



Decisioni con impegni e *private enforcement*



Enrico Camilleri

Prof. ord. dell'Università di Palermo

SOMMARIO: **1.** Decisioni con impegni e *private enforcement*: un raccordo problematico. – **2.** La soglia di equilibrio e il suo oltrepassamento. – **3.** Verso una deviazione controllata dal polo dell'aggiudicazione. – **4.** Decisioni con impegni e giudizio civile tra aperture e nodi irrisolti. – **5.** *Segue.* Un possibile inquadramento: la presunzione giurisprudenziale.

1. Decisioni con impegni e *private enforcement*: un raccordo problematico

Il mio intervento, dedicato alle decisioni con impegni, introduce quasi un contrappunto rispetto al quadro che è stato sin qui delineato, costituito dalle ragioni di opportunità che depongono per un raccordo sempre più stretto e virtuoso tra strumenti pubblicistici e privatistici di attuazione del diritto della concorrenza.

Il contrappunto sta in ciò, che parlare di decisioni con impegni significa in effetti richiamare un segmento dell'arsenale amministrativistico di intervento *antitrust* in relazione al quale giusto la complementarità tra *public* e *private enforcement* – che pure possiamo largamente dare per acquisita, scorgervi un dato ormai di struttura del disegno antimonopolistico complessivamente considerato¹ – sembra ridiventare prospettiva: una prospettiva eventuale – anziché programmatica – quanto ai presupposti, e critica – anziché lineare – quanto ai possibili esiti. E non a caso, direi.

¹ V. per tutti LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, 456 e ss.; DREXL, *The Interaction between Private and Public Enforcement in European Competition Law*, in *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in a Global Perspective*, a cura di MICKLITZ, WECHSLER, Oxford-Portland, Bloomsbury, 2016, 135 ss. ma spec. 139. e ss.

Stando alle principali fonti di riferimento, vale a dire gli articoli 9 del regolamento 1/2003 e 14-ter della legge 287/1990 (cui deve però aggiungersi anche l'analoga disposizione dettata dall'art. 27, comma 7, cod. cons. in tema di pratiche scorrette), tratto essenziale delle *commitment decisions* è l'essere provvedimenti, ammessi nei soli casi di minore gravità², caratterizzati da chiusura di una istruttoria senza accertamento della infrazione e dunque senza irrogazione di alcuna sanzione bensì con un *imprimatur* di vincolatività conferito a impegni comportamentali o strutturali che le imprese interessate da quella istruttoria abbiano proposto di assumersi e che siano apparsi tali da poter fugare, una volta attuati, le preoccupazioni espresse dalla Commissione (o dall'AGCM) nella propria valutazione preliminare.

Dunque, vi è pur sempre un provvedimento espresso di chiusura del procedimento amministrativo³ ma non di accertamento; mancando la decisione di accertamento non vi è però spazio per il *binding effect* di cui agli artt. 9, dir. 2014/104/UE e 7. d.lg d.lvo 3/17⁴ e il corto circuito con il *private enforcement* è allora presto descritto, se non fosse che esso risulta persino più articolato e problematico di così.

E infatti, la natura della decisione patteggiata è al centro di un dibattito molto acceso in letteratura⁵: si discute se si tratti di *provvedimento che recepisce e cristallizza un atto endoprocedimentale di parte*⁶, di una *species* o meno del *genus* degli accordi integrativi o sostitutivi del procedimento⁷, ovvero di un vero e proprio contratto transattivo⁸. Non ho qui modo di soffermarmi sulle singole tesi ma credo si possa in ogni caso convenire sul

² Cfr. Considerando 13° del reg. 1/13 (“Le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un’ammenda”) e Commission Staff Working Paper, Report on the functioning of Regulation 1/2003, COM(2009) 206 final, par. 95: *According to Recital 13 of Regulation 1/2003, commitment decisions are not, in principle, appropriate in cases in which the Commission intends to impose a fine. For instance, in hard-core cartel cases fines are necessary, as the emphasis of enforcement is on punishing past behaviour and deterring anti-competitive practices.* Si veda altresì l’art. 14-ter l. 287/1990.

³ Il che, in chiave interna, rende l’istituto coerente con l’indicazione dell’art. 2, comma 1, della legge 241/1990.

⁴ Già prima della formalizzazione del dispositivo di *binding effect* vedi TEMPLE LANG, *Commitment decisions under 1/2003: legal aspects of a new kind of Competition Decisions*, in *ECLR.*, 2003, 350.

⁵ Specie per la dottrina amministrativistica, che ribadisce il connotato del provvedimento unilaterale che recepisce e cristallizza come giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale di parte: cfr. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. comm.*, 2018, 109 e ss.; CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in CHIEPPA-CIRILLO (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 63 e ss.

⁶ Cfr. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 133.

⁷ V. per tutti LIBERTINI, *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2006, 1283 e ss., ma spec. 1285, 1287.

⁸ Cfr. GITTI, *Gli accordi con le Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 173 e ss. ma spec. 187; ID., *Contratto e autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, *I Tematici, Contratto*, Milano 2021, 225 e ss. ma spec. 240.

fatto che più di un elemento asseveri la natura in realtà ibrida dello strumento in esame, a metà tra paradigma pubblicistico e paradigma contrattuale, come peraltro emerge dal dibattito continentale⁹; inoltre, difficilmente può disconoscersi il ricorrere qui di una deviazione dell'azione amministrativa dalla traiettoria attesa del *public enforcement* in senso classico – accertamento dell'infrazione/sanzione del responsabile – ben più significativa di quanto l'ipotesi dell'opzione atipica di chiusura del procedimento, senza esaurimento di poteri autoritativi¹⁰, esprima.

La centralità assunta dalle interlocuzioni tra autorità procedente, imprese coinvolte nell'istruttoria e altri operatori di mercato che partecipino al c.d. *market test*¹¹, nonché l'aspetto teleologico delle decisioni¹², credo ne facciano una tecnica in realtà disomogenea rispetto a quelle tipiche della funzione di aggiudicazione e piuttosto annoverabile tra quelle attraverso cui prende corpo una “amministrazione di risultato”, l'inverarsi cioè di una funzione di *advocacy* che si accompagna all'adozione di una postura anche proattiva, oltre che esclusivamente reattiva¹³, da parte delle autorità *antitrust*.

Da qui però l'emergere dell'elemento che più di ogni altro rende allora naturalmente critico e non programmaticamente complementare il raccordo tra decisione con impegni e *private enforcement*, vale quello degli effetti prodotti.

È in relazione agli effetti che si segnalano almeno tre gruppi di soggetti che, con intensità diversa, accusano un potenziale deficit di tutela civilistica connessa; e sempre in funzione degli effetti si spiega la non programmatica complementarità delle tutele civilistiche.

Si tratta delle imprese terze, controinteressate alla vincolatività degli impegni perché potenzialmente lese dalla loro esecuzione delle imprese interessate alla esatta esecuzione degli impegni assunti, siccome individuate o individuabili quali beneficiarie dei doveri di condotta cui quelli mettono capo; nonché infine, – e si tratta del fronte in ipotesi più esteso, oltre che centrale nella prospettiva di *private enforcement* – delle controparti di mercato (dirette o indirette) delle imprese coinvolte nella decisione patteggiata, le quali assumano di aver patito un pregiudizio dalle condotte, *in thesi* anticoncorrenziali, al cui accertamento sia stata originariamente orientata l'apertura dell'istruttoria e che però non siano state infine né appurate né sanzionate.

