



Livia Principessa

La Cassazione torna sull'efficacia dei provvedimenti dell'AGCM nel giudizio civile promosso ante D. Lgs. 3/2017 e sul riparto degli oneri istruttori

Nel giudizio risarcitorio promosso in seguito al provvedimento di accettazione degli impegni *ex art. 14-ter* L. 287/1990, il giudice può porre a fondamento del proprio accertamento, in ordine alla posizione rivestita dall'impresa sul mercato e alla sussistenza della condotta anticoncorrenziale, gli elementi di prova acquisiti nel corso del procedimento amministrativo, suscettibili di essere sovvertiti da emergenze di diverso tenore.

Cass., Sez. I, 27.02.2020 n. 5381

*

Il provvedimento, divenuto definitivo, contenente l'accertamento della violazione del diritto della concorrenza costituisce, nel giudizio risarcitorio, prova privilegiata in ordine alla posizione assunta sul mercato dall'impresa sanzionata, al suo eventuale abuso e all'esistenza di una condotta anticoncorrenziale, gravando sulla parte convenuta l'onere di dimostrare l'interruzione del nesso causale tra l'illecito e il danno, articolando la prova contraria in modo specifico, su profili non risultanti dalla decisione dell'Autorità Antitrust.

Cass., Sez. I, 03.04.2020 n. 7678

*

Sommario: 1. - Lo svolgimento dei processi. - 2. - L'efficacia di prova privilegiata del provvedimento di accertamento dell'infrazione antitrust. - 3. -L'efficacia del provvedimento di accettazione degli impegni. - 4. - Considerazioni conclusive.

1. Uno Communication S.p.a. e Brennercom S.p.a., società attive professionalmente nel mercato all'ingrosso dei servizi di terminazione delle reti mobili, in seguito ai provvedimenti adottati dall'Autorità Antitrust, avevano convenuto in giudizio, dinanzi al Tribunale di Milano, rispettivamente, *Vodafone S.p.a.* e *Telecom S.p.a.* per sentirle condannare al risarcimento dei danni loro occorsi in seguito all'abuso di posizione dominante perpetrato nel settore della telefonia. La Corte d'appello di Milano aveva confermato le sentenze di prime cure, respingendo i gravami proposti da *Uno Communication* e da *Telecom*. I giudici d'appello, infatti, avevano accolto l'eccezione di prescrizione del diritto al risarcimento del danno subito da *Uno Communication* e avevano ritenuto infondate le doglianze con le quali *Telecom* aveva contestato la valutazione operata dal Tribunale in ordine alla sussistenza del nesso eziologico tra l'abuso di posizione dominante e il danno lamentato dall'impresa attrice, pregiudizio che, all'esito della consulenza tecnica d'ufficio, veniva considerato come conseguenza non già dello sviamento di clientela, rimasto indimostrato, ma della compressione dei profitti.

Avverso le sentenze d'appello le società soccombenti ricorrevano per cassazione, lamentando entrambe l'erronea applicazione dei principi che governano il riparto degli oneri probatori e sottoponendo alla valutazione della Corte la questione relativa all'efficacia, nel giudizio civile, della decisione sanzionatoria adottata dall'AGCM in seguito all'accertamento dell'abuso escludente perpetrato da *Telecom* nonché del provvedimento di accettazione degli impegni intesi a rimuovere i profili anticoncorrenziali della condotta imputabile a *Vodafone*.

2. La prova dell'illecito antitrust costituisce un elemento di cruciale rilevanza nella prospettiva del proficuo esperimento dell'azione risarcitoria intentata dalla vittima dell'infrazione, che riveste una posizione di fisiologica debolezza nel rapporto con l'impresa cui la violazione è ascrivibile.

