

**FASTWEB S.P.A.**  
**Considerazioni sul Libro Bianco in materia di azioni di  
risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust  
comunitarie**

**15 luglio 2008**



## 1. Premessa

Il Libro Bianco “in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie” (d’ora in avanti “Libro Bianco”) prosegue l’azione della Commissione volta a creare un efficace sistema di *private enforcement* degli artt. 81 ed 82 del Trattato che istituisce la Comunità Europea (d’ora in avanti “TCE”), risolvendo gli ostacoli che il quadro giuridico e gli ordinamenti nazionali frappongono ad efficaci azioni di risarcimento dei danni antitrust. Con il presente documento Fastweb S.p.A. (di seguito anche “Fastweb”), principale operatore alternativo all’operatore *incumbent* nel mercato italiano della telefonia e dei servizi di telecomunicazione a banda larga su rete fissa, intende sottoporre alla Commissione le proprie considerazioni in merito al Libro Bianco.

Il Libro Bianco parte da una considerazione generale certamente condivisibile: quella di utilizzare, in via complementare rispetto agli strumenti del *public enforcement* in antitrust – tipicamente demandato all’autorità comunitaria e nazionale – gli strumenti di *private enforcement*. Sotto il profilo dell’efficienza economica, l’uso complementare di tali strumenti permette di accostare alle classiche politiche di *enforcement* perseguite dalle autorità antitrust (di seguito, anche “NCA”), finalizzate all’obiettivo pubblico di tutela della concorrenza e del mercato, anche un’azione privata che tenga esplicitamente conto del danno generato sui privati da una data violazione antitrust. La maggiore efficienza deriva sia dalla considerazione che tale effetto immediato di riaggiustamento automatico degli incentivi (sia dal lato delle potenziali vittime che dal lato dei potenziali infringers) avviene con una semplice innovazione giuridica, ovvero senza costi privati e sociali aggiuntivi; sia dall’accresciuta possibilità di modulare, nel complesso intreccio tra azione pubblica e azione privata, sanzioni ottime, tali cioè da eguagliare danno sociale totale dell’illecito ai benefici privati da esso generati.

Infatti, mentre la sola sanzione inflitta dall’autorità antitrust ha natura esclusivamente punitiva, la sanzione inflitta nell’ambito dell’azione privata ha natura prevalentemente compensatoria. Com’è noto, la Commissione e le NCA hanno il potere di infliggere o meno sanzioni a seguito di un illecito



antitrust, il cui valore e la cui finalità mantengono ad oggi un carattere meramente punitivo e non compensatorio, puntando a ripristinare, attraverso un'azione di deterrenza su comportamenti futuri, il libero gioco della concorrenza sul mercato oggetto di indagine. La circostanza che si ponga un limite alle sanzioni che possono essere inflitte, la durata dei procedimenti, nonché i costi economici e transattivi necessari a rinvenire, istruire e condannare un illecito antitrust sono tutti elementi che possono concorrere oggi a realizzare falsi negativi, quando si finisce per imporre una sanzione inferiore ai benefici privati ottenuti dal soggetto che ha violato la legge antitrust, ovvero quando si finisce per indagare un numero di infrazioni inferiori a quelle che effettivamente si verificano sul mercato. Ne consegue che la soluzione di affiancare al public enforcement lo strumento complementare del private enforcement può permettere di ridurre tali rischi. Ciò è vero in particolare nei casi in cui public enforcement e private enforcement si configurano come due processi distinti ma interdipendenti all'interno di un quadro unitario e di una procedura univoca. In questi casi si dovrebbe assistere ad un'ottima divisione del lavoro tra public enforcement (qualificazione dell'illecito, accertamento istruttorio ed eventuale sanzione) e private enforcement (stima dei danni).

