nuovi istituti di *disclosure* introdotti, il Decreto prevede anche un compiuto apparato punitivo volto a sanzionare sia l'inosservanza dell'ordine di esibizione e la distruzione del materiale probatorio che la violazione delle limitazioni imposte dalla legge o dal giudice a tutela delle esigenze pubblicistiche o della riservatezza delle controparti o di terzi. In particolare, in attuazione di una specifica indicazione europea in tal senso, oltre che con sanzioni amministrative pecuniarie, i commi 6 e 7 dell'art. 6 del D.Lgs 3/2017 puniscono le descritte violazioni anche riconoscendo la possibilità per il giudice di inferire da tali comportamenti illeciti conclusioni negative per il trasgressore, sino a presumere che la questione sia stata provata o a respingere in tutto o in parte domande e eccezioni formulate.

Da ultimo, è opportuno analizzare il rapporto tra questo nuovo strumento processuale e le disposizioni sull'accesso agli atti e sulla protezione dei documenti interni

[61] Sul punto, risulta opportuno richiamare quanto di recente statuito dalla Corte di Giustizia UE, nella sentenza del 12 gennaio 2023, causa C-57/2021, *RegioJet a.s./Ceské drahy a.s.,* ECLI:EU:C:2023:6. In tale arresto, il Giudice europeo ha riconosciuto la facoltà per una corte nazionale, nell'ambito di un procedimento per il risarcimento del danno vertente su un'infrazione al diritto della concorrenza, di ordinare la divulgazione di elementi di prova malgrado la pendenza del procedimento avviato dalla Commissione europea per l'accertamento di detta violazione. Nella medesima sede, la Corte ha chiarito, altresì, che «il giudice nazionale deve tuttavia accertarsi che la divulgazione delle prove richiesta in tale fase del procedimento, che deve soddisfare le condizioni enunciate agli articoli 5 e 6 della direttiva 2014/104, non ecceda quanto necessario in relazione alla domanda di risarcimento di cui è investito» (punto 133).

dell'AGCM, che il comma 9 dell'art. 4 del Decreto espressamente fa salve.

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'AGCM 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.

Inoltre, 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 esso «è riconosciuto nel corso 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 necessari 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 riconosce la facoltà di accesso "procedimentale" o "partecipativo" per consentire alle parti del procedimento ed agli intervenienti l'esercizio del diritto di difesa[62]. Esso appare, pertanto, sostanzialmente coincidente con la *ratio* propria dei nuovi strumenti di *disclosure*, postulando, inoltre, un grado di garanzia del tutto coincidente, se non addirittura inferiore, a quello della disciplina sin qui descritta, nella quale, accanto alla tradizionale tutela della riservatezza, viene in considerazione anche l'impatto degli ordini di esibizione sull'attività di *public enforcement*.

Dall'accesso "procedimentale" deve distinguersi quello c.d. "informativo", ad opera 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, comma 7, prevede che «deve essere garantito ai richiedenti dei 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 2010[63] ha chiarito che «un interesse del tutto eterogeneo 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

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

[63] 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.

solo di carattere partecipativo, ma anche di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa, cui sono preordinate le norme sull'accesso ai documenti dell'Amministrazione[64]. 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, circostanza che nella nuova disciplina è oggetto di una puntuale valutazione da parte del giudice.

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

Il punto è stato trattato dalla sentenza *Alitalia*[65], 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, 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».

Anche con riferimento a quest'ultima tipologia d'accesso, gli strumenti di *disclosure* introdotti dal Legislatore nel 2017 presentano garanzie del tutto compatibili con i limiti ivi previsti, non sussistendo, quindi, particolari esigenze di coordinamento. Anzi, come già affermato, la precisa classificazione delle informazioni e delle prove oggetto di esibizione o ammissibili in giudizio in tre distinte categorie costituisce un'importante innovazione che

[64] 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».

[65] 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.

consente di salvaguardare in modo efficace le esigenze pubblicistiche di promozione della concorrenza.