Infatti, il soggetto danneggiato incorre in evidenti difficoltà nell'allegazione e nella prova dei fatti costitutivi della propria domanda, atteso che la documentazione che corrobora la pretesa risarcitoria si trova sovente nella sfera di disponibilità dell'autore dell'illecito o di un terzo. Tali difficoltà finirebbero per compromettere l'efficacia dell'azione di *private enforcement*¹, in assenza di strumenti processuali che, incidendo sull'ordinaria ripartizione degli oneri

¹ V. Valentini, L. De Caro, *La tutela della concorrenza: il public enforcement*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d. lgs. 19 gennaio 2017 n. 3*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2017, 31.



istruttori, riescano a bilanciare l'asimmetria informativa che connota i rapporti tra il danneggiato e l'autore dell'infrazione.

Considerata la non applicabilità, *ratione temporis*, della disciplina di cui al D. Lgs. 3/2017 al contenzioso incardinato prima del 26.12.2014, la Corte di cassazione, data la lacuna normativa, con le sentenze in commento è tornata a meditare in ordine all'efficacia delle decisioni dell'AGCM nel giudizio civile e, quindi, alla distribuzione degli oneri probatori nell'*antitrust litigation*.

La riflessione dei giudici di legittimità sul riconoscimento dell'attitudine dimostrativa dei provvedimenti amministrativi in materia di concorrenza impone di procedere ad un'analisi casistica, in considerazione del contenuto della decisione dell'Autorità Antitrust.

Giova premettere che l'apparato motivazionale delle sentenze in epigrafe sottende la necessità di soddisfare la duplice esigenza di interna coerenza dell'ordinamento e di economia processuale. Infatti, il paventato rischio di decisioni contraddittorie in ordine alla medesima violazione del diritto della concorrenza ha indotto la Corte a valorizzare l'opportunità di promuovere una maggiore sinergia tra *public* e *private enforcement*.²

Il coordinamento delle due forme di tutela, nelle azioni *follow on* incardinate ai sensi dell'art. 33 comma secondo, L. 287/1990, si esprime, come sottolineato dalla Corte con le sentenze in commento, nell'acquisizione del materiale raccolto dall'AGCM e da quest'ultima posto a fondamento delle proprie determinazioni, nonché nel riconoscimento di una particolare efficacia probatoria ai provvedimenti contenenti l'accertamento dell'infrazione.

Per ciò che concerne l'acquisizione degli elementi istruttori, in difetto di una disciplina *ad hoc*, occorre evidenziare che l'ingresso di tali emergenze nel giudizio risarcitorio incontra le difficoltà che originano dall'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, non limitata soltanto al caso in cui chi lamenta di aver subito un nocumento non abbia preso parte al procedimento amministrativo.³ Si tratta, tuttavia, di una problematica superabile mediante l'acquisizione *ex officio* di quanto risulta nella disponibilità dell'amministrazione procedente, della controparte o di un terzo, nelle forme previste dagli artt. 210, 211 e 213 c.p.c. Tali disposizioni processuali, secondo i giudici di legittimità⁴ che avevano così anticipato il *dictum* del D. Lgs. 3/2017⁵, devono essere interpretate estensivamente, al fine di consentire l'acquisizione e la valutazione di dati e di informazioni che permettano la ricostruzione della fattispecie anticoncorrenziale denunciata, fermo restando l'onere dell'attore di indicare, in modo sufficientemente plausibile, l'esistenza di seri elementi dimostrativi dell'infrazione stessa.

Il cuore delle sentenze in esame - con le quali la Corte ha sposato l'orientamento consolidato in seno alla giurisprudenza di legittimità⁶, confermando la non impermeabilità del giudizio civile alle risultanze dell'istruttoria amministrativa - risiede nel riconoscimento, alla decisione definitiva⁷ contenente l'accertamento della violazione, del valore di prova privilegiata in ordine alla sussistenza della condotta antitrust, alla posizione dell'impresa sul mercato e al suo eventuale abuso.