Occorre poi osservare che l'emersione di danni privati accanto alle eventuali sanzioni inflitte dalle autorità preposte al public enforcement, permette di perseguire non soltanto obiettivi compensativi, ma anche pro-concorrenziali. Quest'ultimo è il caso in cui le vittime di un illecito antitrust da abuso da impedimento (*exclusionary practices*) siano imprese concorrenti sullo stesso mercato dell'impresa o delle imprese che abbiano abusato delle loro posizioni dominanti. In questi casi, la mera sanzione inflitta dall'autorità antitrust può svolgere un ruolo di deterrenza circa i comportamenti futuri ma non garantisce di per sé che le condizioni concorrenziali sul mercato siano ripristinate. Infatti, anche nel caso in cui la sanzione imposta internalizzi tutto il vantaggio ottenuto da una impresa dominante attraverso l'abuso, sarebbe comunque possibile che gli effetti dell'abuso siano stati tali, da ridurre la "disciplina" derivante al mercato dalla presenza di imprese concorrenti, che potrebbero essere state fortemente indebolite, fino ad uscire dal mercato, dall'azione abusiva. In tale circostanza, invece, l'azione di risarcimento del danno, ripristinando le risorse delle imprese concorrenti ad un livello equivalente a quello nel quale le stesse si trovavano prima dell'avvenuto



abuso, svolgerebbe insieme un effetto compensativo e un effetto pro-concorrenziale, garantendo al mercato un immediato ed efficace meccanismo di disciplina della posizione dominante.

Ciò è particolarmente vero per tutti i casi di exclusionary practices che avvengono nei settori a rete, rispetto ai quali si registrano ‘effetti posizionali’, nel senso che i vantaggi connessi agli abusi non sono esclusivamente di natura economica ma hanno a che fare con la capacità dell’incumbent di neutralizzare in via durevole la capacità competitiva dei concorrenti attuali e potenziali.

Ciò premesso, e rilevato che le proposte della Commissione sono sostanzialmente in linea con le osservazioni di Fastweb al Libro Verde<sup>1</sup>, il presente documento è finalizzato ad evidenziare alcuni aspetti del Libro Bianco che si ritiene possano essere ulteriormente precisati.

Ci si soffermerà in particolare sui paragrafi del Libro Bianco dedicati all’accesso alle prove, all’effetto vincolante delle decisioni delle NCA ed alla quantificazione del danno risarcibile.

## **2. Accesso alle prove: divulgazione *inter partes* (§ 2.2 del Libro Bianco)**

Fastweb ritiene che la proposta della Commissione consistente nell’attribuire ai “*giudici nazionali, in circostanze tassative, il potere di ordinare alle parti in causa o a terzi di divulgare categorie precise di prove rilevanti*”, possa costituire un valido strumento per superare quella situazione di asimmetria informativa che tipicamente caratterizza le azioni di risarcimento del danno antitrust.

Ferma restando tale considerazione, Fastweb intende sottoporre alla Commissione alcune proposte di integrazione e modifica delle circostanze tassative in costanza delle quali il giudice può ordinare la divulgazione di documenti rilevanti ai fini dell’accertamento del danno nell’ambito di azioni *follow-on* o *stand alone*.

\* \* \*

---

<sup>1</sup> Le considerazioni di cui alla presente nota seguono quelle comunicate da Fastweb alla Commissione in merito al Libro Verde della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno derivante dalla violazione della disciplina comunitaria della concorrenza, cfr. “*FASTWEB’s submission on the Commission Green Paper on damages actions for breach of EC antitrust*”

[http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_green\\_paper\\_comments/fastweb.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/fastweb.pdf)



Il Libro Bianco prevede che la parte istante di un ordine di divulgazione è tenuta a dimostrare in modo sufficiente di non essere in grado di versare in atti i documenti oggetto dell'istanza di esibizione.<sup>1</sup> Considerato che non è possibile la materiale dimostrazione di un fatto negativo, tale prova potrebbe di fatto risultare impossibile in relazione ai documenti nella disponibilità della convenuta.