Oltre alle descritte novità introdotte dalla normativa interna per lo specifico ambito *antitrust*, la parte attrice ed il giudice, per l'accertamento del danno e per la quantificazione del risarcimento, possono avvalersi di altri mezzi istruttori previsti in via generale dall'ordinamento italiano, quali:

- 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.;

- 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 tra tali strumenti, vale la pena rilevare come la giurisprudenza faccia ampio ricorso al c.d. fatto notorio, cioè alle nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (art. 115 c. 2 c.p.c.), per la prova, ad esempio, della sussistenza del nesso causale[66].

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. – istituti che, sebbene siano stati sostanzialmente sostituiti dagli strumenti di *disclosure* introdotti dal D. Lgs. 3/2017 con specifico riferimento al diritto *antitrust*, nondimeno risultano ancora applicabili in via residuale, oltre che a tutti i giudizi promossi anteriormente al 26 dicembre 2014[67] – 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, invero, non può 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 terzo[68], laddove quest'ultimo è parso ravvisabile, ad esempio, nella lesione del diritto alla riservatezza, allorché di notevole entità[69]. Ai sensi di costante giurisprudenza di legittimità: *i*) l'ordine di esibizione è provvedimento discrezionale del giudice[70]; *ii*) lo stesso deve riguardare non documenti generici, ma documenti che siano stati specificamente indicati dalla parte istante e dei quali sia noto il contenuto[71]; *iii*) che risultino indispensabili ai fini della prova

[66] Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiaria Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

[67] 30° giorno successivo all'adozione della Direttiva e data di entrata in vigore delle norme di cui agli artt. 3, 4, 5 e 15, comma 2, D.Lgs. 3/2017 ai sensi dell'art. 19 del medesimo testo che ha recepito quanto previsto dall'art. 22, comma 2, Dir. 2014/104/UE.

[68] App. Milano, 22 luglio 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 246.

[69] Cass., sez. I, 19 aprile 2018, n. 9772, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, 5; Cass., sez. VI, 23 agosto 2011, n. 17602, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, p. 1246.

[70] Cass., sez. III, ord. 20 agosto 2024, n. 22943, in *Massima redazionale Onelegale*, 2024; 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.

[71] 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.

dei fatti controversi[72]; *iv*) che non siano altrimenti acquisibili dalla parte[73].

Applicando tali principi alla fattispecie di interesse, pare verosimile che anche gli atti di un'istruttoria condotta dall'Autorità *antitrust* possano essere oggetto di un'istanza *ex* art. 210 c.p.c., purché specificamente individuati dall'attore nella stessa. L'attore può chiedere, ad esempio, 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 deve dimostrare di aver richiesto l'accesso all'AGCM e che le 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 – e che risulta oggi pienamente applicabile per le richieste formulate ad amministrazioni diverse dall'AGCM. 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 presupposti *ex* art. 210[74] e relativamente alle prove che essa sia in grado di procurarsi direttamente[75], interpretazione che, come già illustrato, ha trovato piena conferma nella nuova disciplina di matrice eurounitaria, laddove l'art. 4 del D. Lgs. 3/2017 sottolinea il carattere residuale dell'esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità. Il presupposto della richiesta è, quindi, 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 sia possibile con riguardo ai soli fatti o atti della p.a. che non potrebbero provarsi altrimenti[76].

Con riferimento alla garanzia della segretezza dei documenti posseduti dall'Autorità, invece, prima della novità del D. Lgs 3/2017, la Corte di Cassazione aveva statuito che, nel caso in cui la richiesta di informazioni e dati raccolti durante un'istruttoria provenisse 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., l'opponibilità del segreto d'ufficio dovesse essere circoscritta alla sola ipotesi in cui l'ostensione del documento potesse arrecare un grave danno al soggetto terzo, oltre a dover essere in ogni caso oggetto di adeguata ed analitica motivazione da parte dell'Autorità[77].

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

[73] 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.