² La sinergia tra i due binari lungo i quali si snoda la tutela della concorrenza può considerarsi raggiunta con il recepimento della Direttiva 2014/104/UE e con la previsione di una disciplina che riconosce efficacia vincolante - limitatamente alla natura della violazione e alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, con esclusione quindi del nesso di causalità e dell'esistenza del danno - alla decisione dell'AGCM non più suscettibile di impugnazione ovvero alla sentenza, passata in giudicato, del giudice del ricorso.

³ Sul punto giova considerare che l'art. 24 c.7 L. 241/1990 garantisce ai richiedenti l'accesso agli atti del procedimento amministrativo nel caso in cui la conoscenza dei documenti contenuti nel fascicolo sia necessaria per curare o difendere interessi giuridici. Tuttavia, ai sensi dell'art.13 D.P.R. 217/1998, l'AGCM accoglie la richiesta di accesso agli atti laddove l'interesse meritevole di tutela riguardi l'azione amministrativa rispetto alla quale l'istanza è stata avanzata, in ragione dell'eterogeneità della tutela dei diritti dei privati in sede civile rispetto alle funzioni istituzionali dell'Autorità. A. Pera, *Le decisioni con impegni e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in *Dizionario sistematico della concorrenza*, a cura di L. Pace, Napoli, 2014, 32

⁴ Cass., Sez. I, 4 giugno 2015 n. 11564

⁵ A. D. De Santis, *La Direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile*, in *La direttiva Consumer Rights: impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, a cura di C. Giustolisi, Napoli, 2017,149

⁶ Cfr. *ex multis* Cass., Sez. I, 13 febbraio 2009 n. 3640, Cass., Sez. III, 14 marzo 2011 n. 5941

⁷ Affinché l'accertamento dell'Autorità Antitrust possa produrre un effetto probatorio rafforzato, è necessario che il provvedimento dell'AGCM non sia più suscettibile di impugnazione dinanzi al giudice del ricorso ovvero che siano esauriti i rimedi impugnatori ordinari avverso la sentenza del giudice amministrativo.



Occorre considerare che la nozione di prova privilegiata è ignota al diritto processuale positivo che distingue, quanto alla provenienza, legislativa o giudiziaria, della valutazione di attendibilità del mezzo rappresentativo, tra prova legale e prova liberamente valutabile⁸, categorie nelle quali la stessa non appare *sic et simpliciter* inquadrabile.

La prova privilegiata, infatti, si manifesta come frutto dell'elaborazione pretoria.⁹ Destinata a divenire un "ibrido di successo"¹⁰ nel giudizio civile antitrust, l'espressione "prova privilegiata", volutamente generica, figura per la prima volta nella sentenza 13 febbraio 2009 n. 3640, ove viene utilizzata dalla Corte di cassazione per indicare il ruolo significativo che il provvedimento dell'AGCM assume nelle azioni *follow on*, essendo idoneo a dimostrare, almeno *prima facie*, la violazione della disciplina della concorrenza.

La decisione sanzionatoria si configura, quindi, quale prova particolarmente qualificata e di immediato rilievo in ordine alla sussistenza della violazione e all'abuso della posizione assunta dall'impresa sul mercato, soprattutto in virtù della natura estremamente tecnica dell'accertamento e dei penetranti poteri istruttori istituzionalmente conferiti all'Autorità Garante.

Il significato che la giurisprudenza di legittimità ha attribuito alla prova privilegiata, tuttavia, non sempre si è rivelato univoco, destando non poche criticità rispetto alla delimitazione dei suoi confini e imponendo di riflettere sul rispetto del diritto di difesa dell'impresa convenuta, contro cui la stessa depona.¹¹

La giurisprudenza, infatti, in un primo momento aveva riconosciuto ad entrambe le parti del giudizio la possibilità di introdurre elementi probatori che confortassero l'accertamento o che fossero con esso contrastanti.¹² L'elevata attitudine dimostrativa attribuita al provvedimento sanzionatorio dell'AGCM non era destinata, quindi, a coinvolgere tutti gli elementi idonei a qualificare la pretesa risarcitoria, riferendosi unicamente all'accertamento dell'infrazione e agli aspetti ad esso connessi.¹³

Successivamente, per affinare l'oggetto della prova contraria concessa all'impresa convenuta, pur salvaguardando l'impianto tratteggiato dalla sentenza con la quale la prova privilegiata ha fatto ingresso nel nostro ordinamento, i giudici di legittimità hanno cercato di individuare, in maniera più specifica, la consistenza di tale privilegio.