La condizione prevista dal Libro Bianco potrebbe quindi essere assolta (i) mediante la dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario (*id est* la disponibilità in capo alla controparte della documentazione di cui si chiede l'esibizione), o anche (ii) mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo (ovvero l'impossibilità di versare in atti la documentazione della quale si chiede l'esibizione) con relativa inversione dell'onere della prova..

Fastweb ritiene più efficace la soluzione sub (ii) e per l'effetto suggerisce che la proposta della Commissione sia accompagnata da una "clausola di chiusura" che, con riferimento ai documenti nella disponibilità della convenuta, presuma l'impossibilità dell'istante di versare in atti i documenti oggetto dell'istanza e ponga a carico della convenuta l'onere di provare che i medesimi documenti non sono nella propria disponibilità.

\* \* \*

In relazione all'obbligo di specificazione di "*categorie di prove sufficientemente precise*", Fastweb ritiene opportuno evidenziare che, nella prassi, l'insufficiente specificazione delle prove oggetto dell'istanza formulata dall'attrice, costituisce la principale eccezione della controparte al fine di ottenere dal giudice una pronuncia di rigetto dell'istanza. Per assicurare l'efficacia del sistema di accesso alle prove, Fastweb ritiene opportuno che la Commissione fornisca ulteriori indicazioni in relazione all'onere di specificazione cui è tenuta la parte istante. Al riguardo, e limitatamente alle istanze di divulgazione formulate nei giudizi *follow-on* o avviate mentre è ancora in corso il procedimento amministrativo di accertamento della violazione antitrust, Fastweb propone l'inserimento di una "condizione di chiusura" del sistema di accesso alle prove, in virtù della quale, ai fini della "*specificazione delle categorie di prove da divulgare*", è sufficiente l'indicazione da parte dell'istante dei documenti acquisiti al fascicolo del procedimento della NCA individuati sulla base dell'indice del fascicolo istruttorio predisposto dalla stessa NCA.

---

<sup>1</sup> Cfr. § 2.2 del Libro Bianco della Commissione.



Inoltre, dato l'ampio margine di apprezzamento lasciato al giudice di merito nella valutazione della completezza dell'istanza di esibizione, Fastweb ritiene necessario che la stessa valutazione sia effettuata dal giudice alla stregua del principio di effettività della tutela e dunque che ogni valutazione in merito alla sufficienza delle indicazioni probatorie sia formulata secondo criteri di interpretazione estensivi. In tal senso sembra peraltro deporre il documento di lavoro della Commissione,<sup>2</sup> il cui contenuto non è stato tuttavia recepito nel testo del Libro Bianco in commento.

\* \* \*

Il Libro Bianco pone a carico della parte che richiede un ordine di divulgazione l'onere di provare la “*proporzionalità*” del provvedimento di divulgazione rispetto al valore della controversia ed alla fondatezza dell'azione.<sup>3</sup> La proposta della Commissione come formulata potrebbe condurre alla conclusione paradossale per cui il diritto di accesso alle prove e l'effettività della tutela della parte lesa dalla violazione della normativa antitrust varii in funzione di parametri (quale ad esempio il valore della domanda) non necessariamente coincidenti con la gravità dei comportamenti o la loro natura. Sotto un profilo economico ciò è paradossale in quanto la stessa stima del danno potrebbe in qualche misura dipendere dalle prove acquisite, laddove rivelasse informazioni su dinamiche del mercato non accessibili ai terzi.

Al fine di garantire un efficace sistema di accesso alle prove, e prevenire pretestuose eccezioni di riservatezza da parte dei soggetti convenuti in un giudizio di risarcimento del danno antitrust, Fastweb ritiene che la valutazione di proporzionalità tra provvedimento di divulgazione e fatto illecito da provare debba essere limitata ai casi in cui l'ordine di esibizione sia rivolto ad un soggetto diverso dall'autore della violazione antitrust.