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

[75] Cass, sez. V, ord. 2 dicembre 2021, n. 3806, in *CED Cassazione*, 2021; Cass., sez. Trib., 27 giugno 2003, n. 10219, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 6.

[76] Cass., sez. I, 12 dicembre 1988, n. 6734 in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 12.

[77] 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

Quanto all'ordine di esibizione *ex* art. 210 c.p.c. rivolto invece alla parte convenuta, sebbene sia generalmente ritenuto non suscettibile di esecuzione coattiva in caso di rifiuto, in assenza di una norma che ne disciplini le modalità di attuazione[78], risulta comunque 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., come analogamente è stato espressamente previsto in materia di *disclosure antitrust*.

III.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.), in sede di 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 c.d. consulenza tecnica "deducente"), 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 stesse[79]. In alcuni casi, però, la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, quando in particolare si risolva in uno strumento, oltre che di valutazione tecnica, anche di accertamento di situazioni di fatto rilevabili solo con il ricorso a determinate cognizioni 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 prova (la c.d. consulenza tecnica "percipiente")[80]. 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 tecniche[81].

Alla luce di quanto sin qui illustrato, ben si comprende l'utilità che, in sede di *private enforcement*, da tempo contraddistingue quest'ultimo modello di consulenza tecnica, cd. percipiente, specie in relazione al profilo della quantificazione del danno subito, ove, come si è visto, è frequente il ricorso a nozioni tecniche e a prove economiche di particolare complessità, al fine di definire con precisione lo scenario controfattuale alla base del calcolo del pregiudizio[82].

D'altra parte, la stessa Direttiva 2014/104/UE, all'art. 17, impone agli Stati Membri di provvedere «affinché i giudici nazionali abbiano il potere […] di stimare l'ammontare del danno» anche là dove sia praticamente impossibile, o eccessivamente

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. In casi successivi, l'AGCM ha invece fornito la documentazione richiesta dai giudici in busta sigillata, lasciando al giudice la decisione circa la sua apertura e messa a disposizione delle parti.

[78] 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.

[79] 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.

[80] Cass., sez. III, 5 febbraio 2013, n. 2663, in *Mass. Red. Leggi d'Italia*, 2013.

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

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

difficile, quantificarlo con esattezza; questa previsione appare, pertanto, legittimare la possibilità di riconoscere in capo al consulente tecnico poteri di indagine ampi e congrui, anche aldilà delle tradizionali restrizioni in termini di prova a carico del danneggiato. In tal senso, la stessa Corte di Cassazione, proprio in riferimento ad un'azione di risarcimento del danno da illecito *antitrust*, al fine di «rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale e tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova», ha suggerito, già nel 2015, la necessità di valorizzare «in modo opportuno gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione dei documenti, richiesta di informazioni e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio»[83].

Non a caso, dunque, il medesimo Giudice aveva da tempo chiarito il portato dell'onere gravante sulla parte di un giudizio *antitrust* per accedere a tale strumento processuale, consistente nel dovere di «indicare specificamente quali momenti o fasi vadano verificati e su quali atti ritualmente acquisiti al processo» debba svolgersi l'indagine domandata[84].

Sul punto, più di recente, la medesima Corte ha ribadito come la dimostrazione degli elementi essenziali della fattispecie controversa rimanga una condizione sì necessaria, ma anche – e soprattutto – sufficiente, al fine del legittimo esperimento della consulenza tecnica d'ufficio[85]. Invero, le Sezioni Unite hanno sottolineato con forza, in relazione proprio all'esatta individuazione dei poteri d'indagine del c.t.u. in veste percipiente, la necessità di distinguere tra gli elementi costitutivi della pretesa (o della difesa) e i cd. fatti secondari, privi di efficacia probatoria diretta, ma funzionali alla dimostrazione dei primi, statuendo che «il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può accertare tutti i fatti inerenti all'oggetto della lite il cui accertamento si rende necessario al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che non si tratti dei fatti principali che è onere delle parti allegare a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti fatti principali rilevabili d'ufficio»[86].