Infatti, dalla sentenza 7678/2020 emerge che la Corte di cassazione ha modellato la prova privilegiata nelle forme di una presunzione *iuris tantum* che opera a favore dell'attore, sì da colmare la sostanziale e processuale debolezza che connota la sua posizione. La Corte ha così sottolineato l'opportunità di evitare una rigida e meccanica applicazione delle disposizioni che governano il riparto dell'*onus probandi* e che pongono in capo a chi intende far valere un diritto in giudizio la dimostrazione dei fatti costitutivi della domanda.

La prova privilegiata esonera quindi il danneggiato "dalla reiterazione degli accertamenti di fatto o della valutazione degli elementi già operata in sede di procedimento amministrativo"¹⁴, trasferendo in capo all'impresa convenuta l'onere di dimostrare la non corretta ricostruzione dei fatti operata dall'AGCM ovvero la recisione della sequenza causale determinata dall'intervento di fattori diversi e idonei, da soli o tra loro in concorso, a cagionare il danno.

Atteso, quindi, che la rigorosa distribuzione degli oneri istruttori pregiudicherebbe irrimediabilmente il soggetto che esercita il diritto al risarcimento del danno¹⁵, la Corte ha ritenuto che l'impresa convenuta "può fornire prova contraria

⁸ F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2017, 79

⁹ Il *præ* normativo dell'elaborazione della nozione di prova privilegiata si rinviene nelle fonti comunitarie e, segnatamente, nell'art. 16 Reg. 1/2003, ai cui sensi i giudici nazionali non possono adottare decisioni che contrastino con le determinazioni della Commissione Europea, laddove abbiano ad oggetto la medesima violazione antitrust.

¹⁰ F. Pasquarelli, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. ind.*, 3, 2016, p. 256

¹¹ A. Frignani, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con sé stessa*, in *Merc. Conc. Reg.*, III, Bologna, 2013, 441

¹² Cfr. Cass., Sez. I, 13 febbraio 2009 n. 3640

¹³ A. Frignani, *La Cassazione prosegue l'erosione del diritto di difesa nelle cause risarcitorie antitrust follow on*, in *Dir. fisc. ass.*, 2013, 3, 292

¹⁴ Cfr. Cass., 23 aprile 2014 n. 9116

¹⁵ La rigorosa applicazione del principio '*onus probandi incumbit ei qui dicit*' finirebbe per porre il soggetto danneggiato nella stessa condizione in cui verrebbe a trovarsi qualora avesse tentato un'azione risarcitoria *stand alone*, attese le ingenti difficoltà relative alla dimostrazione di fatti complessi e alla mancata disponibilità degli elementi che sostengono la pretesa attorea. R. Chieppa, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. ind.*, 2016, 316.



concernente sia la sussistenza (o la interruzione) del nesso causale tra l'illecito concorrenziale e il danno sia l'entità di quest'ultimo", riversando il rischio della mancata dimostrazione sulla parte cui la violazione è ascritta. Così, come si evince dalla citata sentenza, il nesso di causalità deve essere desunto in via presuntiva dalla decisione definitiva acquisita in giudizio.¹⁶

Attraverso l'inversione dell'onere probatorio viene, pertanto, sottratto dal *thema probandum* un elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria – *id est* il nesso di causalità tra l'abuso escludente e il danno provocato, gravando l'impresa cui è ascritta la condotta antitrust della dimostrazione dell'intervento di fattori eziologici, specifici e non precedentemente vagliati dall'AGCM, idonei a vincere la presunzione.¹⁷

Con la sentenza *Brennercom* la Corte, ponendosi nel solco tracciato da altre pronunce di legittimità¹⁸, ha altresì evidenziato che la prova contraria deve essere articolata in modo specifico, sugli aspetti rimasti incerti o che non risultano definiti o valutati dall'Autorità amministrativa.