### *2.1. Sull'esibizione di documenti detenuti dalle NCAs*

Sempre nell'ambito dell'accesso agli strumenti di prova, il Libro Bianco non contiene alcuna proposta in merito all'accesso alle prove acquisite e detenute dalle NCA nell'ambito di un procedimento di accertamento della violazione della disciplina antitrust nazionale o comunitaria.

---

<sup>2</sup> Cfr. § 105 Commission Staff Working Paper.

<sup>3</sup> Cfr. § 109 Commission Staff Working Paper.



A tal proposito si ritiene che, nel caso in cui la parte non abbia ottemperato all'ordine di esibizione disposto nei suoi confronti, il giudice competente possa disporre nei confronti della NCA la trasmissione ed acquisizione agli atti del giudizio civile dei documenti acquisiti della stessa Autorità nel corso del procedimento amministrativo di accertamento dell'infrazione. Nell'ordinamento italiano, infatti, l'ordine di esibizione può essere rivolto anche nei confronti di un soggetto estraneo al giudizio civile compresa la Pubblica Amministrazione<sup>4</sup>.

Poste tali premesse, suscita perplessità la posizione assunta dalla Commissione in relazione alle prove detenute dalla Pubblica Amministrazione, laddove afferma che *“usually, there are specific rules that apply to the access to information held by public authorities. The group of “third persons” from whom disclosure may be sought would therefore normally not comprise public authorities to the extent that the matter concerns an activity within the exercise of their public function. The specific rules should normally prevail over the general rules on inter partes disclosure of evidence described above”*<sup>5</sup>.

Sul punto è necessario rilevare che nell'ordinamento italiano la disciplina dell'accesso ai documenti dell'Amministrazione e quella dell'esibizione delle prove in giudizio assolvono a funzioni assolutamente distinte tra loro. L'accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione è finalizzato, innanzitutto, a consentire ai cittadini di tutelare il proprio interesse al corretto esercizio del potere pubblico, qualora vi abbiano un diretto interesse ed avviene per contatto diretto con la Pubblica Amministrazione.

L'esibizione delle prove nel corso di un giudizio, invece, è direttamente finalizzata alla tutela di un diritto ed avviene con il filtro del giudice, che, dopo aver valutato la richiesta, emette un ordine di esibizione.

Dalla diversa funzione degli istituti dell'accesso e dell'esibizione deriva la necessità di precisare nell'ambito del Libro Bianco la non opponibilità del segreto industriale e commerciale nei casi in cui il giudice - soddisfatte le condizioni di cui al § 2.2. del Libro Bianco - ordini alla NCA l'ostensione di atti acquisiti nel corso del procedimento amministrativo di accertamento della violazione antitrust. In ogni caso, nell'ordine di esibizione rivolto alla NCA il giudice potrà

---

<sup>4</sup> Cfr. artt. 210 e 213 c.p.c.

<sup>5</sup> § 127, Commission Staff Working Paper.



eventualmente disporre le cautele necessarie per garantire la riservatezza delle informazioni di natura confidenziale<sup>6</sup>.

### **3. Effetto vincolante delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza (§. 2.3 Libro Bianco)**

In relazione al tema in rubrica il Libro Bianco assegna efficacia vincolante ai provvedimenti definitivi delle NCA ovvero alle sentenze del giudice amministrativo che li abbia confermati. Fastweb condivide e sostiene la posizione assunta dalla Commissione.

Sotto un profilo di efficienza economica, questa impostazione è certamente da accogliere in pieno. La modularità virtuosa che deriva dall'interdipendenza tra public e private enforcement, per funzionare efficacemente ed efficientemente, necessita da un lato che si realizzi una univoca procedura di accertamento dell'illecito e dall'altro la minimizzazione di costi amministrativi non necessari (administrative burdens), quali duplicazioni procedurali, ostacoli all'accesso di prove documentali, al fine di non aumentare il rischio di falsi negativi.

