

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA



**Dottorato di ricerca in diritto pubblico, giustizia penale e
internazionale
XXXIV Ciclo**

**L'EFFICACIA DEL PROVVEDIMENTO DELL'AUTORITA'
GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO
NEI GIUDIZI CIVILI DI RISARCIMENTO IN MATERIA DI
TUTELA DELLA CONCORRENZA**

RELATORE:

Chiar.mo Prof. Bruno Tonoletti

COORDINATORE:

Chiar.mo Prof. Sergio Seminarà

Tesi dottorale di
Giulia De Luca
Matricola n. 475191

Anno accademico 2020/2021

INDICE

CAPITOLO I

GENESI EUROUNITARIA ED EVOLUZIONE DEL SISTEMA DI *ENFORCEMENT ANTITRUST*

SEZ. I

L'ESPERIENZA EUROPEA DI *ENFORCEMENT E* *COMPETITION POLICY*

1.Premessa. La tutela della concorrenza tra regole giuridiche e teorie economiche	5
2.La tutela della concorrenza nei Trattati: verso un'economia sociale di mercato. In particolare, la "modernizzazione" del sistema di <i>enforcement antitrust</i>	27
3.La tutela della concorrenza nella Costituzione: l'«utilità sociale» ridefinisce i confini della «libertà di impresa».....	36
4.L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'ambito della Rete europea della concorrenza.....	46

SEZ. II

STRUMENTI DI *PUBLIC ENFORCEMENT E* RAFFORZAMENTO DELLA TUTELA PUBBLICA ATTRAVERSO IL *PRIVATE ENFORCEMENT ANTITRUST*

5.L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: dal ruolo di "tutore" a quello di "promotore" della concorrenza e di tutela del consumatore	54
6.(Segue) Sulla natura amministrativa o para-giurisdizionale della funzione di <i>public enforcement antitrust</i>	74

7. Il doppio binario di tutela: il *private enforcement* ad integrazione del *public enforcement antitrust* 86

8. (Segue) Circolarità delle tutele, certezza ed uniformità del diritto *antitrust*. In particolare, l'effetto vincolante ascritto al provvedimento *antitrust* nelle *follow-on actions* 105

CAPITOLO II

LE FATTISPECIE DI TUTELA DELLA CONCORRENZA, DEL CONSUMATORE E DELLE SINGOLE IMPRESE

1. Influenza del diritto UE sulle fattispecie *antitrust* previste dalla L. n. 287/1990. In particolare, la nozione di mercato rilevante..... 115

2. (Segue) L'*efficiency defence* nei casi di intese *antitrust* e di abuso di posizione dominante 126

3. (Segue) Il regime probatorio dell'intesa *antitrust* alla luce della tutela oggettiva del mercato. In particolare, la pratica concordata e l'utilizzo delle *rules of reason* 131

4. (Segue) L'abuso di posizione dominante 141

5. L'abuso "relazionale" (o di dipendenza economica) nel diritto *antitrust* 145

6. Pratiche commerciali scorrette, pubblicità ingannevole e clausole vessatorie..... 150

CAPITOLO III

L'IMPATTO DELL'ACCERTAMENTO *ANTITRUST* NEI PROCESSI CIVILI IN MATERIA DI CONCORRENZA

1. I processi di concorrenza e l'utilizzabilità del provvedimento *antitrust* come mezzo di prova. Il quadro normativo e giurisprudenziale anteriore alla Direttiva 2014/104/UE. 159

2.L'effetto conformativo dei provvedimenti che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 7 D.Lgs. n. 3/2017. In particolare, i provvedimenti di accettazione degli impegni	180
3.(Segue) L'efficacia del provvedimento dell'AGCM nel processo civile con riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette, della pubblicità ingannevole e comparativa, delle clausole vessatorie	186
4.La natura della vincolatività ascritta al provvedimento <i>antitrust</i> nelle <i>follow-on actions</i> . In particolare, la sua assimilazione alla <i>res judicata</i> , alla prova legale e alla presunzione legale <i>iuris et de jure</i>	196
5.Problemi costituzionali dell'efficacia vincolante del <i>public enforcement</i> . Spazi di autonomia per il giudice civile.	212
6.(Segue) Effettività di tutela e sindacato sul provvedimento dell'AGCM	223
CONCLUSIONI	245
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....	251

CAPITOLO I

GENESI EUROUNITARIA ED EVOLUZIONE DEL SISTEMA DI *ENFORCEMENT ANTITRUST*

SEZ. I

L'ESPERIENZA EUROPEA DI *ENFORCEMENT E* *COMPETITION POLICY*

1. **Premessa. La tutela della concorrenza tra regole giuridiche e teorie economiche**

Con il D. Lgs. n. 3/2017 il legislatore italiano ha recepito l'art. 9 Direttiva 2014/104/UE, ascrivendo al provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in avanti: Autorità o AGCM), una volta divenuto inoppugnabile, o alla sentenza definitiva del giudice amministrativo che ne confermi la legittimità, un effetto vincolante nel giudizio civile di risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust*.

La soggezione del giudice ordinario alla decisione *antitrust* segna un progressivo avvicinamento tra diritto pubblico e diritto privato¹, in quanto il D. Lgs. n. 3/2017, da un lato, investe l'AGCM di una funzione dichiarativa avente ad oggetto un segmento della responsabilità civile (qual è l'antigiuridicità della condotta), dall'altro lato, risponde alla volontà del legislatore UE di facilitare sotto il profilo probatorio l'esercizio dell'azione di danno, utilizzando il rimedio giurisdizionale in

¹ Cfr. G.A. BENNACCHIO, *Le regole antitrust tra diritto pubblico e diritto privato*, in G.A. BENNACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e privato. Atti IV congresso nazionale SIRD. Trento 24-26 settembre 2015*, Napoli, 2016, 198; in generale, sull'"annebbiamento" dei confini tra pubblico e privato, v. M. D'ALBERTI, *Recensione a G. Napolitano, Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 237 e ss.

chiave deterrente, al fine di scoraggiare le imprese a tenere comportamenti che, ove constatati in sede *di public enforcement*, possono essere fatti valere in sede civile.