Opera, quindi, un meccanismo preclusivo rispetto a quanto sottoposto al vaglio dell'Autorità Garante¹⁹, con la conseguente compressione del diritto di difesa dell'impresa convenuta, peraltro non supportata da alcuna disposizione normativa.

Dal percorso argomentativo seguito dalla Corte si evince, quindi, che la prova privilegiata impedisce che possano essere rimessi in discussione, sulla scorta delle medesime argomentazioni disattese dall'AGCM e di un materiale probatorio corrispondente a quello già valutato da quest'ultima, i fatti costitutivi dell'accertamento della violazione della disciplina della concorrenza. In sostanza, l'esigenza di evitare un *bis in idem* si concretizza, da un lato, in un alleggerimento della posizione dell'attore e, dall'altro, in un aggravamento del diritto di difesa dell'impresa convenuta che, per ottenere il rigetto della domanda risarcitoria, può introdurre elementi che consentano di addivenire ad una diversa ricostruzione dello scenario fattuale risultante dal provvedimento antitrust.²⁰

Nella sentenza in commento, la Corte di cassazione ha quindi respinto il motivo di ricorso con cui *Telecom* assumeva che i giudici di merito avessero violato i principi che sovrintendono al riparto degli oneri probatori. Infatti, ad avviso dei giudici di legittimità, atteso che l'AGCM aveva accertato che le offerte illecite fossero conseguenza dell'abuso escludente imputabile a *Telecom*, gravava su quest'ultima, proprio a fronte della prova privilegiata rappresentata dal provvedimento antitrust, l'onere di dimostrare che le offerte stesse fossero destinate ad una platea di utenti non condivisa con *Brennercom*. L'omessa prova della diversità del bacino d'utenza tra *Brennercom* e *Telecom*, secondo la Corte, non può essere ritenuta idonea a vincere la presunzione derivante dalla decisione dell'AGCM che, pur non vincolando l'Autorità Giudiziaria nei termini di cui al vigente art. 7 D. Lgs. 3/2017, costituisce prova qualificata della violazione.

3. La costante attribuzione, al provvedimento sanzionatorio, di un valore probatorio rafforzato, confermata dalle sentenze in epigrafe, ha condotto la Corte a meditare sul tema dell'attitudine dimostrativa degli elementi acquisiti nel corso del procedimento antitrust concluso con una decisione che rende obbligatori gli impegni proposti da un'impresa per la rimozione dei profili anticoncorrenziali della propria condotta.

La riflessione ha origine da una lacuna normativa che non è stata colmata neppure dal D. Lgs. 3/2017 che, per quanto non applicabile *ratione temporis* al caso in esame, non ha dedicato alcuno spazio all'efficacia, nel processo *follow on*, della decisione adottata ai sensi dell'art. 14-ter L. 287/1990²¹.

¹⁶ P. Comoglio, *Note a una prima lettura del d. lgs. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2017, 1105.

¹⁷ M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 299

¹⁸ Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 31 ottobre 2016 n. 22031

¹⁹ A. Bernes, *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da "cartello" in seguito al recepimento della Direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 973

²⁰ F. Pasquarelli, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, cit., 257

²¹ Il legislatore italiano, con il D. L. 223/2006 convertito in L. 248/2006, ha introdotto l'art. 14-ter nel corpus della L. 287/1990, così consentendo alle imprese di avanzare, entro tre mesi dalla notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, proposte di impegni intese a superare le criticità agitate dall'Autorità Antitrust.



Occorre precisare che l'AGCM può rendere vincolanti gli impegni avanzati dall'impresa sulla scorta di una preliminare deliberazione relativa all'adeguatezza degli stessi a ripristinare celermente il gioco della concorrenza, eliminando gli effetti distorsivi cagionati da una condotta che, per quanto illecita, non appare meritevole di una sanzione.