⁹ Cfr. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa: the dangers of abandoning the “struggle for competition Law”*, in CMLR, 2012, 929 e ss., ma spec. 933.

¹⁰ Così Tar Lazio 29.04.2019, n. 5362, www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ Ex art. 27 comma 4 del reg. 1/2003 e 14-ter, comma 1, l. 287/90.

¹² Che inerisce alla valutazione di idoneità degli impegni proposti a neutralizzare i rilievi anticoncorrenziali di partenza, preservando la dinamica concorrenziale e ottenendo rapidamente i più opportuni cambiamenti sul mercato in esame. Vedi in proposito Consiglio di Stato 20-07-2011, n. 4393, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³ Cfr. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di private e public enforcement in materia antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di MAUGERI, ZOPPINI, Bologna, 2009, 171 e ss. ma spec. 176; RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, 221 e ss., ma spec. 223.

I primi due gruppi rischiano di scontare alternativamente l'eccessiva vicinanza ovvero l'eccessiva lontananza rispetto allo strumento delle *decisioni* e al suo perimetro effettuale, con l'eguale risultato di un accesso potenzialmente limitato ai rimedi civilistici o comunque scarsamente fruttuoso. In un caso, per il combinato disposto di vincoli di applicazione uniforme *ex art. 16, reg. 1/2003*¹⁴ e riserva di giurisdizione, che non consentirebbe al giudice civile di accordare una tutela inibitoria; nell'altro, a causa della posizione di formale terzietà rispetto a quella che rischia di presentarsi come *res inter alios acta*¹⁵.

Quanto invece alla restante platea di controparti di mercato, il mancato accertamento dell'infrazione ne rende la tutela civilistica (segnatamente quella risarcitoria) più incerta, ossia non conseguibile mediante azioni propriamente *follow-on* bensì solo *stand-alone*. O, meglio, azioni che possono dirsi «di seguito» in senso solo sostanziale, mancando infatti un provvedimento amministrativo che accerti la violazione concorrenziale e che possa quindi tradursi (*ex art. 7 d.lg 3/17*) nella incontrovertibile acquisizione processuale di determinati fatti. Come meglio si dirà in prosieguo, la giurisprudenza¹⁶, quanto meno dopo le decisioni della Corte di Giustizia nei casi *Gasorba*¹⁷ e *Groupe Canal+*¹⁸, non va al di là del considerare le risultanze istruttorie e la stessa decisione con impegni alla stregua di mero indizio di violazione concorrenziale o, al più, quale elemento del processo inferenziale di presunzione semplice.

D'altra parte, proprio in relazione a questo terzo gruppo, il dispiegarsi di una tutela civilistica (complementare) non sembra strettamente funzionale alla migliore attuazione del disegno perseguito con la *commitment decision*, che infatti non guarda al passato, alla violazione occorsa e non si risolve quindi, come di consueto, nel chiarimento della regola giuridica e nella sanzione del responsabile; guarda invece all'immediato futuro, al celere conseguimento cioè di un risultato di assicurazione del funzionamento ottimale del mercato.

In altri termini, essendo la decisione con impegni integralmente proiettata sugli assetti da conseguire – anziché su quelli alterati – non richiede la convergente mobilitazione della tutela riparatoria per i danni eventualmente già prodottisi. Certo non la osta-

¹⁴ Cfr. C. giust. 9 dicembre 2020, causa C-132/19 P, *Groupe Canal+*. In argomento si veda il commento di DUNNE, *Challenging competition commitment decisions: Groupe Canal+*, in *CMLR*, 2021, 1229 e ss.

¹⁵ La tesi della piena efficacia a favore di terzi delle decisioni con impegni è stata però sostenuta persuasivamente da LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., 416, il quale indica nell'articolo 1411 c.c. il dispositivo tecnico impiegabile allo scopo.

¹⁶ Per lo più di merito, fatte salve due pronunce della Cassazione del 2020 e 2021: cfr. rispettivamente Cass., 27 febbraio 2020, n. 5381, in *Giur it.*, 2021, 98, con nota di PILETTA MASSARO, *Private antitrust enforcement e decisioni con impegni al vaglio della Cassazione* e Cass. 4 ottobre 2021, n. 26869, in *Dann. e resp.*, 2022, con nota di ZULIANI, *Rilevanza probatoria delle decisioni prese e delle istruttorie svolte dall'AGCM nei giudizi per risarcimento dei danni da abuso di posizione dominante*.

¹⁷ C. giust., 23 novembre 2017, causa C-547/16, *Gasorba*, su cui v. MAKRIS, RUIZ FEASES, *Commitments and network governance in EU antitrust: Gasorba*, in *CMLR*, 2018, 1959 e ss.

¹⁸ C. giust., causa C-132/19 P, cit.

cola, ma non ne necessita: le tutele privatistiche restano infatti senz'altro attivabili dai singoli interessati¹⁹ e però fuori da una cornice di sinergia rispetto al piano pubblicistico; per riprendere una nota opinione espressa dal Consiglio di Stato, qui più che mai sembra che *public* e *private enforcement* non vadano sovrapposti, essendone diverse natura e finalità, trattandosi di due strumenti di tutela che certamente conoscono momenti di interferenza, ma che operano comunque su piani autonomi e distinti²⁰.

Questa ricostruzione d'insieme, che trova precisi riscontri in un dibattito dottrinale molto articolato e nel susseguirsi di diverse pronunce, restituisce tuttavia solo in parte la dimensione problematica del raccordo mancato (o, al più, occasionale) tra l'intervento pubblico che si realizzi attraverso una decisione con impegni e l'*antitrust private enforcement*, rimanendo legata a un quadro regolatorio che solo nel dettato positivo è rimasto stabile, essendosi invece profondamente evoluto quanto a raggio di azione e indirizzi interpretativi.

La tesi che proverò ad argomentare è infatti la seguente: che mentre le fattezze programmatiche (originarie) dello strumento delle decisioni con impegni, vale a dire l'inerire alle violazioni di minore gravità del diritto della concorrenza, ne rendono in astratto accettabile l'effetto collaterale di allentata complementarità delle tutele civilistiche, l'emancipazione progressiva da quella impronta originaria impone di rivedere il *trade-off* complessivo tra costi e benefici e adottare opportuni correttivi per colmare un iato che rischia altrimenti di risultare distorsivo.

Si tratta, a ben vedere, di una traiettoria che la stessa Corte di Giustizia ha per più versi provato a impostare, attraverso i tre *leading cases* *Alrosa*²¹, *Gasorba* e *Groupe Canal+*, ma che vede ancora residuare punti critici, specie con riguardo alle controparti di mercato lese dagli effetti (dannosi) eventualmente prodottisi prima di formalizzazione e avvio di esecuzioni degli impegni.