Il sistema “a due pilastri”² di tutela della concorrenza, pur configurando un modello di interazione pubblico-privato tipico della disciplina del mercato³, presenta alcuni profili di criticità, laddove il giudice civile, chiamato a dirimere una controversia relativa ad una fattispecie su cui si sia già espressa l’AGCM (c.d. *follow-on action*), sia vincolato ad uniformarsi all’accertamento contenuto nel provvedimento *antitrust*⁴.

In particolare, il vincolo previsto dall’art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 solleva problematiche di ordine costituzionale che riguardano l’indipendenza della magistratura (in specie, l’art. 101, c. 2, Cost. ai sensi del quale “*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*”) e il diritto di difesa dell’impresa sanzionata (art. 24, 111 Cost.).

Entrambe le questioni possono essere affrontate a partire dalla struttura delle norme previste a tutela della concorrenza e, in particolare, dal loro momento applicativo ad opera dell’AGCM.

² Secondo l’espressione di G. MUSCOLO, *Public e private enforcement (alcune questioni in tema di prova nel processo antitrust)*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, II, 1015. L’importanza del duplice piano di intervento, pubblicistico e privatistico, di *enforcement antitrust* è sottolineata nella Comunicazione della Commissione Relazione sul funzionamento del regolamento n. 1/2003 (COM (2009) 206 def. del 29 aprile 2009).

³ Cfr. ROSSI CARLEO, *Clausole vessatorie e tipologie di controllo: il controllo amministrativo*, in *Nuovo diritto civile*, 2016, 3, 6. Da un punto di vista storico-temporale, però, nel sistema del diritto *antitrust* la componente privatistica è intervenuta dopo quella pubblicistica, mentre l’evoluzione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e delle clausole vessatorie ha seguito un percorso inverso, dato che, quando all’AGCM è stata affidata l’applicazione di tali fattispecie, i rimedi di diritto privato erano già previsti (D. Lgs. n. 146/2007 che, in attuazione della Direttiva 2005/29/CE, ha sostituito gli artt. 18-27 Cod. cons. e art. 37bis Cod. cons., introdotto dall’art. 5, c. 1, D. L. n. 1/2012, conv. con mod., da L. n. 27/2012).

⁴ Sotto questo aspetto il modello di coordinamento tra i piani di tutela del doppio binario previsto dall’art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 (e dall’art. 16 Reg. 2003/1/CE, con riferimento alle decisioni *antitrust* della Commissione) si differenzia rispetto a quello in essere nel settore consumeristico, dove nel silenzio del legislatore l’intersecazione tra la tutela pubblica e quella privatistica si esplica su un piano meramente probatorio (un “modello di coordinamento istruttorio”, come definito da M. NEGRI, *Giurisprudenza e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2012, II, 305).

In primo luogo, l'effetto vincolante potrebbe ritenersi compatibile con l'art. 101, c. 2, Cost. considerando le fattispecie *antitrust* "neutre" rispetto all'interesse pubblico perseguito dall'AGCM. In tal caso, infatti, si potrebbe sostenere che l'Autorità decida "sillogisticamente" i casi concreti "applicando la legge"⁵ e il procedimento davanti ad essa potrebbe essere assimilato a quello giurisdizionale, con la conseguenza che la fonte del vincolo sarebbe riconducibile ad un atto giurisdizionale.

In secondo luogo, detto vincolo non ostacolerebbe l'esercizio del diritto di difesa dell'impresa sanzionata laddove, isolato il contenuto dichiarativo del provvedimento dal precetto sanzionatorio, si ammettesse un sindacato "sostitutivo" da parte del giudice amministrativo, in grado di soddisfare la posizione giuridica dell'impresa destinataria del provvedimento con la stessa intensità con cui il giudice civile tutela i diritti soggettivi.

Al centro della tematica relativa al vincolo di cui all'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017, si pone il rapporto tra legge, pubblica amministrazione e giudice, da esaminare tenendo conto che la tecnica legislativa impiegata in materia *antitrust* fa perno su poche condotte vietate descritte attraverso concetti giuridici indeterminati⁶.

I "concetti giuridici indeterminati" attribuiscono agli enunciati normativi una particolare ampiezza prescrittiva e un'intenzionale indeterminatezza di contenuto semantico, agendo come una sorta di "valvola respiratrice" del nostro ordinamento giuridico che, in questo modo, ha la possibilità di adattarsi e adeguarsi all'evoluzione dei contesti socio-economici.

⁵ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss., 647.

⁶ Nel corso della trattazione si accoglie la convenzionale equivalenza dei termini "concetti giuridici indeterminati" e "clausole generali". In senso analogo, M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, ETS, Pisa, 2021, 5.

In presenza di dette espressioni linguistiche il legislatore delega l'interprete (a seconda dei casi, l'amministrazione o il giudice) a concretizzare la fattispecie normativa⁷ e, nel fare ciò, esplicita un'opzione assiologica⁸. I parametri valutativi, a loro volta, devono "guidare" l'interprete nell'applicazione normativa, che presuppone un'attività di integrazione giuridica (o implementazione) della norma, che serve a dare concretezza alla parte mobile (elastica) della stessa⁹.