In altre parole, la rilevanza che – specie in ambito di *private enforcement*– viene riservata allo strumento dell'indagine peritale deriva e si giustifica proprio in virtù della carenza di *expertise* tecnica che caratterizza tanto il giudice quanto le stesse parti del procedimento e che rende dunque necessario il conferimento al consulente d'ufficio di penetranti poteri d'indagine e, in modo particolare, di esibizione, funzionali a «colmare proprio quella lacuna ricercando la prova che le parti non sono state in grado di offrire»[87].

Ben si comprende, dunque, la più recente prassi dei tribunali italiani che, in

[83] Cass., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, *Cargest*, in Riv. dir. Ind., 2015, 6, 537, con nota di Geraci.

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

[85] In particolare, la Cassazione ha ribadito che «in tema di risarcimento del danno, è possibile assegnare alla consulenza tecnica d'ufficio ed alle correlate indagini peritali funzione "percipiente", ma a condizione che essa verta su elementi già allegati dalla parte, ma che soltanto un tecnico sia in grado di accertare, per mezzo delle conoscenze e degli strumenti di cui dispone (cfr. Cass. Sez. 2, sent. 22 gennaio 2015, n. 1190), giacché, anche quando la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, resta pur sempre necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti»; Cass., sez. IV, ord. 3 luglio 2020, n. 13736, in *Studium juris*, 2021, 3, p. 383.

[86] Cass., SS. UU, 1° febbraio 2022, n. 3086, in *Quotidiano Giuridico*, 2022.

[87] *Ibidem*, punto 22.

risposta alle estese domande di esibizioni formulate dalle parti, sono solito demandare al c.t.u. il compito di individuare, nel contraddittorio tecnico-giudico, i documenti e le informazioni (anche ulteriori rispetto a quelle *ab origine* individuati dalle parti) che dovranno essere oggetto di acquisizione e la cui disamina risulta necessaria per il completamento di un'analisi econometrica pienamente attendibile. In ogni caso, però, sia pure in tale contesto di delega al consulente d'ufficio dell'identificazione dei dati da richiedere, tanto la potestà di imporre l'esibizione quanto la successiva valutazione delle conseguenze giuridiche dell'eventuale carenza probatoria permangono di esclusiva competenza dell'organo giurisdizionale. La giurisprudenza di merito ha infatti chiarito, più di recente, che «una volta individuato il metodo di verifica e gli strumenti con cui attuarlo, il CTU – ove l'impossibilità di effettuare analisi attendibili dipenda dalla carenza documentale deve investire il G.I. della questione – onde verificare in contraddittorio se detta carenza sia imputabile alle parti o ad una delle parti in ragione dell'onere probatorio (attrice) ovvero dell'ordine di esibizione (convenuto) che la riguarda, onde consentire al Giudice di valutare detti aspetti, se integrare l'ordine di esibizione ed in che termini; inoltre, se la mancanza di detti dati conduce addirittura all'impossibilità di rispondere al quesito deve condividere – sempre nel contraddittorio – il perimetro dei dati ritenuti necessari», residuando in capo al giudice anche il potere di valutare l'effettiva indispensabilità delle informazioni mancanti (e delle analisi tecniche che su di esse si dovrebbero basare) per la risposta ai quesiti formulati[88].

In tale contesto poi, le più recenti innovazioni intervenute nella disciplina delle azioni risarcitorie, come poco sopra descritte, hanno viepiù esaltato tale centralità della c.t.u. oramai divenuta, specie nelle azioni *follow-on*, il vero e proprio cuore del giudizio risarcitorio, in quanto funzionale non solo all'individuazione del *quantum* del pregiudizio risarcibile, ma anche all'accertamento – quantomeno in via indiretta e presupposta – dell'*an* della pretesa e della sua piena riconducibilità causale ad un dato illecito concorrenziale.