2. La soglia di equilibrio e il suo oltrepassamento

Per quanto già prima dell'adozione del Regolamento n. 1/2003 si avesse traccia, a livello europeo²², di decisioni patteggiate riguardanti violazioni del diritto della concorrenza²³, le *commitment decision* vengono codificate solo con la disciplina c.d. di modernizzazione, peraltro all'insegna di una chiara perimetrazione del loro spazio di azione: non

¹⁹ In ciò è chiaro già il Considerando 22° del Regolamento n. 1/2003.

²⁰ Cfr. quanto affermato da Cons. St., 22 settembre 2014, n. 4773 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²¹ Cfr. C. giust. 29 giugno 2010, causa C-441/07 P, *Alrosa Company Ltd*.

²² Ma vedi comunque quanto rilevato da Libertini, *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust*, cit. 1284.

²³ Segnatamente violazioni, per vero non marginali, del divieto di abuso di posizione dominante: mi limito a citare il caso *La Poste/SWIFT* del 1997, l'unico di cui si abbia traccia nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, nonché i casi *IBM* del 1984 e del 1994. Per più precisi riferimenti v. *WISH, Competition Law*, IX ed., Oxford, 2018, 264 ed *ivi* spec. nt. 81.

sono opportune nei casi in cui la Commissione intenda comminare un'ammenda, vale a dire appunto i casi più gravi; cifra operativa, questa, poi ripresa anche a livello di disciplina antimonopolistica municipale.

L'art. 14-ter della 287/1990 consente, infatti, l'adozione di decisioni patteggiate *nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario*²⁴ e l'indicazione è rimarcata nell'ambito della Comunicazione AGCM sulle procedure di applicazione della stessa disposizione (sub. par. 6). Per altro verso, l'art. 27, comma 7, cod. consumo, con una formulazione addirittura ribaltata, consente che l'Autorità definisca con impegni un procedimento tendente all'accertamento di pratiche commerciali scorrette, ma *ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità*; anche in tal caso la previsione è poi ribadita dalle disposizioni procedurali collegate (sub. art. 9, lett a) e c)²⁵.

Si fa chiara, dunque, una programmatica circoscrizione dello strumento degli impegni alle sole violazioni di minore rilevanza, la quale è funzionale alla composizione del *trade-off* in cui le *commitment decision* si risolvono e a renderne accettabili gli effetti collaterali.

La chiusura con impegni risponde a esigenze di economia ed efficienza dell'azione amministrativa, consente di ottimizzare le risorse scarse a disposizione dell'Autorità antimonopolistica, assicurando nel modo più celere il risultato della salvaguardia della dinamica competitiva in un determinato mercato, facendo venir meno condotte o assetti potenzialmente in grado di alterarla. D'altra parte, dal punto di vista delle imprese coinvolte nell'istruttoria, quella stessa modalità di chiusura del procedimento consente, non solo di evitare i costi della difesa nel contraddittorio con l'Autorità, ma soprattutto i rischi legati dell'eventuale condanna.

Per contro, l'impresa si addossa il rischio di oneri potenzialmente maggiori rispetto a quelli che, proseguendo nella difesa contenziosa, verrebbe a sopportare nei casi di archiviazione o contestazione derubricata e l'azione antimonopolistica manca di conseguire il risultato di chiarimento della regola giuridica in *thesi* violata e di sanzione dei responsabili della violazione, con un "costo" quindi in termini di prevedibilità e certezza delle regole *antitrust* nonché soprattutto di deterrenza²⁶.

Simili effetti collaterali sono però appunto sistematicamente tollerabili a misura che le violazioni di riferimento siano di minore rilievo; laddove cioè la regola giuridica non necessita in definitiva di essere chiarita e l'entità delle condotte in gioco non è tale da imporre la sanzione dei responsabili. Viceversa, allorché la violazione appaia potenzialmente più grave e rilevante diventeranno fatalmente più stringenti proprio le esigenze di certezza, prevedibilità e deterrenza e, con esse, altresì quella di neutralizzazione del

²⁴ Formula che certo rimanda ad un quadro più articolato di principi, quali ad esempio quelli della parità delle armi oltre che di necessaria partecipazione dei potenziali controinteressati al procedimento, ma che è da ritenere includa anche l'indicazione operativa di limitazione alle sole infrazioni di minor calibro.

²⁵ Cfr. Delibera AGCM 1 aprile 2014, n. 25411.

²⁶ Cfr. ampiamente WILS, *Efficiency and justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford, 2008, 37 e ss.

danno, innanzitutto al mercato, potenzialmente derivatone, mediante ricorso a tecniche di *redress*.

In altri termini, un impegno delle decisioni con impegni anche nei casi (di violazioni) più gravi rischia – per lo meno alle condizioni date – di generare quello che l'AG Pitruzzella, in *Groupe Canal+*, ha definito come paradosso dell'effettività: *Le procedure di accoglimento degli impegni, per quanto introdotte per incrementare l'effettività del diritto della concorrenza, finiscono appunto per pregiudicare quella medesima finalità, producendo un alto grado di incertezza applicativa e minando soprattutto l'effettività delle tutele giurisdizionali*²⁷.

Il crescente *appeal* delle *commitments decisions* è in effetti innegabile e basterebbe riferirsi, a livello unitario, alla direttiva 2019/1/UE, c.d. ECN+, per averne riprova; in essa non solo è rimarcata l'esigenza di ampliamento dei poteri delle *Authorities* ai fini dell'attività di monitoraggio della corretta esecuzione dei *commitments* e, se del caso, di riapertura dei procedimenti amministrativi chiusi con la loro formalizzazione; ma soprattutto – dato assai indicativo – si rintraccia una sorta di revisione al rialzo della soglia di gravità al di sotto della quale soltanto propendere per il ricorso allo strumento: la consueta generica controindicazione all'impiego *nei casi di maggiore gravità* è sostituita da quella che rimanda ai soli *cartelli segreti*²⁸.

Anche a livello nazionale, tuttavia, l'espansione quantitativa delle decisioni con impegni, nonché il salto di qualità circa la tipologia di violazioni in relazione alle quali vi si fa ricorso, costituiscono ormai un dato di tutta evidenza.

Sotto il profilo quantitativo basta leggere la Relazione AGCM sull'attività svolta nel 2022 per avere una rappresentazione plastica della frequenza del ricorso a tale strumento: 3 decisioni su 10 istruttorie totali in materia di cartelli, 3 su 6 totali in tema di abuso di posizione dominante e 42 su 117 in tema di pratiche commerciali scorrette, con una crescita dal 10 al 36% nell'arco temporale compreso tra il 2012 e il 2023. Sotto il profilo qualitativo, invece, si registra una casistica estesa, che include anche ipotesi di violazioni potenzialmente gravi del divieto di cartelli²⁹, talora persino connotate da segretezza³⁰; senza dire poi di numerose e rilevanti ipotesi di abuso di posizione dominante³¹.

Senonché, una simile tendenza espansiva contribuisce ad esasperare i limiti che allo strumento degli impegni sono connessi, minando l'equilibrio del bilanciamento tra guadagni e costi che esso genera.

Le compressioni a carico di prevedibilità e certezza della regola concorrenziale, nonché di un adeguato livello di deterrenza; il sacrificio delle istanze risarcitorie di una

²⁷ Cfr. Conclusioni dell'Avv. Gen. Pitruzzella - Causa C-132/19 P *Groupe Canal+*, § 68.

²⁸ Cfr. il considerando 39°, dir. 2019/1/UE.