La "vaghezza" dei sintagmi incide sull'identificazione del fatto oggetto di valutazione giuridica, con conseguente inversione dello schema di qualificazione che, in questa situazione, diventa induttivo¹⁰. Nella dinamica dei concetti giuridici indeterminati, infatti, ad essere sussunto nella norma generale e astratta è "il giudizio di fatto" espresso sulla base di parametri extralegali¹¹.

Guardando al rapporto tra diritto e natura, è stato detto che quest'ultima subisce un processo di storicizzazione, trasformandosi "*da realtà data a realtà posta*"¹², cioè conformata dall'uomo, a seconda del metodo di osservazione impiegato¹³, e che il diritto è chiamato a normare

⁷ M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., 45.

⁸ M. LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Questione giust.*, 2020, 1, 68.

⁹ D. DALFINO, *Norme "vaghe", poteri del giudice e sindacato di legittimità*, in *Questione giust.*, 2020, 1, 114; G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1192. Si tratta di un'"attività inventiva" che presuppone la ricerca nel bene giuridico tutelato dei valori che ne sono la matrice, cfr. P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, spec. 69 e 76.

¹⁰ D. DALFINO, *Norme "vaghe", poteri del giudice e sindacato di legittimità*, cit., 114; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Tratt. Cicu - Messineo - Mengoni*, Milano, 1992, III, 111 ss.

¹¹ M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., 66, precisano che "*l'apprezzamento del fatto esige la ricerca dei caratteri del fatto stesso indicato dalla legge tramite concetti indeterminati*".

¹² N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Bari-Roma, 2013, 20. Sul processo di soggettivizzazione della natura, cfr. W. HEISENBERG, *Fisica e filosofia*, 1958, trad. it., Milano, 1961, 193.

¹³ L'intimo connettersi tra pensiero moderno e scienze naturali è espresso da G. GENTILE, *Introduzione alla filosofia*, 1933, 2a ed., Sansoni, Firenze, 1952, 62: "*oggi le scienze si sono svegliate: e per un'autocritica, in cui s'è insinuata la filosofia, sanno che l'oggetto che esse studiano è sempre in qualche modo una creazione del pensiero, perché corrisponde sempre ad un punto di vista ed è insomma un problema, che non può essere risolto se non in quanto chi lo risolve se l'è proposto*". Sul punto, E. CASSIRER, *Determinismo e indeterminismo nella fisica moderna*, 1937, trad. It., Firenze, 1971, 20-281, osserva che "*l'oggetto in certo modo ci mostra un 'volto' diverso a seconda delle condizioni in cui ha luogo l'osservazione*". Così, come affermato da W. HEISENBERG, *L'immagine della natura nella fisica contemporanea*, 1953, in

la “tecnica” (intesa come lo strumento con cui l’uomo si relaziona alla natura) in vista dello scopo prescelto con la decisione politica¹⁴.

Sotto questo profilo, la materia *antitrust* è particolarmente significativa perché i divieti di intesa anticoncorrenziale e di abuso di posizione dominante rappresentano delle fattispecie che necessitano di un’imprescindibile integrazione valutativa, potendo essere apprezzate soltanto attraverso il ricorso alle nozioni tecniche ed opinabili della scienza economica e non attraverso un mero confronto con la realtà naturalistica¹⁵⁻¹⁶.

Nel settore della concorrenza si manifesta, quindi, quel fenomeno che è stato definito “*crisi della fattispecie*” (e del modello logico di sussunzione)¹⁷, dovuta all’irriducibilità della realtà post-moderna ad una tipizzazione di ipotesi già definite, che porta il legislatore a prediligere fattispecie strutturalmente “*capaci di adattarsi al mutare dei tempi, delle esigenze e delle diverse filosofie che animano l’applicazione dell’antitrust*”¹⁸.

AA.VV. *Le arti nell’età della tecnica*, trad. It., Milano, 2001, 37, “*anche nella scienza della natura oggetto della ricerca non è più la natura in sé, ma la natura esposta al modo umano di porre la questione; per questo l’uomo incontra di nuovo, anche questo caso, solo se stesso*”.

¹⁴ N. IRTI, *L’uso giuridico della natura*, cit., 52, osserva che “*il diritto non soltanto è positivo, ma anche im-positivo*”, perché sceglie specifici scopi (ad esempio reprimere fatti non desiderati, soddisfare taluni interessi mercé il sacrificio di altri, esigere prestazioni personali o pecuniarie). La norma giuridica è imposta, perché capace di piegare le volontà discordi e riluttanti, dato che “*non descrive un essere, ma pone l’esigenza di un dover essere*” (ID., p. 60).

¹⁵ B. TONOLETTI, *L’accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 142.

¹⁶ Gli elementi costitutivi del divieto di intese anticoncorrenziali sono individuati attraverso clausole generali di tipo empirico/descrittivo, secondo l’impostazione condivisa da M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., 20. Sulla flessibilità e indeterminatezza della *normativa antitrust*, cfr. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 310 e ss.; con riferimento alla scarsa tipizzazione normativa del concetto di mercato rilevante, B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2014, 1, 24.

¹⁷ Il riferimento è ai saggi di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 19 e ss.; ID., “*Calcolabilità*” *weberiana e crisi della fattispecie*, *ivi*, 33 e ss., che hanno inaugurato una densa stagione di dibattito sul tema.