Invero, a valle del riconoscimento, da parte del giudice del risarcimento, della presenza di un provvedimento sanzionatorio vincolante e della conseguente applicabilità delle presunzioni sancite a livello legislativo (o, comunque, dell'avvenuta prospettazione, ad opera dell'attore, della plausibilità della propria pretesa), l'accertamento tecnico del danno demandato all'analisi controfattuale del consulente d'ufficio finisce giocoforza per rappresentare il principale momento di verifica, nel contraddittorio tecnico tra le parti, della validità della prova contraria offerta dal convenuto e dunque, in ultima analisi, della fondatezza dell'azione promossa.

D'altra parte, se è vero che le valutazioni espresse dal consulente tecnico d'ufficio non hanno efficacia vincolante per il giudice e che quest'ultimo, in applicazione del principio della libera valutazione delle prove *ex* art. 116 c.p.c., può legittimamente disattendere le conclusioni del perito, contrapponendovi la propria valutazione critica, congruamente motivata sulla base delle risultanze processuali[89] o di altre argomentazioni tratte da proprie personali cognizioni tecniche[90], allo stesso modo, la consulenza sempre più costituisce fonte oggettiva di prova,

[88] Così, Trib. Milano, sez. impresa A, 25 marzo 2024, n. 3271, in *itaca.europeanlitigation.eu*.

[89] Cass., sez. lavoro, ord. 6 agosto 2024, n. 22161, in *Quotidiano Giuridico*, 2024; Cass., sez. III, ord. 27 dicembre 2023, n. 36020, in *Massima redazionale Onelegale*, 2024.

[90] Cass., sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4792, in *CED Cassazione*, 2013; Cass., sez. II, 26 febbraio 1998, n. 2145 in *Foro it.* 1998, I, 2197.

dalla quale il giudice può trarre 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 istruttorie[91].

IV. Gli strumenti probatori previsti in caso di *class action*

La Direttiva non contiene alcuna previsione relativa all'applicabilità o meno delle sue disposizioni alle azioni collettive. Tuttavia, già nel Libro Bianco del 2008 si auspicava l'introduzione, nelle legislazioni nazionali, di meccanismi atti a consentire l'aggregazione delle singole istanze risarcitorie promosse dalle vittime delle violazioni delle norme *antitrust.*

La scelta del Legislatore italiano, espressa nell'art. 2, comma 1, lettera c), della legge di delegazione europea 9 luglio 2015, n. 114 e successivamente trasposta nell'art. 1, comma 1, del Decreto, è stata quella di estendere la portata del D. Lgs. n. 3/2017 anche alle azione collettive allora disciplinate dall'art. 140 *bis* del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo.

Gli istituti processuali sin qui descritti risultano, pertanto, pienamente applicabili alle *class action* promosse per il risarcimento di danni derivanti da illeciti concorrenziali. Successivamente all'entrata in vigore del Decreto, però, anche la disciplina delle azioni collettive è stata oggetto di una radicale riforma normativa – realizzata mediante la l. 12 aprile 2019, n. 31, che ha abrogato i previgenti artt. 139, 140 e 140 *bis* c. del consumo ed inserito un nuovo Titolo VIII *bis* all'interno del c.p.c. – che ha introdotto, tra l'altro, interessanti innovazioni in materia di prova, che devono ora trovare un coordinamento con gli specifici strumenti previsti in materia *antitrust.*

In particolare, il nuovo art. 840 *quinquies*, comma 2, c.p.c. prevede, per le azioni collettive, il superamento del formalismo processuale, legittimando il tribunale ad omettere «ogni formalità non essenziale al contraddittorio» nel compimento di tutti gli atti di istruzione rilevanti per la definizione della controversia.

Il successivo comma 3 della disposizione in esame interviene, invece, sul riparto delle spese processuali, introducendo l'obbligo per il resistente di anticipare le spese e l'acconto sul compenso del consulente tecnico d'ufficio, al duplice fine di favorire la parte debole della controversia ed incoraggiare il ricorso a tale strumento processuale[92].

Di assoluto rilievo appare anche il comma successivo, che consente al tribunale di avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici per l'accertamento della responsabilità che, da iniziale elaborazione giurisprudenziale, assurge ora a regola processuale codificata.