²⁹ Cfr. AGCM, I861 – *Federazione italiana pallavolo/vincolo sportivo* – Provvedimento n. 30676/23.

³⁰ AGCM, I856 – *Comparatori di prezzo/scambio di informazioni polizze RCA* – Provvedimento n. 30150/22.

³¹ Mi limito a citare i recentissimi casi *Google/ostacoli alla portabilità dei dati*, (AGCM, A552 - Provvedimento n. 30736/23) e *Bancomat/mandato mastercard* (AGCM, A 548 -Prov. 30334/22).

platea potenzialmente (più) ampia di soggetti, in uno con la pregiudicata possibilità di pervenire a neutralizzazione – almeno tendenziale – dei profitti illeciti conseguiti dal violatore, nonché il limitato sindacato giurisdizionale sulle scelte compiute dall'autorità antimonopolistica appaiono esiti nel complesso sempre meno accettabili e tali da concorrere a quello che è stato descritto un appannamento della “lotta per il diritto della concorrenza”³².

Senza dire, poi, sullo sfondo, del pericolo che l'allontanamento dal polo dell'aggiudicazione verso quello dell'*advocacy* finisca con l'essere troppo netto e che le decisioni con impegni dissimolino in realtà una vera e propria eterogenesi dei fini dell'attività delle autorità antimonopolistiche, nella direzione della regolazione; che, in altre parole, prevalga la “tentazione del regolatore” ossia che le Autorità antimonopolistiche utilizzino le decisioni con impegni non tanto per porre rimedio a comportamenti anticoncorrenziali ma per dare una determinata forma alle relazioni economiche nel mercato³³.

A partire da questi argomenti prende corpo, come noto, un dibattito molto articolato a livello continentale, che include la stessa desiderabilità di una transazionalizzazione del diritto della concorrenza³⁴; un dibattito cui non ho evidentemente modo qui di far cenno neppure per sommi capi, salvo dire che su molte questioni che vi sono centrali potranno forse aversi utili indicazioni dallo *Staff working document*, atteso per la il secondo trimestre del 2024, nel quale dovrebbero confluire i primi risultati della valutazione sullo stato di applicazione del regolamento 1/2003, avviata nel 2022 dalla DG Comp, con il coinvolgimento delle NCAs³⁵.

Transazionalizzazione o meno, tentazione del regolatore o meno, quel che è certo però è che l'idea di riportare indietro le lancette del ricorso alle decisioni con impegni nell'*enforcement antitrust*, anche solo in chiave di loro ripiegamento entro la soglia della “minor gravità”, appare, oltre che velleitaria, non opportuna.

Ferma restando la esigenza di maggiore aggiudicazione, specie laddove le regole appaiano più incerte (e dunque in relazione a nuovi mercati, ad esempio significativamente incisi dalla frontiera tecnologica) e ribadita la preservazione dei confini tra attività regolatoria – cui le autorità antimonopolistiche non sono legittimate – e azione *antitrust* – che invece compete loro – resta che le decisioni con impegni appaiano un efficiente strumento per conseguire il risultato di ottimale funzionamento di un dato mercato, mediante adozione di adeguate misure correttive di assetti o condotte potenzialmente dannosi³⁶. Esse vanno semmai concepite quale strumento di deviazione controllata dal

³² Cfr. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices*, cit. 929 e ss.

³³ Cfr. Conclusioni AG, causa C-132/19 P *Groupe Canal+*, *ibid*.

³⁴ Cfr. al riguardo GERADIN, MATTIOLI, *The Transnationalization of EU Competition Law: A Positive Development?*, in TILEC - *Discussion paper*, sept. 2017, reperibile in www.ssrn.com.

³⁵ Per un bilancio sull'applicazione del reg. 1/2003 a vent'anni dalla sua adozione, cfr. WILS, *Regulation 1/2003: An Assessment after Twenty Years*, in *World Comp.*, 2023, 3 e ss.

³⁶ In definitiva muovendosi dalla condivisibile premessa per cui “*competition rules are (rightly) read as a floor and not as a ceiling for legal interventions in market conduct*”: cfr. l'Editoriale, *Missing*

polo dell'aggiudicazione, nel senso cioè di una deviazione conformata al rispetto di determinati principi ordinatori; e soprattutto, diventa indispensabile correggerne la scarsa complementarità con le tecniche privatistiche di tutela.

3. Verso una deviazione controllata dal polo dell'aggiudicazione

Credo che questo disegno sia quello che è dato cogliere dalla lettura dei tre *leading cases* della Corte di Giustizia, già prima citati: *Alrosa*, *Gasorba* e *Groupe Canal+*.

Sebbene per approssimazione successiva, va infatti emergendo una traiettoria interpretativa insieme di conformazione e rafforzamento delle decisioni con impegni: da una parte, conformazione dell'esercizio di discrezionalità in cui si risolve il ricorso allo strumento e dunque possibilità di un più penetrante sindacato giurisdizionale; dall'altra, appunto, rafforzamento del quadro effettuale scaturente dalle decisioni stesse. Inoltre, voluto o meno che sia, l'effetto combinato di conformazione (dello strumento) e rafforzamento (dei suoi effetti) apre margini più ampi di manovra per le tecniche di *private enforcement*, certo non veicolabili attraverso azioni *follow-on* ma quanto meno mediante azioni *stand-alone* spurie o, come è stato affermato, cripto *follow-on*.

I punti per i quali passano le linee di questo disegno, per molti versi ancora in divenire, possono individuarsi nel principio di proporzionalità, quale vincolo e limite non scritto dell'intero procedimento di adozione degli impegni; nella più puntuale messa a fuoco dei presupposti alla base dell'apertura dell'istruttoria; nella valorizzazione dei rimandi all'applicazione uniforme e alla leale cooperazione, al fine di associare alle decisioni con impegni il consueto divieto, per giudici e autorità nazionali, di decisioni contrastanti con quelle già adottate dalla Commissione (c.d. divieto di *running counter*).

È con la decisione *Alrosa*, come noto, che la Corte ha affermato la necessità, ai fini dell'applicazione dell'art. 9 del reg. 1/03, che la Commissione si attenga al principio di proporzionalità. Tuttavia, se in *Alrosa* la proporzionalità veniva richiamata unicamente quale parametro di valutazione della idoneità effettiva, degli impegni proposti, a fugare le preoccupazioni concorrenziali di partenza³⁷, è con la decisione *Groupe Canal+* che il riferimento ad essa si fa più stringente, siccome declinato non più soltanto in chiave di idoneità degli stessi impegni a far venire meno i rilievi concorrenziali sollevati, ma altresì a contenere possibili esternalità negative a carico dei terzi, siccome non adeguatamente rimediabili in forza di tutela giurisdizionale successiva³⁸.

in action? *Competition law as part of the internal market*, in *CML Rev.*, 2023, 1503 e ss. ma spec. 1508.

³⁷ Rinviando dunque ai rimedi giurisdizionali per la tutela delle ragioni facenti capo a imprese terze, asseritamente lese dalla decisione stessa: Cfr C. giust. 29 giugno 2010, causa C-441/07, cit. §§ 41 e 90.