¹⁸ Il legislatore “*si arrende all’onda pluralistica*”, così P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., 94-95, il quale precisa come la crisi non sia del diritto, ma dello statalismo legalista. L’A. prende ad esempio il “cosiddetto” codice del processo amministrativo (D. Lgs. n. 104/2010), che “*consiste soprattutto in una sorta di grande cornice, un disegno di principii, che in quanto principii e non regole vincolanti nel loro dettagliato contenuto, vengono implicitamente a concedere ampio spazio all’interprete, in particolare al giudice chiamato a fornire contenuti specifici in relazione alla concretezza del caso*”. Sul tema, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014,

La “vaghezza” del diritto *antitrust*, oltretutto, abbraccia anche l’interesse pubblico alla concorrenza, dal momento che il legislatore non definisce quale sia il “tipo” di concorrenza presidiato dal potere sanzionatorio dell’AGCM¹⁹. Come si vedrà, al variare dei periodi storici e dei Paesi di riferimento muta la fisionomia della *competition policy*, con ricadute pratiche rilevanti sui criteri di valutazione delle relazioni economiche intessute tra operatori del mercato.

In questo senso, la regola *antitrust* può essere considerata “*espressione o contenitore di una scelta politica nella quale è contenuto un determinato modello di politica economica, un determinato modello di mercato*”²⁰, sicché l’intervento *antitrust* sarà azionato soltanto qualora l’AGCM ravvisi in concreto la necessità di tutelare proprio quel tipo di concorrenza cui è preposta²¹.

La medesima situazione si riscontra in rapporto al concetto di economia di mercato (strettamente correlato a quello di concorrenza) che non deve essere intesa come un mero regime storicamente determinato di produzione e/o scambio di beni e/o servizi, ma come il frutto di scelte politico-giuridiche²² che condizionano la stessa operatività dei divieti

1, 41, considera la Costituzione del 1948 “*espressione di un tempo moderno*”, nella misura in cui contiene l’enunciazione di principi dimostrando che il diritto positivo “*proprio nella sua cima più alta*” abbandona il concetto di fattispecie.

¹⁹ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 220. ID., *Economia e politica nel diritto antitrust*, in M. C. MALAGUTI, L. OGLIO, S. VANONI (a cura di), *Politiche antitrust ieri, oggi e domani. Atti del Convegno del 27 maggio 2016, Università Cattolica del Sacro Cuore*, Torino, 2017, 6, segnala che a fronte dell’indeterminatezza degli illeciti *antitrust* si avverte il rischio che le politiche *antitrust* acquisiscano un “*tono autoreferenziale*”, smarrendo la consapevolezza delle proprie radici e finalità.

²⁰ L. GIANI, F. VETRÒ, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 503.

²¹ In questo senso, A. AMORELLI, *L’amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 4, 954, ritiene che la Commissione e l’AGCM siano chiamati “*a completare l’ordinamento, ergo ad esprimersi politicamente*”;

²² L’economia di mercato “*presuppone scelte politico-giuridiche*” osserva N. IRTI, *L’uso giuridico della natura*, cit., 34 (l’A. si riferisce, ad esempio, alla scelta della proprietà privata e non della proprietà collettiva, oppure dei profitti individuali, e non dei profitti pubblici). L’economia professata come “naturale” è, invece, “artificiale”, cioè costruita dall’uomo con il patrimonio di saperi ed abilità che possiede, sicché “*sta dentro la storia, caduca e mutevole al pari di altri assetti economici e giuridici*”.

*antitrust*²³, tanto è vero che l'effetto e l'intensità dell'alterazione concorrenziale possono essere diversamente apprezzati a seconda del paradigma teorico storicamente dominante²⁴.

Nel rapporto tra regole giuridiche e realtà di mercato le teorie economiche, infatti, svolgono un ruolo centrale²⁵, essendo il modello teorico di riferimento a definire i fini e/o i principi da seguire nell'indagine *antitrust*.

Il carattere “*mobile nello spazio e nel tempo*”²⁶ della materia concorrenziale è dimostrato dall'esperienza statunitense ed europea, in cui, pur a fronte di normative sostanzialmente invariate, si sono alternati approcci diversi tra loro “*per quantità, ma anche per qualità e direzione degli interventi*”²⁷.

La genericità dello *Sherman Act*²⁸, ad esempio, ha dato modo alla giurisprudenza e alle autorità competenti di definire le rispettive impostazioni esegetiche facendo proprie le dottrine e/o ideologie economico-sociali di volta in volta prevalenti²⁹.

²³ Quanto detto riguarda i c.d. “*effect based*” dei divieti *antitrust*; con tale espressione si intende che le fattispecie *antitrust* si fondano sulla produzione di un certo tipo di effetto economico sul mercato. Al riguardo cfr. G. GUIZZI, *Brevi note intorno al cd more economic approach e al benessere del consumatore nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2018, 196.

²⁴ L'importanza dei paradigmi storicamente dominanti è sottolineata da M. RAMAJOLI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.* M. Ramajoli, voce *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir. – I tematici*, Volume *Funzioni amministrative*, a cura di B.G. Mattarella e M. Ramajoli, in corso di pubblicazione; sul tema, V.F. ANGLANI, *Teorie economiche della concorrenza*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza mercato e diritto dei consumatori*, 2018, Milano, 64 e ss., presenta un breve *excursus* dei modelli teorici susseguitesi nell'evoluzione della disciplina *antitrust*.

²⁵ Condivide l'idea che il ricorso alle teorie economiche siano essenziali nell'interpretazione del diritto della concorrenza, previa individuazione di quali siano quelle poste a base delle scelte compiute dal legislatore nella costruzione della fattispecie, G. GUIZZI, *Brevi note intorno al c.d. more economic approach e al benessere del consumatore nell'applicazione del diritto antitrust*, cit., 202.