Tale decisione costituisce una conclusione "patteggiata" del procedimento antitrust²² consentendo, alla società indagata di evitare l'esercizio del potere sanzionatorio e le conseguenze pregiudizievoli che ne derivano sotto il duplice profilo economico e reputazionale e garantendo al mercato, nella misura in cui l'impresa stessa rispetti gli impegni assunti, di ottenere il rapido ripristino del suo corretto funzionamento.

Questa tipologia di decisioni è priva del carattere di accertamento, limitandosi ad accogliere gli impegni presentati dall'impresa, senza contenere la qualificazione dei fatti in termini di violazione della disciplina antitrust.²³ La mancanza di un accertamento nel merito, ha sostenuto la Corte nella sentenza 5381/2020, impedisce di riconoscere al provvedimento di accettazione degli impegni l'efficacia di prova privilegiata, attribuita alla decisione sanzionatoria.

Pur non contenendo l'accertamento dell'illecito antitrust, tuttavia, la decisione di cui all'art. 14-ter L. 287/1990, come sottolineato dalla Corte, acquista un valore più significativo rispetto al provvedimento di archiviazione o di non luogo a procedere, implicando che gli elementi raccolti durante l'istruttoria possano essere utilizzati nel giudizio civile di risarcimento dei danni.

La decisione contenente gli impegni è, infatti, preceduta da una sequenza di atti da cui possono essere desunti dati suscettibili di apprezzamento giudiziale. Si pensi al provvedimento con il quale l'AGCM avvia l'indagine, che contiene l'identificazione, sufficientemente precisa, del mercato oggetto dell'investigazione e delle condotte potenzialmente rilevanti ovvero alla comunicazione delle risultanze istruttorie, da cui emergono tutte le informazioni che sostengono la valutazione circa l'adeguatezza degli impegni ad eliminare le criticità individuate dall'Autorità.

Pertanto, anche se la valutazione posta in essere dall'AGCM si incentra su profili non del tutto coincidenti con quelli che vengono in rilievo in sede di decisione finale²⁴, giova considerare, a giudizio della Corte, la rilevanza del momento, nell'*iter* procedimentale, in cui l'Autorità è pervenuta all'adozione del provvedimento di accettazione degli impegni, così da comprendere quali riflessi quest'ultimo possa produrre nel giudizio risarcitorio.

Infatti, la decisione da cui è scaturito il processo incardinato da *Uno Communication* è stata adottata in seguito alla pubblicazione della comunicazione delle risultanze istruttorie, che costituisce l'atto, trasmesso dal Garante alle parti in prossimità della chiusura delle indagini, che reca la formulazione delle infrazioni e l'indicazione dei fatti suscettibili di fondare l'esercizio del potere sanzionatorio.

Il provvedimento adottato nei confronti di *Vodafone* si collocava, infatti, a valle di una complessa attività di indagine, caratterizzata dall'acquisizione di elementi idonei a corroborare la valutazione dell'AGCM circa l'adeguatezza degli impegni presentati a sedare le preoccupazioni dell'Autorità.

Tale decisione presupponeva, pertanto, la prefigurazione di un'ipotesi di violazione antitrust, delineata nella comunicazione delle risultanze istruttorie, cui va ricollegato il *fumus* dell'infrazione.²⁵ Occorre, infatti, considerare che il presupposto per l'accoglimento delle misure proposte doveva ravvisarsi nella sussistenza di profili anticoncorrenziali riconducibili alla condotta ascrivibile a *Vodafone*, la cui assenza certamente avrebbe determinato l'archiviazione del procedimento.²⁶

²² G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 4, 703

²³ F. Valerini, *Gli effetti delle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d. lgs. 19 gennaio 2017 n. 3*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2017, 135

²⁴ B. Rabai, *La conclusione del procedimento antitrust mediante accettazione degli impegni*, in *Dir. Amm.*, 2018, 170

²⁵ P. Fabbio, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Conc. merc.*, 2013, 218.