Da ultimo, come già accennato, il nuovo art. 840 *quinquies* c.p.c. estende a tutte le azioni collettive l'applicabilità dello strumento di *disclosure* processuale introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 3 del D.Lgs. n. 3/2017.

L'art. 840 *quinquies* riproduce, quasi alla lettera, sia i contenuti dell'art. 3 che del correlato art. 6 del Decreto (in materia di sanzioni e conseguenze processuali della violazione dell'ordine di esibizione), pur con alcune rilevanti differenze.

[91] Cass., sez. lavoro, 2 ottobre 2013, n. 22538, in *Massima redazionale Onelegale*, 2013; Cass., sez. III, 19 aprile 2011, n. 8989, in *CED Cassazione*, 2011; Cass., sez II, 19 aprile 1988, n. 3064, in *Mass. Giur. It.*, 1988.

[92] La previsione sembra in parte ispirata al sistema statunitense dove in materia di spese legali si applica un principio ancor più incentivante, il c.d. "one way litigation costs", in base al quale il resistente rimborsa i costi all'attore se il ricorso è accolto, ma quest'ultimo non viene condannato per le spese nel caso venga invece respinto.

In particolare, oltre a presentare valori edittali delle sanzioni pecuniarie amministrative lievemente inferiori a quelli individuati in materia *antitrust*, la disciplina della *disclosure* consentita per tutte le ipotesi di *class action* prevede che questa possa essere disposta solo nei confronti del resistente e non anche di terzi o degli attori, escludendo, così, quella reciprocità ammessa, invece, per le azioni risarcitorie conseguenti a violazioni concorrenziali.

Tuttavia, in ragione dell'espressa applicabilità del D. Lgs. n. 3/2017 anche alle azioni collettive (art. 1, comma 1, del Decreto), appare ragionevole sostenere che, in caso di *class action* in materia *antitrust*, debba trovare piena applicazione la tipologia più ampia di *disclosure*, introdotta nel 2017, quale disciplina speciale per i giudizi di *private enforcement* della normativa concorrenziale.

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. Nascimbene, 2009, p. 3 ss.; R. Caiazzo, «Illecito anticoncorrenziale, tutela del consumatore e *class action*: una nuova era per il *private enforcement* in Italia?», in *IX edizione della conferenza "Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea*", Treviso, 20-21 maggio 2010; R. Caiazzo, «The scheme of Legislative Decree of implementation of Directive 2014/104/EU on *antitrust* damages actions», in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2, 2016, p. 6 ss.; A. Catricalà, C. E. Cazzato, F. Fimmanò (a cura di), «Diritto antitrust», Milano, 2021; E. Corapi, «Il risarcimento del danno *antitrust*, la direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione. Modelli a confronto», Napoli, 2017; A. Fabbi, «La "esibizione" istruttoria nel *private enforcement* del diritto *antitrust*, in *Il private enforcement antitrust dopo il D.lgs. 19 Gennaio 2017, n. 3*, (a cura di) B. Sassani, Pisa, 2017; A. Frignani, «L'onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito *antitrust*», in *Dir. ed econ. dell'ass.*, 2011, IV, p. 1332 ss.; P. Manzini, «Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017» Torino, 2017; A. Mei, «Risarcimento del danno derivante da violazioni del diritto di concorrenza: commento a prima lettura del d.lgs. 3 del 19.1.2017» in *La Nuova Procedura Civile*, 1, 2017; V. Mosca, «*Private enforcement antitrust*: accertamento e quantificazione del danno», in *Il dir. ind.*, 2010, V, p. 457 ss.; G. Muscolo, «La prova nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust», in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2017, pp. 391-410; 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. Nascimbene, 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.; M. Zuliani, «Rilevanza probatoria delle decisioni prese e delle istruttorie svolte dall'AGCM nei giudizi per risarcimento dei danni da abuso di posizione dominante», in *Danno e Responsabilità,* 1° marzo 2022, 2, p. 204 ss.