²⁶ V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza della UE*, in *Mercato conc. reg.*, 2020, 3, 443.

²⁷ V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza della UE*, cit., 443; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 24

²⁸ Lo *Sherman Act* fu approvato dal Congresso degli Stati Uniti nel 1890 e costituì la prima legislazione *antitrust* espressione del principio per cui non sono ammesse forme di potere sugli individui, come la concentrazione del potere economico in poche grandi imprese.

²⁹ L. RISTORI, *Il sistema dei limiti alla libertà di iniziativa economica: anatomia del diritto della concorrenza*, in *Conc. e mercato*, 2007, 253. G. ROSSI, *Governo, magistratura e Autorità garante*

Il fenomeno ha interessato anche il diritto *antitrust* europeo, che fin dall'origine ha dimostrato la propria versatilità e la propria capacità di adeguarsi alle dinamiche economiche e sociali tipiche del contesto storico di riferimento³⁰.

Circoscrivendo il discorso al diritto *antitrust* europeo (sebbene quanto si dirà valga anche per gli Stati Uniti), va detto che in un primo momento ~~l'obiettivo della~~ la regolazione dei rapporti tra imprese era concepita come uno strumento funzionale all'instaurazione del libero mercato; al riguardo, si riteneva che la creazione di un apparato regolatorio in grado di orientare i comportamenti degli operatori economici avrebbe garantito una maggiore integrazione tra le economie degli Stati membri e avrebbe permesso di perseguire anche la pace tra i popoli europei, quale condizione fondamentale per lo sviluppo economico³¹.

La cultura giuridico-economica del libero mercato si afferma a seguito dei mutamenti scaturiti dalla Seconda guerra mondiale, ponendosi all'origine della costruzione dell'Europa, come “*momento di passaggio*,

della concorrenza e del mercato: tre diverse filosofie dell'Antitrust, in AA.VV., *Concorrenza e Autorità antitrust: un bilancio a 10 anni dalla legge. Atti del Convegno Roma 9-10 ottobre 2000*, Roma, 2001, 166, sottolinea che nella formazione del diritto antitrust americano “il vero protagonista” fu il potere giudiziario.

³⁰ M. MONTI, *Presentazione*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, Milano, 2021.

³¹ Come osserva G.M. ROBERTI, *La dimensione europea della politica di concorrenza*, in *Federalismi.it*, 2012, 3, 5, “la politica di concorrenza è, in un certo senso, la vera success story dell'integrazione europea”. A questo riguardo si osserva che eliminando le barriere impeditive alla libera circolazione delle merci e dei servizi era possibile perseguire anche la pace tra i popoli europei, quale condizione fondamentale per lo sviluppo economico, tenuto conto che la necessità di ampliare la dimensione dei propri mercati interni, in presenza di un'economia gestita direttamente dallo Stato rappresentava una delle più pericolose cause della guerra fra i popoli europei. Sul tema, cfr., A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, cit., 55.

*in primo luogo ‘culturale’*³² di progressivo allontanamento da un sistema economico di tipo cartellizzato³³.

La costruzione di un diritto *antitrust multi-purpose*, operante nell’ottica di favorire il processo di integrazione europea, dipendeva dal fatto che in quel periodo l’applicazione dei divieti *antitrust* previsti dal Trattato era rimessa interamente alla Commissione, il cui raggio di azione non era limitato al solo settore concorrenziale³⁴.

³² L.F. PACE, La nascita del diritto della concorrenza in Europa: la redazione degli artt. 85 e 86 CEE, il reg. 17/1962 e il passaggio al reg. 1/2003, in L.F. PACE (a cura di), Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, Padova, 2020, 3. Fino a quel momento gli ordinamenti nazionali non conoscevano le regole di concorrenza previste dai Trattati istitutivi delle Comunità europee. In Europa, infatti, la prima normativa antitrust nazionale è stata emanata dalla Germania soltanto nel 1957, entrando in vigore il 1° gennaio 1958, cioè il primo giorno di vigenza del Trattato di Roma.

³³ La prima metà del XX secolo fu caratterizzata dalla c.d. “cartellizzazione delle economie nazionali”. Nella situazione geo-politica degli Stati nazionali, infatti, la concorrenza veniva intesa come competizione tra “economie nazionali” ed era diffusa l’adozione di politiche economiche di direzione del processo economico, in forza delle quali gli Stati istituivano monopoli privati, imprese pubbliche e proteggevano le imprese nazionali attraverso dazi, dogane e sovvenzioni. L’obiettivo di ciascuno Stato era quello di prevalere sugli altri e, in questa prospettiva, nelle economie nazionali successive allo sviluppo industriale della seconda metà dell’Ottocento divenne fisiologico il ricorso agli accordi collusivi tra imprese (i c.d. cartelli), attraverso i quali ridurre i costi derivanti dalla concorrenza. Il più forte sviluppo di questa modalità di iniziativa economica si conobbe nella Germania nazional-socialista, che assunse i cartelli nell’apparato dello Stato, utilizzandoli nell’interesse della nazione per indirizzare la produzione economica secondo le direttive stabilite a livello politico. Da questo punto di vista, esemplare fu la legislazione tedesca del 1920, che, per contrastare la crescente inflazione, aveva previsto un blando controllo amministrativo delle condotte poste in essere dai cartelli, i quali non erano illeciti, ma ne era vietata soltanto l’utilizzazione abusiva. Anche in Italia, però, si assistette ad un intenso intervento dello Stato nell’economia, che si manifestò soprattutto attraverso le partecipazioni statali ed il monopolio pubblico per i servizi e le infrastrutture essenziali. La politica delle liberalizzazioni nell’Unione europea decollò con il Trattato di Maastricht (1992), ma in Italia il suo completamento è stato talvolta di molto successivo. Ad esempio, il settore dei servizi postali è stato del tutto liberalizzato soltanto con l’art. 1, c. 57, della legge per la concorrenza n. 124/2017, che ha disposto l’abrogazione del regime di riserva a favore di Poste Italiane s.p.a., in qualità di fornitore del servizio universale postale, dei servizi di notifica postale degli atti giudiziari e delle violazioni del Codice della Strada. La liberalizzazione è avvenuta secondo una logica “a scaglioni” in attuazione della Direttiva 97/67/CE, poi modificata dalle Direttive 2002/39/UE e 2008/6/UE, attraverso la graduale erosione della nozione di servizio universale e la contestuale possibilità per gli operatori postali, previo ottenimento di una licenza individuale, di fornire i “servizi non riservati”.