³⁸ Ecco dunque delinearci un primo tratto conformativo dell'esercizio della discrezionalità che prelude all'adozione degli impegni, peraltro possibile oggetto di sindacato giurisdizionale. Basti rilevare, del resto, che la stessa decisione *Groupe Canal+* è di annullamento, ex art. 263 TFUE, di una

Quanto al secondo elemento, quello cioè dei presupposti di partenza dell'apertura dell'istruttoria, detto che è certo implicito nel ricorso allo strumento degli impegni che la Corte sia sgravata dal peso istruttorio e motivazionale normalmente necessario in decisioni di accertamento e così non tenuta ad esporre una compiuta teoria del danno concorrenziale³⁹, si è però via via precisato come l'avvio del procedimento non possa comunque prescindere da elementi indiziari concreti⁴⁰. Quel che è richiesto, in altri termini, è che vi sia una misura intermedia tra un completo e definito quadro probatorio a carico – che implicherebbe di fatto l'accertamento della violazione e l'applicazione dell'ammenda – e una mera petizione di principio⁴¹.

Resta infine l'ultimo tassello, che ai nostri fini risulta peraltro quello decisivo, costituito dal rilievo che le decisioni con impegni devono assumere per il giudice nazionale.

Già in *Gasorba*, specie invocando l'art. 4 TUE e il principio di leale collaborazione ivi consacrato, la Corte rimarca sussistere, a carico del giudice nazionale, un vincolo a tenere in considerazione la valutazione preliminare svolta della Commissione, ai fini dell'adozione della *commitment decision*, e a considerarla quale indizio o addirittura quale principio di prova, della natura anticoncorrenziale della condotta ipotizzata⁴². Ancor più esplicitamente, però, in *Groupe Canal+*, richiamando l'art. 16, comma 1, reg. 1/03 e il divieto di *running counter*, i giudici europei giungono a ritenere preclusa per il giudice, non soltanto la possibilità di *adottare una decisione che imponga alla impresa interessata, di contravvenire agli impegni assunti*⁴³, ma addirittura di pervenire a una decisione «negativa», che cioè constati «l'assenza di violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, nelle situazioni in cui la Commissione può ancora riaprire il procedimento, in applicazione dell'articolo 9, paragrafo 2, di tale regolamento ed adottare, se del caso, una decisione che comporti la constatazione formale dell'infrazione⁴⁴».

Quest'ultima conclusione desta, invero, più di una perplessità. Altro è infatti ritenere che il divieto di *running counter* imponga al giudice di non contraddire la vincolatività degli impegni, altra cosa è invece sostenere che gli imponga altresì, quale unico approdo possibile del giudizio, quello della statuizione “positiva”, ossia di un accertamento della

commitment decision, assunta dalla Commissione e ritenuta dalla Corte appunto non in linea con il principio di proporzionalità.

³⁹ Cfr. Conclusioni AG, causa C-132/19 P *Groupe Canal+*, § 67.

⁴⁰ Cfr. C. giust. Causa C-132/19 P *Groupe Canal+*, cit., § 59.

⁴¹ Tanto emerge sia nella decisione *Gasorba* che in quella *Canal+*, ma è chiaramente espresso nelle conclusioni dell'AG Pitruzzella proprio in ordine a questa ultima decisione, laddove sottolinea che, seppur semplificata e dunque carente della enunciazione di una robusta teoria del danno concorrenziale, un'istruttoria e una motivazione semplificate debbano esservi, se non altro perché consentono di focalizzare gli impegni: cfr. Conclusioni AG, causa C-132/19 P *Groupe Canal+*, *ibid.*: *convenire sulla non necessità di una robusta teoria del danno non significa che una ricostruzione plausibile del danno anticoncorrenziale non sia necessaria.*

⁴² C. giust., causa C-547/16, cit., § 29.

⁴³ C. giust., causa C-132/19, cit., § 110.

⁴⁴ *Ibid.*, § 113.

violazione ipotizzata dall'autorità amministrativa al momento dell'apertura del procedimento, poi chiusosi ai sensi degli artt. 9 reg. 1/03 o 14-ter l. 287/1990.

In disparte dal rilievo per cui il principio di applicazione uniforme presuppone un vincolo da maggiore-precedente (la decisione della Commissione) a minore-successivo (la decisione del giudice nazionale), mentre nel caso ipotizzato si avrebbe una decisione giudiziale tecnicamente “non contrastante”, almeno *in parte qua*, con alcuna altra previa statuizione di accertamento, resa dalla Commissione (o dall'Autorità nazionale), essendo questa semplicemente mancante⁴⁵; v'è comunque da rilevare che la linea indicata dalla Corte vale quanto dire dell'imposizione al giudice di una drastica (e implausibile) alternativa tra l'assumere una decisione di accertamento positivo della violazione e il sospendere il procedimento (secondo regole interne, *ex art. 295 c.p.c.*), peraltro per un tempo potenzialmente assai lungo: di sicuro fino alla compiuta esecuzione degli impegni assunti dalle imprese interessate, momento a partire dal quale non sarà più possibile, per la Commissione o l'Autorità nazionale (*ex art. 14-ter*, comma 3, l. 287/1990), riaprire il procedimento.

Non vi è qui modo di soffermarsi ulteriormente su tale profilo critico della decisione *Groupe Canal+*; anche a prescindere da esso, comunque, si è in grado di isolare alcuni punti fermi che, alla stregua in realtà delle due decisioni della Corte cui si è fatto riferimento, possono essere messi utilmente a frutto del ragionamento che si sta sviluppando. Innanzitutto, che la valutazione preliminare (della Commissione come dell'Autorità nazionale) che ha condotto all'adozione della decisione con impegni debba essere presa in esame dal giudice nazionale, adito ai fini della somministrazione di tutela di marca privatistica; quindi, che la vincolatività degli impegni, così come il comportamento attuativo delle imprese che vi sono tenute, non possano essere messi in discussione da una decisione dello stesso giudice civile.

Se è così, però, la linea tratteggiata da *Gasorba* e *Groupe Canal+* chiaramente reagisce sul rapporto tra decisioni con impegni e strumenti di *private enforcement*; non facendo delle decisioni con impegni quel che non sono, ossia decisioni di accertamento e condanna, né d'altra parte la surrettizia scaturigine di un vincolo di risultato dell'azione civile, ma rendendole comunque utilmente spendibili nel quadro di quest'ultima⁴⁶.

⁴⁵ Si vedano, in proposito, i condivisibili rilievi di Trib.Milano 24 maggio 2021, n. 4491 (reperibile nel repository giurisprudenziale curato dall'*Italian Case-Law on private Antitrust Enforcement*, accessibile all'indirizzo www.itaca.europeanlitigation.eu, e che di qui in avanti per comodità verrà indicato come *ITACA*) ove è messa in evidenza la diversa natura tra decisioni con impegni, appunto carenti di ogni accertamento di infrazione, e le *settlement decisions*.

⁴⁶ Per lo meno nel senso di sfornita del complemento del *binding effect* previsto dall'art. 9, dir. 2014/104/UE, come dall'art. 7 d.lg 3/17.