Infatti, nell'ipotesi in cui un caso antitrust sia dapprima giudicato presso un'autorità antitrust e successivamente sia oggetto di una azione di risarcimento danni davanti al Tribunale, l'azione di modularità flessibile, sopra richiamata nella fissazione della sanzione tramite il public enforcement, implica che si compia una giusta proporzione tra azione punitiva e azione compensatoria. Se così non fosse, se cioè si demandasse al tribunale di ripercorrere lo stesso procedimento di accertamento dei fatti e della loro qualificazione abusiva svolto dinanzi all'autorità antitrust, si finirebbe per avere due decisioni del tutto indipendenti in merito alla natura dell'illecito e alla sua qualificazione con il rischio di statuizioni tra loro configgenti. In tale ipotesi, la vittima di una violazione antitrust che aspiri a veder soddisfatta la propria richiesta di danni, vedrebbe crescere ingiustificatamente i costi privati di transazione nel momento in cui sia costretta ad iniziare una nuova procedura davanti al

---

<sup>6</sup> Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo, 25 aprile 2007, punto 16. Corte di Giustizia, sent. 14 febbraio 2008, causa 450/06, *Verec*.



tribunale, sopportando onere della prova, oneri amministrativi e tutti i rischi connessi alla dilazione temporale. In quest'ultima circostanza, l'oggettivo trasferimento di tutti i costi di transazione in capo alla vittima potrebbe indurre quest'ultima a non attivarsi per la richiesta del danno, rafforzando l'effetto di underenforcement e, di fatto, snaturando i principi e gli obiettivi ai quali dichiaratamente tende invece il Libro Bianco.

L'unico modo per ripristinare opportuni incentivi all'accertamento istruttorio con un'ottima divisione dei ruoli tra public e private enforcement è quello di garantire una omogeneità e continuità dei procedimenti, dalla qualificazione dell'illecito all'accertamento istruttorio alla stima dei danni. Devono perciò essere realizzate tutte quelle condizioni di semplificazione che permettono una modularità efficace ed efficiente tra private e public enforcement. Ciò significa che attribuire il valore di precedente vincolante a decisioni antitrust, ai fini del successivo risarcimento del danno, costituisce una condizione necessaria irrinunciabile.

La proposta della Commissione appare peraltro in linea con la prassi italiana per cui i rilievi e le risultanze contenuti nei provvedimenti emessi dall'AGCM –ancorchè non vincolanti per l'autonomia dei rapporti che contrassegna l'azione amministrativa e l'azione giudiziaria – una volta trasmigrati nel processo tramite la produzione delle parti di regola, hanno sempre rappresentato un punto di riferimento privilegiato dal quale il giudice non si è quasi mai discostato nel suo apprezzamento, soprattutto per lo spessore tecnico economico e per le approfondite indagini istruttorie svolte nel rispetto delle garanzie di difesa<sup>7</sup>.

La proposta della Commissione appare ulteriormente condivisibile in quanto esonerando l'attore dalla prova della violazione della normativa antitrust riduce i costi e la durata dei giudizi *follow-on* ed evita possibili contrasti tra i provvedimenti della NCA e quelli dell'Autorità giudiziaria.

La necessità che l'efficacia vincolante della decisione di una NCA sia condizionata all'intervenuta conferma da parte del giudice amministrativo, pone la questione di quale valore possa essere attribuito al provvedimento di accertamento della violazione antitrust in pendenza del giudizio amministrativo. Al riguardo il documento di lavoro allegato al Libro Bianco prevede che, pendente

---

<sup>7</sup> Cfr. in tal senso Corte Appello Napoli, *Nigriello c/ SAI*; Cass. Civ., sez. III, n. 2305/07; Tribunale di Roma, sent. N. 25.150/06, *KM Zundholz International c/ Consorzio industrie fiammiferi*.



il giudizio amministrativo, la decisione della NCA abbia comunque efficacia vincolante, qualora il ricorso contro la stessa decisione abbia ad oggetto profili del provvedimento (e.g. la quantificazione della sanzione), ininfluenti ai fini della decisione sul risarcimento dei danni. Fastweb ritiene opportuno che le descritte considerazioni siano recepite nel testo del Libro Bianco in commento.