³⁴ M. LIBERTINI, *Economia e politica nel diritto antitrust*, cit., 30. V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza della UE*, cit., 444 e ss. sottolinea che il superamento della prima fase del diritto antitrust comunitario/europeo coincide, non casualmente, con la creazione del mercato unico (prospettata con l’Atto Unico Europeo e sancita con il Trattato di Maastricht del 1992); svincolatasi dalla sua funzione servente all’edificazione di tale mercato, la disciplina antitrust europea ha, infatti, virato verso un’autonoma ricerca dei propri obiettivi. Cfr. OECD, *Competition Law and Policy in the European Union*, 2005, 15: “With progress toward realization of the internal market, the relative importance of the market integration goal has declined. Policy statements now stress efficiency, consumer welfare and competitiveness. The mission statement

Con la svolta neolibertistica mondiale, che ha investito anche l'Europa, la Commissione ha poi cominciato a teorizzare un *more economic approach* e la duttilità del diritto *antitrust* si è manifestata concretamente nel passaggio alla fase – ancora in corso – in cui lo scopo della concorrenza viene rintracciato nell'efficienza dei mercati³⁵. Quest'ultima, nello specifico, rileva sia sotto il profilo statico di ottima allocazione dei beni e delle risorse sul mercato, sia in chiave di efficienza produttiva, relativa all'ottimizzazione dei costi di produzione, e dinamica, quale attitudine dei mercati a sostenere un processo continuo di innovazione produttiva, organizzativa e commerciale³⁶.

Per comprendere come il pensiero economico abbia influenzato le scelte di politica *antitrust*, occorre in questa sede delineare brevemente gli indirizzi elaborati dalla scienza economica, anticipando soltanto alcune considerazioni generali.

In particolare, si intende dare contezza della “*grande dicotomia*” tra la nozione di concorrenza “in senso statico”, intesa come una condizione di equilibrio ottimale del mercato da ripristinare attraverso l'eliminazione delle condotte distorsive, e quella di concorrenza “in senso dinamico”, concepita come un processo continuativo di innovazione. A seconda della variante teorica accolta, poi, la concorrenza può essere intesa in due diversi modi: come “forza d'ordine naturale”, non bisognosa di un intervento esterno oppure come “condizione costruita dal potere pubblico”³⁷.

of DG Competition sets out a number of possible goals, including the same sentence both the welfare of consumers and the competitiveness of European economy”.

³⁵ Cfr. V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza della UE*, cit., 445.

³⁶ Cfr. M. MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge-New York, 2004; M. PORTER, *Il vantaggio competitivo*, 1985, trad. it., Torino, 2011. M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 236, precisa che la compatibilità tra l'efficienza dinamica e quella allocativa risulta dalla circostanza per cui la tutela della prima consente l'introduzione nel mercato di nuovi tipi di offerta, che allargano la libertà di scelta del consumatore e, quindi, determinano nel tempo una crescita dell'efficienza allocativa.

³⁷ Per un approfondimento sulla distinzione tra concorrenza statica e dinamica si rinvia a quanto esposto nel prosieguo della trattazione. In dottrina, cfr. M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 233, e per quanto concerne gli interventi di correzione mirata dei difetti di funzionamento dei

Il punto di partenza dell'analisi delle teorie economiche succedutesi nel tempo è la teoria del *"laissez faire"*, formulata dalla scuola classica economica e, in particolare, da Adam Smith³⁸, che a partire dal concetto di libertà economica e di "ordine naturale" denomina "mano invisibile" la forza che spinge il mercato verso il raggiungimento di un equilibrio, senza che sia necessario un intervento pubblico.

In questo senso, si pone anche la scuola neoclassica della seconda metà dell'Ottocento³⁹, che teorizza un sistema di "concorrenza perfetta", in cui i prezzi sono dettati dal mercato e tendono a coincidere con i costi marginali dei produttori⁴⁰. La concorrenza viene definita in senso formale sulla base di requisiti convenzionalmente individuati⁴¹, in presenza dei quali si ritiene che il dispiegarsi delle forze economiche determini da solo il massimo grado di efficienza nell'allocazione delle risorse: il libero scambio (*rectius*, l'incontro tra la domanda e l'offerta) conduce al "giusto prezzo", che è un risultato di equilibrio, in quanto i beni scambiati si

mercati M. LIBERTINI, *Economia e politica nel diritto antitrust*, cit., spec. 16. Per la distinzione interna alla teoria della «concorrenza in senso dinamico», cfr. G. SABATTINI, *Il ruolo della "mano visibile" dello Stato*, Franco Angeli, Milano, 1999. Una parte dei sostenitori della «concorrenza dinamica», infatti, non ripone fiducia nell'ordine spontaneo del mercato, ritenuto in grado di autoalimentarsi sulla base di regole formatesi per scelta autonoma dei suoi protagonisti, mentre un altro indirizzo sostiene la necessità di correzioni istituzionali ai fallimenti del mercato.