4. Decisioni con impegni e giudizio civile tra aperture e nodi irrisolti

In ossequio alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, il giudice civile, chiamato a pronunciarsi su danni asseritamente prodotti da condotte poi cessate e sterilizzate *quad effectum* in dipendenza di impegni assunti ex artt. 9 reg. 1/2003 o 14-ter, l. 287/90, dovrà tenere conto delle risultanze istruttorie del procedimento amministrativo, oltre che del relativo provvedimento di chiusura⁴⁷.

Su questa linea si era già orientata per la verità una decisione del Tribunale di Milano⁴⁸, affermando che gli impegni vincolanti, siccome resi tali in ragione della loro idoneità a rimuovere rilievi anticoncorrenziali originariamente formulati dall'autorità amministrativa, lasciassero presupporre l'effettiva preesistenza della violazione *antitrust*. Altre pronunce si sono però via via collocate in direzione convergente: ora ritenendo che le decisioni con impegni costituiscano mero indizio (della violazione concorrenziale), rimesso al prudente apprezzamento del giudice⁴⁹; ora reputandole principio di prova, magari qualificabile come *factum probans* nel quadro di uno schema di presunzione semplice⁵⁰; ora infine invocando per esse il paradigma pretorio della prova privilegiata⁵¹.

Nel complesso, e in positivo, vi è certo da registrare l'emergere di segnali di apertura alle indicazioni della giurisprudenza *Gasorba*; resta, però, che di segnali si tratti, non cioè ancora oggetto di un indirizzo sufficientemente stabilizzatosi men che mai su approdi convincenti.

Prendere sul serio l'indirizzo che la Corte di Giustizia ha espresso con *Gasorba*, prima, e *Groupe Canal+*, poi, implica invece che la via della tutela risarcitoria sia resa realmente praticabile, nel senso cioè che si determinino, per quanto possibile, le migliori condizioni promozionali all'instaurazione del giudizio, da intendere come mitigazione delle asimmetrie informative che penalizzano, specie in punto di prova.

Da qui allora, a ben vedere, due nodi da sciogliere: l'accesso del privato alle valutazioni istruttorie che precedono la decisione con impegni, nonché appunto il valore da attribuire a tali mezzi di prova atipici una volta acquisiti al giudizio.

Il profilo dell'accesso alla documentazione istruttoria presenta aspetti critici giacché implica un delicato bilanciamento tra, da una parte, le istanze di riservatezza in capo alle imprese che abbiano patteggiato e l'interesse pubblico alla limitata divulgazione di elementi che potrebbero ancora, *in thesi*, costituire base di un accertamento di infrazione, in caso di riapertura del procedimento; e, dall'altra, l'interesse di coloro i quali

⁴⁷ E lo stesso può bene affermarsi valere in relazione a pregiudizi riportati da condotte asseritamente integranti pratiche scorrette, poi modificate o punto interrotte per effetto di impegni ex art. 27, comma 7 codice del consumo.

⁴⁸ Cfr. Trib. Milano 28 luglio 2015, n. 9109, in *ITACA*.

⁴⁹ Così ad esempio Trib. Milano, 23 dicembre 2019, n. 11893, *ibid.*

⁵⁰ In questi ultimi termini si è peraltro espressa la stessa Corte di Cassazione con le due pronunce, rispettivamente del 2020 e del 2021 già citate nella precedente nota n. 16.

⁵¹ Cfr. per tutte Tribunale di Milano 17 maggio 2016, n. 6211, in *ITACA*.

assumano di aver riportato un pregiudizio da condotte tenute fino all'avvio principio di esecuzione degli impegni.

Per vero, non ricorre qui la medesima situazione che rende fruibili gli istituti dell'accesso procedimentale o dell'accesso informativo, previsti rispettivamente dagli artt. 7 e 24 della legge 240/90, diretti infatti a tutelare il diritto di difesa delle imprese coinvolte o comunque interessi qualificati – ad esempio in sede di market test – delle imprese interessate; appare quindi condivisibile l'indirizzo restrittivo di Autorità e giurisprudenza amministrativa, nel senso di non estendere anche a beneficio di terzi al procedimento, il perimetro applicativo di quegli istituti.

Semmai è il d.lvo 3/17 a offrire utili margini di manovra, in particolare attraverso l'art. 4, concernente l'esibizione di prove contenute in fascicolo dell'autorità garante⁵². Posta la specificità delle decisioni con impegni e la loro alterità rispetto a programmi di clemenza e *settlements*, non si danno per esse le condizioni ostative alla divulgazione ex art. 4, comma 5 (i c.d. mezzi di prova di *black list*) e neppure li si può reputare quali mezzi di prova di *grey list*, ossia temporaneamente non ostensibili in costanza di procedimento, ai sensi dell' art. 4, comma 4. La conclusione del procedimento viene individuata oggettivamente e prescinde dal tipo di provvedimento assunto⁵³; se è così, il procedimento che approda a decisione con impegni – ancorché suscettibile di riapertura – è procedimento chiuso. Parte attrice potrebbe quindi bene esibire la decisione con impegni e ogni altro tassello del procedimento già reso pubblico e chiedere, ex art. 4 del d.lvo 3/17, che il giudice adotti un ordine di esibizione di prove o, meglio, di mezzi di prova contenuti nel fascicolo dell'autorità.

5. Segue. Un possibile inquadramento: la presunzione giurisprudenziale

Una volta acquisita questa documentazione al giudizio, e vengo al secondo nodo, resta tuttavia da chiarire quale sia il rilievo da annettervi, se cioè appunto indizio, principio di prova o qualcosa di più, circa il ricorrere della violazione concorrenziale da parte dell'impresa convenuta.

È la giurisprudenza *Gasorba*, come detto, a imporre al giudice di considerare le risultanze istruttorie a base della decisioni con impegni; e sempre in *Gasorba* compaiono

⁵² Non invece ai sensi dell'articolo 3 d.lg 3/17 e dunque come ordine di esibizione, giacché la documentazione che occorre all'attore in azioni risarcitorie non è tanto nella disponibilità della controparte bensì soprattutto dell'Autorità.

⁵³ Cfr. FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme antitrust in attuazione della dir. 2914/2014/UE*, in *N. leggi civ.*, 2018, 415 ss., ma spec. 458 e ss. In argomento v. altresì FABBÌ, *La "esibizione" istruttoria nel private enforcement del diritto antitrust*, in SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, Pisa, 2017, 169 ss.

le due formule, per vero entrambe atecniche, di indizio o principio di prova⁵⁴, variamente riprese dalla giurisprudenza di merito come da quella di legittimità nei termini oscillanti di cui si è già detto e che si risolvono comunque in variazioni sul tema di una soluzione inappagante.

Escluso, direi per definizione, che si dia qui la piena prova di cui all'art. 7 d.lg 3/17, mancando un accertamento definitivo della violazione concorrenziale⁵⁵, va escluso del pari che possa farsi capo, come pure sostenuto in qualche isolata pronuncia di merito⁵⁶, alla categoria della prova privilegiata. Quest'ultima infatti, di conio pretorio, ha consentito⁵⁷ di attribuire elevata attitudine probatoria a quanto cristallizzato nel provvedimento amministrativo di condanna per illecito concorrenziale; senonché, in disparte dalla circostanza che proprio il varo del d.lg 3/17⁵⁸ ne fa ormai una implausibile *editio minor* della piena prova di cui all'art. 7 di quella stessa disciplina, se impiegata sul terreno delle *anti-trust damage claims* e invece una categoria di dubbia consistenza e utilità, laddove estesa ad altri ambiti⁵⁹, appare qui dirimente osservare che, ancora una volta, che decisione con impegni è altra cosa da decisione con accertamento dell'infrazione.