²⁶ A. Pera, G. Codacci Pisanelli, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2012, 83



Alla luce di tali osservazioni, la preliminare identificazione della condotta anticoncorrenziale non poteva, quindi, essere ritenuta *tamquam non esset* nel processo risarcitorio, in ragione dell'avvenuta delibazione di non manifesta infondatezza delle proposte presentate nonché dello stadio avanzato del procedimento.

Con la sentenza *Uno Communication*, la Corte di cassazione ha così confermato che il giudice civile non può ignorare questo tipo di decisioni, richiamando a tal fine la giurisprudenza della Corte di Giustizia. In particolare, nel caso *Gasorba c. Repsol*²⁷, riferendosi ai provvedimenti adottati dalla Commissione Europea, la Corte di Giustizia ha evidenziato il carattere decisorio degli atti che rendono vincolanti gli impegni e ha chiarito che il giudice nazionale, in nome del principio di leale cooperazione e al fine di perseguire l'obiettivo dell'uniforme applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, deve tenere conto della valutazione preliminare compiuta in sede amministrativa, considerandola quale *“an indication, if not prima facie evidence of the anticompetitive nature of agreements at issue in the light of Article 101 TFUE.”*²⁸

I termini *“indication”* e *“prima facie evidence”*, impiegati dalla Corte di Giustizia, lasciano intendere che il provvedimento concernente gli impegni possa assumere una valenza probatoria presuntiva, gravando la parte danneggiata della dimostrazione della verosimiglianza dei fatti processualmente rilevanti.²⁹

La trasposizione, nel sistema civilistico nazionale, delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza euro-unitaria, ha quindi condotto la Corte di cassazione ad attribuire, alla decisione di cui all'art. 14-ter L. 287/1990, il valore di presunzione semplice ai sensi dell'art. 2729 c.c., rispetto alla sussistenza della condotta anticoncorrenziale adottata da *Vodafone* prima che la sua posizione venisse stralciata dal procedimento amministrativo. La predetta decisione costituisce, quindi, il fatto noto che il giudice deve assumere come premessa sulla quale innestare il ragionamento logico induttivo che conduce alla conoscenza del fatto ignorato, cioè della violazione consistente nell'abuso escludente.³⁰

In ossequio alla previsione di cui al comma secondo dell'art. 2729 c.c., il giudice è tenuto a valutare gli elementi acquisiti dall'Autorità Antitrust, consacrati nella comunicazione delle risultanze istruttorie, ancorando la gravità della presunzione alla verosimiglianza del fatto processualmente rilevante, la precisione e la concordanza, invece, alla sussistenza di dati che confortino l'esistenza o l'inesistenza dell'infrazione, evitando che il ragionamento inferenziale sfoci in un esito contraddittorio.

Gli elementi così sottoposti all'apprezzamento del giudice assumono una rilevanza preminente, avuto riguardo anche all'elevato grado di tecnicità che connota le informazioni acquisite nel corso del procedimento antitrust, atteso che l'attività investigativa viene condotta da un organo pubblico istituzionalmente dotato di poteri particolarmente incisivi e di somma competenza in materia.

I dati raccolti durante l'istruttoria svolta dall'AGCM che *“il giudice di merito può porre a fondamento del proprio accertamento”* - ha affermato la Corte enunciando un principio di diritto - non integrando una prova privilegiata, *“possono essere contrastati da emergenze di diverso tenore”*, il cui ingresso nel processo non è limitato dagli effetti preclusivi che la giurisprudenza associa soltanto ai provvedimenti sanzionatori.