³⁸ Per tutti, cfr. A. SMITH, *La ricchezza delle Nazioni*, Newton Compton, Roma, 2008, 1975.

³⁹ I principali esponenti della scuola neoclassica sono S. Jevons, L. Walras, C. Menger.

⁴⁰ Si tratta della c.d. "rivoluzione marginalista". I costi marginali di un'impresa sono il costo che essa deve sostenere per produrre un'unità di prodotto, pertanto quando i prezzi sono uguali ai costi marginali le imprese percepiscono un profitto "normale" che le consenta di rimanere proficuamente nel mercato; infatti, qualora l'impresa dovesse applicare prezzi superiori a quelli determinati dal mercato (perseguendo profitti "extra" o a causa di costi marginali superiori a quelli degli altri operatori), essa "uscirebbe dalla curva di domanda e la sua offerta non sarebbe corrisposta neanche per un'unità di prodotto". L'atteggiamento della singola impresa, quindi, è "price-taker", perché un tentativo di alzare i prezzi o di aumentare l'output prodotto non risulterebbe idoneo ad alterare gli equilibri imposti dal mercato. Così F. ANGLANI, *Teorie economiche della concorrenza*, cit., 66.

⁴¹ Precisamente, è perfetto il mercato caratterizzato dalla totale libertà di entrata e di uscita di chiunque (i.e. carenza di barriere all'ingresso o all'uscita), dalla perfetta sostituibilità dei beni offerti (i.e. omogeneità del prodotto), dall'ottima diffusione delle informazioni relative agli scambi e dall'assenza di esternalità positive o negative, per cui i produttori sono costretti a sostenere unicamente e per l'intero i propri costi.

collocano nella sfera dispositiva di chi è disposto a pagarli al maggior prezzo⁴².

A partire dalle critiche avanzate nei confronti della teoria neoclassica, fondate sul difficile riscontro delle condizioni di concorrenza perfetta nel reale funzionamento dei mercati, la scuola austriaca e, in particolare Schumpeter⁴³, abbandona la visione statica di mercato, ponendo al centro della ricostruzione teorica il progresso economico. Nello specifico, si sviluppa un'idea di concorrenza come processo dinamico, in cui la rivalità tra le imprese, desiderose di conquistare i mercati, è vista come motore di innovazione, portandole ad impegnarsi in strategie di crescita continua, per scoprire nuovi bisogni da soddisfare o nuovi beni e servizi atti a soddisfarli.

In termini di politica *antitrust*, la scuola austriaca esprime un liberalismo radicale, opponendosi alla previsione di fattispecie vietate *per se*; essa ritiene, piuttosto, che l'intervento pubblico debba essere subordinato alla valutazione degli effetti che i comportamenti economici sono realmente in grado di produrre⁴⁴. Anche gli accordi tra imprese e i monopoli possono, in determinate circostanze, favorire il processo dinamico concorrenziale, secondo un meccanismo di “*distruzione creatrice*”⁴⁵.

⁴² In relazione ai benefici derivanti dalla massimizzazione delle efficienze, si sottolinea, anche per la comprensione dei successivi sviluppi della scienza economica, che le efficienze si possono distinguere in due tipologie: i) l'efficienza “allocativa”, che consiste nell'aumento della quantità prodotta da ogni singola impresa fino al livello in cui i propri costi marginali non raggiungano il prezzo dato dal mercato (un mercato che raggiunge l'efficienza allocativa costituisce un esempio di ottimo paretiano: per nessun operatore, sia dal lato della domanda che dell'offerta, è possibile ottenere una posizione più vantaggiosa senza che ad un altro venga arrecato un danno maggiore; cfr. F. MAGRIS, *L'economia nella formazione dell'Unità d'Italia: Vilfredo Pareto e Piero Sraffa*, in *Nuova antologia*, 2013, 4, 2268, 611); ii) l'efficienza “produttiva”, che corrisponde alla tendenza delle imprese di ridurre al minimo i costi di produzione per restare competitive e, grazie alla trasparenza del mercato, di riprodurre le innovazioni sperimentate dagli altri operatori, contribuendo così al beneficio dell'intero settore.

⁴³ L'autore, economista austriaco, è stato attivo nella prima metà del XX secolo; cfr. J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, 1942, trad. it., Milano, 2001.

⁴⁴ Come l'ipotesi che “un sistema cartellistico onnipresente possa sabotare ogni processo”, così J. A. SCHUMPETER è *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1942), Etas Libri, Roma, 2001, 83.

⁴⁵ Si ritiene che le fattispecie generalmente considerate restrittive della concorrenza possano essere funzionali al processo di dinamica concorrenziale e che il monopolio derivante dalla

Si giunge, così, alla teoria della concorrenza “sostenibile” (anche detta praticabile o effettiva o, nella lingua originale, *workable competition*)⁴⁶, la quale ritiene che anche i mercati “imperfetti”, cioè privi dei requisiti individuati dalla teoria neoclassica, possono assicurare un soddisfacente assetto concorrenziale.

Di conseguenza, la *competition policy* non deve mirare ad una acritica e totale eliminazione delle imperfezioni del mercato, essendo possibile che alcune di esse, se apprezzate nel contesto generale, non sortiscano un effetto dannoso.

Anche la scuola di Harvard⁴⁷ (SCP - *Structure, Conduct, Performance*) elabora un modello teorico a partire da uno studio empirico del funzionamento dei mercati. Si tratta, nello specifico, del c.d. modello strutturalista, in base al quale sussiste una relazione causale tra struttura del mercato e condotta delle imprese, che dà luogo ad un preciso risultato concorrenziale⁴⁸.