Non più soddisfacente deve dirsi, però, il rimando all'art. 116 c.p.c. e al libero convincimento del giudice⁶⁰ riferito a mezzi di prova atipici; ovvero al congegno della presunzione semplice *ex art. 2729 c.c.*, rispetto alla quale è comunque il giudice a valutare cosa integri o meno il *factum probans*, dal quale procedere per induzione al *factum probandum*⁶¹ (qui la violazione concorrenziale) peraltro a condizione che l'inferenza risulti grave, precisa e concordante (arg. *ex art. 2729*, comma 2, c.c.)⁶².

Nell'un caso e nell'altro appare eccessivo il grado di oscillazione cui l'apprezzamento delle decisioni con impegni resta esposto, con il che solo in minima parte vengono allo-

⁵⁴ Cfr. le interessanti considerazioni di ZULIANI, *Rilevanza probatoria*, cit., 210.

⁵⁵ Su cui v. per tutti ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice alle decisioni delle autorità indipendenti*, in *Giusto proc. civ.*, 2022, 665 ss.

⁵⁶ V. *supra*, nt. 49.

⁵⁷ Da ultimo cfr. Trib Napoli 25 luglio 2023, in *Itaca*, che alla prova privilegiata si riferisce come "dicitura di carattere inedito e atecnico, che allude a una prova segnatamente persuasiva e autorevole ma pur sempre liberamente valutabile". Utili spunti già in Cass. Civ. 28 maggio 2014, n. 11904, in *For it.*, 1994, c. 1729 ss.

⁵⁸ Che l'ha infatti soppiantata con una ipotesi di vera e propria prova legale, quale quella risultante dall'art. 9, dir. 2014/104/UE (nonché dall'art. 7, d.lg 3/17).

⁵⁹ Cfr. Cass. civ. 31 agosto 2021, n. 23655, in *DeJure*. Sia consentito rinviare, sul punto, al nostro *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali: spunti dall'arrêt Repsol*, in corso di stampa per *N. leggi civili*, n. 2/24.

⁶⁰ Cfr. Trib. Milano 30 maggio 2019, n. 5122, in *Itaca*.

⁶¹ Cfr. PATTI, *Le presunzioni semplici: rilievi introduttivi*, in PATTI, POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, Torino, 2022, 3 ss.

⁶² Cfr. CARRATTA, *Prova scientifica e ragionamento presuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 24 ss. ma spec. 28 ss.

ra garantite le condizioni, se non di sinergia, quantomeno di concorso effettivo di *private* e *public enforcement*, cui la giurisprudenza *Gasorba* ambiva.

Questo essendo dunque il nodo non ancora del tutto sciolto, circa il rilievo giudiziale delle *commitment decisions*, uno sforzo interpretativo ulteriore si rende necessario.

Uno spunto è, a ben vedere, offerto proprio dall'*arrêt Gasorba*, allorché la Corte allude al possibile risalto, di decisione con impegni e valutazione ad essa preliminare come “indizio” o “principio di prova”. Specie la seconda espressione, seppure sfuggente e comunque atecnica, recupera più preciso inquadramento ove si guardi, in particolare, alle versioni di lingua inglese e tedesca della pronuncia in commento; in esse si fa, infatti, parola di “*prima facie evidence*” e “*Anfangsbeweis*”, ossia espressioni che tanto nella letteratura processualistica anglosassone⁶³, quanto in quella germanica⁶⁴, rimandano sì a un paradigma sostanzialmente presuntivo, di tipo inferenziale, ma secondo tratti che mettono in esponente una più bassa soglia di prova che è richiesto alla parte onerata di attingere⁶⁵.

Questa puntualizzazione risulta assai rilevante in chiave municipale: se per un verso marca il distinguo tra prova *prima facie* e presunzione semplice, per l'altro avvicina sì, ma non fino al punto da rendere pienamente riconducibile, quella stessa prova al paradigma della presunzione legale.

Vero è infatti che lo schema (presuntivo) tipico di cui all'art. 2728 c.c. si segnala proprio quale dispositivo di redistribuzione dell'onere probatorio, in quanto rende sufficiente provare il solo fatto che la legge individua come “base” per far dire provato, se del caso salva prova contraria (arg. *ex art.* 2728, comma 2, c.c.), un fatto ulteriore e diverso⁶⁶. E vero è del pari che la giurisprudenza della Corte di Cassazione⁶⁷ si è spinta sino ad avallare l'idea per cui una presunzione legale potrebbe scaturire, oltre che da una singola disposizione normativa, anche da un complesso sistematico di norme; è il caso, come noto, degli obblighi informativi riposti a carico dell'intermediario nell'intermediazione finanziaria⁶⁸ i quali, laddove violati, lascerebbero appunto presumere la rilevanza causale dell'omissione che li ha riguardati, ai fini del danno riportato dall'investitore.

Nondimeno, affidarsi alla ricostruzione di indici normativi “di sistema” per giungere all'applicazione della presunzione legale (*iurs tantum*) appare in sé operazione che desta qualche perplessità. Accusa limiti per eccesso, giacché accredita come (direttamente) prevista dal legislatore anche quella regola di riparto dell'onere della prova che è invece,

⁶³ Vedi, ad esempio HERLITZ, *The Meaning of the Term Prima Facie*, in *Louisiana Law Review*, 1994, 55, 2, 394-95, cui si riporta ZULIANI, *op. cit. cit.*, 210.

⁶⁴ In tal caso, per vero, come *Anscheinsbeweis*. In argomento si rinvia, per tutti, a PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 891 e ss., ma spec. 906 e ss., anche a fini di maggiori indicazioni bibliografiche.

⁶⁵ PATTI, *Le presunzioni semplici: rilievi introduttivi*, cit., 14.

⁶⁶ *Ibid.*, 11-12.

⁶⁷ Cass. civ. 17 aprile 2020, n. 7905, in *DeJure*.

⁶⁸ Gli art. 28 e 29 Regolamento Consob 11522/1998.

in fin dei conti, unicamente frutto della mediazione del giudice; e accusa limiti per difetto, poiché rischia di non dare adeguato riscontro a quelle ipotesi in cui la situazione di fatto si presenti non solo come particolarmente complessa ma altresì sfuggente a una precisa rappresentazione fornita dalla legge in senso formale, vuoi (direttamente) mediante singole disposizioni, vuoi (indirettamente) mediante un complesso di indicazioni normative.

Una diversa via al risultato di redistribuzione dell'onere probatorio, in grado di compendiare l'insieme delle situazioni in cui il rapporto tra diritto sostanziale e processo sfugga in tutto o in parte alla capacità di mediazione della legge, si può però ricavare dalle preziose indicazioni che autorevole dottrina aveva fornito ormai più di quarant'anni addietro⁶⁹, nel senso della individuazione di un *tertium genus* rispetto a presunzioni semplici e legali, costituito dalle c.d. presunzioni giurisprudenziali.