La proposta della Commissione relativa alla efficacia delle decisioni definitive delle NCA nei giudizi *follow-on*, pone la ulteriore questione relativa all'estensione del principio di vincolatività dei provvedimenti delle NCA. In particolare, il Libro Bianco non contiene alcuna indicazione in relazione al problema di determinare se l'efficacia vincolante delle decisioni delle NCA sia limitata all'accertamento dell'infrazione o attenga anche ad altri elementi costitutivi dell'azione di risarcimento e, in particolare, all'evento dannoso ed al nesso causale tra condotta ed evento.

Al riguardo, al fine di garantire una interazione più intensa tra *public enforcement* e *private enforcement*, Fastweb ritiene opportuno che, laddove la NCA abbia accertato il danno concreto subito dal concorrente dell'impresa sanzionata, il relativo provvedimento debba avere efficacia vincolante non solo con riferimento all'an della violazione, ma anche in relazione all'evento dannoso e al nesso causale tra condotta ed evento dannoso.

Fastweb ritiene opportuno che il Libro Bianco contenga una indicazione precisa degli elementi costitutivi dell'azione di risarcimento che possono ritenersi provati nell'ambito di un giudizio follow-on attraverso la produzione in giudizio di un provvedimento definitivo della NCA che ha accertato la violazione della normativa antitrust.

#### **4. Decisioni con impegni e private enforcement**

Il Libro Bianco (e l'allegato documento di lavoro) non offrono alcuna indicazione in relazione alle decisioni con impegni assunte in conformità all'art. 9 del Regolamento (CE) n. 1/2003 o delle corrispondenti norme nazionali degli Stati Membri (in Italia l'art. 14-ter, l. 10 ottobre 1990, n. 287). Dall'esperienza italiana nell'applicazione dell'art. 14ter risulta che nel periodo luglio 2006-aprile 2008 “*su un totale di 33 procedimenti, in 20 casi (pari al 61%) le imprese coinvolte, o almeno alcune di esse, hanno proposto all'Autorità impegni. [...] I dati fin qui disponibili appaiono indicare una forte propensione a ricorrere alle decisioni con impegni per chiudere i procedimenti*



avviati. Se si escludono i casi in cui le allegazioni iniziali riguardavano intese orizzontali contenenti restrizioni *hard core* l'Autorità ha sempre pubblicato la proposta di impegni ricevuta dalle imprese e, nei casi già decisi, ha sempre accolto la proposta"<sup>8</sup>. Considerata l'esperienza italiana, Fastweb ritiene che il (rilevante) uso dello strumento di *enforcement* di cui si tratta richieda l'adozione nell'ambito del Libro Bianco di alcune proposte in relazione alla:

- (i) efficacia vincolante della decisione con impegni assunta dalla NCA;
- (ii) accesso alle prove acquisite dalla NCA nella fase istruttoria che precede il sub-procedimento di valutazione degli impegni.

Con riferimento al punto sub (i), Fastweb ritiene che alla decisione con impegni possa essere attribuito, nell'ambito della conseguente azione di risarcimento del danno, il valore di presunzione semplice di veridicità dei fatti e di inquadramento giuridico dell'illecito, contro la quale è ammessa prova contraria a carico della convenuta. Tale soluzione, se da un lato costituisce un *minus* rispetto alla efficacia vincolante dei provvedimenti definitivi delle NCA, dall'altro costituirebbe un deterrente alla presentazione di impegni al solo fine di non giungere all'accertamento dell'infrazione da parte della NCA.