Il giudice del risarcimento, nei casi in cui il procedimento condotto dall'AGCM non sia culminato in una decisione che accerti nel merito la violazione, può liberamente valutare gli elementi raccolti dall'Autorità Garante che consentono, attraverso un ragionamento presuntivo, di affermare l'esistenza del fatto rilevante riconducibile all'impresa convenuta. Quest'ultima, a fronte del considerevole alleggerimento dell'*onus probandi* di cui beneficia il soggetto danneggiato, può avvalersi dei mezzi di prova previsti dall'ordinamento per ribaltare l'*iter* inferenziale seguito dal giudice di merito, senza incorrere nelle preclusioni legate all'accertamento dell'infrazione da parte dell'Autorità Garante.

²⁷ Corte di Giustizia, 23 novembre 2017, C-547/2016, avente ad oggetto un rinvio pregiudiziale finalizzato a verificare se l'art. 267 TFUE fosse ostativo alla declaratoria, da parte di un giudice nazionale, della nullità di un accordo tra imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE, qualora la Commissione, in relazione al predetto accordo, abbia reso obbligatori gli impegni proposti dall'impresa coinvolta.

²⁸ Corte di Giustizia, *Gasorba c. Repsol*, cit., par. 29

²⁹ B. Rabai, *La conclusione del procedimento antitrust mediante accettazione degli impegni*, cit., 183

³⁰ R. Muroni, *Commento sub art. 2729 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di G. Bonilini, A. Chizzi, VI, Milano, 634



4. Le sentenze in commento sottolineano che la lacuna normativa, non colmata dalla recente disciplina del *private enforcement* almeno per quanto attiene alle decisioni *ex art. 14-ter* L. 287/1990, ha destato, nel tempo, la necessità di individuare dei rimedi che fossero in grado di garantire il coordinamento tra i due binari lungo i quali si articola la tutela della concorrenza.

Pur considerando che le due forme di tutela mirano a proteggere interessi fisiologicamente differenti, la Corte di cassazione ha posto in evidenza che l'efficacia della disciplina antitrust non possa prescindere dalla sinergia tra i canali lungo i quali la stessa si snoda.

La complementarità tra *public* e *private enforcement*, nei giudizi risarcitori incardinati in seguito ad una decisione dell'AGCM, si esprime, in difetto di una previsione legislativa al riguardo, nell'attribuzione, al provvedimento sanzionatorio divenuto definitivo, di una rafforzata efficacia dimostrativa e nella sottoposizione degli elementi raccolti dall'AGCM nel corso dell'istruttoria al prudente apprezzamento del giudice del risarcimento. L'efficacia probatoria riconosciuta a tali decisioni comporta una deroga all'ordinario riparto dei carichi istruttori che, da un lato, agevola l'attore nella dimostrazione dei fatti costitutivi della propria pretesa e, dall'altro, circoscrive il diritto di difesa dell'impresa convenuta, atteso che i limiti individuati dalla Cassazione rispetto alla prova contraria determinano che quest'ultima si riveli una *probatio diabolica*.

L'approdo cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità, che ha preferito una soluzione intermedia tra la totale irrilevanza e la vincolatività dei provvedimenti dell'Autorità Garante, non si giustifica soltanto in una prospettiva rimediabile rispetto all'asimmetria informativa nell'accesso alla prova, che finirebbe per compromettere la possibilità di un vittorioso esperimento dell'azione *follow on*.

La soluzione prospettata, infatti, si comprende anche in considerazione della necessità di comprimere la durata e le spese di un processo nel quale non si può prescindere dall'espletamento di un'istruttoria dotata di un elevato grado di tecnicità. Il giudice, qualora non potesse porre a fondamento del proprio accertamento il materiale probatorio vagliato dall'AGCM e le conclusioni cui quest'ultima è pervenuta, sarebbe infatti costretto, per accertare la sussistenza di un illecito antitrust, a disporre una consulenza tecnica d'ufficio che dilaterrebbe i tempi del processo e incrementerebbe le spese dello stesso. Con il rischio di pervenire ad una decisione che non aderisca al caso concreto, non potendo l'Autorità giudiziaria e il consulente tecnico d'ufficio esercitare quei poteri istruttori penetranti che competono istituzionalmente all'AGCM.