Queste ammonterebbero infatti a strumento tecnico, amministrato dal giudice, per semplificare i profili probatori di situazioni di fatto estremamente complesse o in cui la possibilità di prova risulti sfuggente o estremamente ardua per l'attore. E tale semplificazione si realizzerebbe dando per acquisito al processo un segmento della fattispecie che costituisce *thema decidendum*⁷⁰, in considerazione della ragionevolezza dello scenario che lo ingloba⁷¹, mettendo così capo a una redistribuzione o, se si preferisce, appunto una inversione dell'onere probatorio: non già il fatto costitutivo della fattispecie (*rectius*, un suo segmento) andrà provato dall'attore, bensì il fatto impeditivo di esso, da parte del convenuto.

Un dispositivo del genere non riposa d'altra parte su un'occasionale e non controllata creatività del giudice, rintracciando piuttosto copertura nella condivisa stabilizzazione di schemi di situazioni di fatto ad andamento tipico e costante. Nel caso degli *impegni* assunti da una o più imprese basterà considerare come, in tanto essi possono assumere giuridica vincolatività, in quanto siano reputati idonei a rimuovere determinati rilievi concorrenziali; di conseguenza, procedendo a ritroso dagli impegni è agevole ricostruire una situazione ad andamento tipico che li vede riannodarsi ad una qualche violazione.

In altri termini, credo sia possibile sostenere l'operare qui di un dispositivo di inversione dell'onere della prova che, a partire dalla acquisizione al giudizio del risultanze istruttorie del procedimento con impegni, oltre che della stessa *commitment decision*, consenta al giudice di dare per altresì acquisito, salva prova del contrario, il segmento della fattispecie risarcitoria consistente nella violazione concorrenziale da parte dell'im-

⁶⁹ Cfr. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1971, V, c. 177, ma spec. 189-190; *Id.*, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino, 1974, 135 ss. laddove osserva che l'onere della prova non possa considerarsi un istituto giuridico in sé concluso ma un modo di osservare l'intera esperienza giuridica.

⁷⁰ Nel nostro caso, precisamente, il segmento della fattispecie di responsabilità costituito dalla violazione di una regola concorrenziale o del divieto di pratiche commerciali scorrette, da parte dell'impresa che abbia poi assunto impegni.

⁷¹ Cfr. VERDE, *L'onere della prova*, cit., 142.

presa convenuta. Precisazione, quest'ultima, attraverso la quale è possibile fugare il dubbio che si addivenga a una predeterminazione della soccombenza, come pure obiettato da illustre dottrina⁷².

E invero, reputare che in presenza di una decisione con impegni possa darsi per acquisito al processo anche un segmento del fatto costitutivo della responsabilità del convenuto (la violazione concorrenziale) e che ne scaturisca così una inversione dell'onere della prova a suo carico, non equivale a gravarlo dell'onere di prova “negativa indeterminata” ma, più semplicemente, dell'onere di eventualmente provare fatti, situazioni e circostanze che possano smentire in concreto l'ipotizzata violazione. Senza dire, poi, che resta in ogni caso in capo all'attore la restante parte dell'onere probatorio collegato alla pretesa fatta valere in giudizio, dalla prova del nesso causale agli ulteriori elementi richiesti ad esempio per una tutela individuale in caso di pratiche scorrette⁷³.

Conclusivamente, mi pare che l'espansione (controllata) delle decisioni con impegni sia, in pari tempo, un dato ineliminabile e un fattore di dinamismo dell'*antitrust public enforcement*.

A misura però che tale congegno sia impiegato in ordine a ipotesi anche gravi di violazioni concorrenziali, appare urgente ripristinare l'effettività del ricorso complementare al *private enforcement*. Perché ciò accada occorre ben più che il semplice avallo di un riverbero necessario delle risultanze istruttorie pubblicistiche in sede civile (*Gasorba*); occorre precisamente che a quel riverbero sia dato un segno preciso in chiave di alleggerimento del carico probatorio.

Non si tratta beninteso di trasformare in *follow-on* azioni che per definizione tali non sono, bensì di renderle plausibilmente esperibili – anziché solo virtualmente tali – attraverso il ricorso a tecniche di mitigazione delle asimmetrie informative (ordini di esibizione) e di facilitazione dell'onere probatorio (presunzioni giurisprudenziali): un esito possibile ma soprattutto necessario.

ABSTRACT

Le decisioni con impegni costituiscono uno strumento sempre più centrale dell'arsenale di *antitrust public enforcement*, consentendo infatti il celere conseguimento di un risultato di funzionamento ottimale del mercato. D'altra parte, determinando una chiusura del procedimento amministrativo senza accertamento di infrazione, bensì con il solo *imprimatur* di vincolatività a impegni che le imprese coinvolte propongano di assumersi, quelle decisioni implicano una deviazione dalla traiettoria di complementarità tra strumenti pubblicistici e privatistici di attuazione del diritto della concorrenza: la mobilitazione delle tecniche civilistiche, in testa quella riparatoria, si fa infatti poco

⁷² TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv trim dir proc civ.*, 1992, 722 e ss., ma spec. 750-751.

⁷³ Cfr. DE CRISTOFARO, *Diritto italiano ed europeo dei consumatori*, Padova, 2024, 236 e ss.

realistica, a causa di asimmetrie informative e connesse difficoltà di prova che restano non mitigate.

A mano a mano, però, che il ricorso alle decisioni con impegni si affranca dalla soglia della minima gravità delle infrazioni ipotizzate, l'accettabilità di questo stato di cose va via via scemando e proprio in quest'ottica vanno letti alcuni importanti interventi della Corte di Giustizia volti a dare risalto, anche in sede giurisdizionale, alle *commitment decisions* e alle risultanze istruttorie che le precedono. Brevemente ricostruito questo quadro generale e ripercorso l'itinerario argomentativo seguito dai giudici europei nei tre *leading cases* *Alrosa*, *Gasorba* e *Groupe Canal+*, l'Autore passa criticamente in rassegna le diverse opzioni interpretative praticate dalla giurisprudenza municipale intorno al rilievo delle decisioni con impegni in seno al giudizio civile, proponendo che si faccia capo alla teoria delle presunzioni giurisprudenziali.

Commitment decisions are an increasingly central tool in the arsenal of antitrust public enforcement, enabling the swift achievement of a result of optimal market functioning. On the other hand, by determining a closing of the administrative procedure without a finding of infringement, but only with the imprimatur of binding commitments that the companies involved propose to undertake, such decisions imply a deviation from the trajectory of complementarity between public and private instruments of competition law enforcement: the mobilisation of civil law techniques, especially the remedial one, becomes unrealistic, due to information asymmetries and related difficulties of proof that remain unrelieved.

*However, as the use of commitment decisions moves further and further away from the threshold of the minimum seriousness of the alleged infringements, the acceptability of this state of things becomes less and less acceptable; in this perspective one has to look at some important interventions of the Court of Justice, aimed at giving prominence, also in the courts, to commitment decisions and preliminary decisions. Having briefly reconstructed this general framework and retraced the arguments followed by the European Courts with the three leading cases *Alrosa*, *Gasorba* and *Groupe Canal+*, the author critically reviews the various interpretative options practised by domestic jurisprudence regarding the relevance of commitment decisions in civil proceedings, proposing that the theory of jurisprudential presumptions be applied.*