In relazione al punto sub (ii), la scrivente società, sempre al fine di evitare che lo strumento di cui all'art. 14 ter l. 287/90 e all'art. 9 del Reg. 1/2003 sia utilizzato al fine di ostacolare l'esercizio dell'azione di risarcimento, ritiene opportuno che il Libro Bianco precisi che la presentazione degli impegni non debba ostacolare le procedure di accesso agli atti acquisiti dall'Autorità nel corso dell'istruttoria conclusa con la decisione sugli impegni. Pertanto, eventuali istanze di accesso alla documentazione istruttoria dovranno essere valutate e, ove adeguatamente motivate, accolte dalle NCA a prescindere dall'esito del sub-procedimento di valutazione degli impegni.

Nel caso in cui un determinato procedimento avviato da un'autorità antitrust si concluda senza accertamento istruttorio dell'illecito, dunque senza valutazione conclusiva della prova dell'abuso o della pratica concordata, a seguito di presentazione di impegni da parte dell'infringer, il Tribunale davanti al quale è avanzata la richiesta di danni per illecito antitrust, si troverà dover svolgere i

---

<sup>8</sup> Paolo Buccirossi, *Impegni e abusi di sfruttamento: i confini tra antitrust e regolazione* –Versione preliminare. Atti del Convegno “Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario”, 22-23 maggio 2008, Treviso.



seguenti passaggi preliminari: (i) qualificare i comportamenti denunciati come potenzialmente illeciti ai fini antitrust, in caso positivo, (ii) acquisire le prove e, del caso, (iii) condannare i comportamenti denunciati e per l'effetto provvedere in merito alla quantificazione del danno. Al riguardo occorre precisare che appare efficiente, sotto un profilo di economia dei costi di transazione, che la qualificazione dei comportamenti denunciati come potenzialmente illeciti da parte dell'autorità antitrust possa valere come precedente vincolante anche nel caso in cui un procedimento aperto presso l'autorità antitrust si concluda con accettazione di impegni. In caso contrario si assisterebbe ad una duplicazione degli oneri amministrativi in merito ad una fase del procedimento – quella della qualificazione illecita di presunti comportamenti anti-concorrenziali – già svolta dall'autorità antitrust. Analogamente, appare efficiente che tutte le prove raccolte nell'ambito del procedimento istruttorio conclusosi con impegni, possano essere trasmesse al giudice in sede di accertamento del danno, lasciando al giudice la valutazione della loro rilevanza. Peraltro, con riferimento al calcolo dei danni, la chiusura di un procedimento istruttorio a seguito di presentazione di impegni può essere letta come una componente del risarcimento del danno. Infatti, può darsi il caso in cui la natura degli impegni presentati sia tale da incidere in tutto o in parte sulla determinazione del lucro cessante perlomeno dal momento dell'accettazione degli impegni in avanti, lasciando al giudice l'onere di determinare la componente residua del lucro cessante e quella del danno emergente. Ciò dimostra che, anche nel caso in cui un procedimento istruttorio davanti all'autorità antitrust si concluda con accettazione di impegni, tale decisione incide in ogni caso sulla successiva determinazione del danno e che, ai fini di garantire la maggiore coerenza possibile tra decisione dell'autorità antitrust e decisione del tribunale, occorra che quantomeno la qualificazione antitrust dei potenziali illeciti e gli elementi di prova raccolti dall'autorità antitrust possano essere accolti come precedenti vincolanti dal giudice chiamato a pronunciarsi sui danni.

## **5. Criteri di quantificazione del danno (Par. 2.5)**

L'esperienza maturata da Fastweb nelle azioni di risarcimento del danno derivante dalla violazione della disciplina antitrust nazionale e comunitaria porta a ritenere assolutamente necessaria la redazione da parte della Commissione di Linee Guida per la quantificazione del danno,



incoraggiando il giudice a ricorrere alla Consulenza Tecnica d'Ufficio, al fine di assicurare una ricostruzione affidabile e verificabile delle caratteristiche del mercato rilevante e degli effetti generati dalle condotte illecite.

In particolare, Fastweb ritiene opportuno che la Commissione indichi alle parti interessate quali, a seconda della condotta che ha cagionato il danno, potrebbero essere i criteri più idonei alla quantificazione del danno risarcibile.