Secondo questo indirizzo la valutazione giuridica dei comportamenti delle imprese, anche se di identico contenuto, differisce a seconda delle caratteristiche strutturali del mercato, per cui un intervento dello Stato

posizione di vantaggio di un'impresa possa produrre effetti positivi sull'efficienza complessiva del sistema economico, considerato che innesca nelle altre imprese una reazione di “lotta contro il monopolio” al fine di ottenere vantaggi competitivi e, se del caso, sostituirsi nella posizione monopolistica. In questo quadro ideologico il monopolio è concepito come un momento temporaneo e necessario del processo dinamico di concorrenza, dal momento che la competizione induce le imprese non monopolistiche a valorizzare gli strumenti di *non-price competition*, ad esempio innovando o differenziando la propria offerta.

⁴⁶ J. M. CLARK, *Toward a concept of workable competition*, in *The American Economic Review*, vol. 30, 1940, 241, che per primo ha teorizzato la nozione di concorrenza effettiva – ponendo l'accento sulla singola impresa e sul singolo mercato – così riassume le condizioni necessarie per la sua esistenza: l'incertezza che deve caratterizzare le reazioni dei concorrenti; la differenziazione del prodotto, sufficiente per compensare l'esiguo numero di concorrenti; la concorrenza potenziale, che deve costituire una minaccia reale. Per un approfondimento sul tema della concorrenza effettiva v. FERGUSON, *A macroeconomic theory of workable competition*, Duke University Press, Durham, N. C., 1964; SOSNICK, *A critique of concepts of workable competition*, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 72, 1958, p. 380.

⁴⁷ Tra i principali esponenti della scuola di Harvard University si menzionano gli economisti E. S. Mason e J.S. Bain.

⁴⁸ Si ritiene che la struttura del mercato incida in maniera significativa sulla condotta dell'impresa, la quale, a sua volta, svolge un ruolo essenziale nella determinazione del risultato concorrenziale.

sulla fisionomia dei mercati è ritenuto necessario per l'esistenza di un sistema concorrenziale sostenibile⁴⁹.

Una sana concorrenza, infatti, non sarebbe praticabile in un mercato in cui operano poche grandi imprese ad alta differenziazione del prodotto e con non trascurabili barriere all'ingresso, che, da un lato, rafforzano la possibilità per i *leader* di settore di imporre prezzi di monopolio, dall'altro lato, impediscono ai potenziali concorrenti di affermarsi sui nuovi mercati⁵⁰.

In senso contrario, invece, la scuola di Chicago⁵¹, ritiene che la struttura del mercato non influenzi la *performance* delle imprese e che, quindi, la presenza di alti livelli di concentrazione non comporti necessariamente effetti dannosi per la concorrenza; in quest'ottica, si ripone fiducia nella capacità dei mercati di convergere spontaneamente verso un equilibrio concorrenziale e si sostiene che finanche il mercato monopolistico tenda ad autocorreggersi, dato che i profitti conseguiti attirano nuovi *competitors*, il cui ingresso, se la preesistente posizione di vantaggio non è il frutto di una *performance* superiore, erode il dominio dell'impresa⁵².

In termini di *competition policy*, la posizione assunta dalla scuola di Chicago è neoliberista, propensa al ridimensionamento dell'intervento delle autorità *antitrust*, il cui compito è quello di perseguire, attraverso gli

⁴⁹ L'attenzione ai modelli monopolistici ed oligopolistici si spiega per il fatto che la scuola di Harvard si è sviluppata negli Stati Uniti durante il periodo successivo alla Seconda guerra mondiale, quando il potere di mercato si erano accumulato in capo ai grandi gruppi industriali (i *big businesses*).

⁵⁰ J. S. BAIN, *Barriers to New Competition and the Monopoly Problem*, in *Harvard University Press*, 1956, sulla base degli studi empirici effettuati sul tessuto industriale americano del tempo, identifica le barriere all'ingresso prevalentemente nelle economie di scala, che consistono nella progressiva riduzione dei costi unitari medi di produzione in corrispondenza dell'aumentare della quantità prodotta.

⁵¹ La scuola di Chicago è una scuola di pensiero economico sorta verso la metà del XX secolo, di cui M. Friedman e G. Stigler sono considerati i padri fondatori. Tra gli di tale corrente si menzionano R. Bork, R. Posner, G. Stigler, H. Demestz.

⁵² La posizione dominante dell'impresa non deve, dunque, essere di per sé considerata espressione di inefficienza del mercato, perché, se è persistente e duratura rappresenta il frutto di una performance superiore imputabile all'impresa.

strumenti di analisi economica, l'efficienza dei mercati⁵³. Secondo la scuola di Chicago, le condotte che il potere pubblico deve reprimere sono unicamente quelle che generano nette inefficienze da un punto di vista economico al complessivo sistema economico⁵⁴⁻⁵⁵.

Il beneficio del singolo consumatore, infatti, non costituisce un elemento da considerare ai fini della valutazione dell'efficienza economica, in quanto il benessere individuale non è ritenuto indispensabile per il raggiungimento dell'efficienza del sistema economico inteso nel suo insieme.

In questa linea di pensiero, gli obiettivi diversi dall'efficienza economica (come la riduzione dei profitti eccessivi di un'impresa o la redistribuzione del potere di mercato a favore dei soggetti più deboli) non rientrano nella politica *antitrust* e, quindi, devono se del caso essere oggetto di apposite normative.

Quanto detto mette in luce la differente teoria elaborata dalla scuola di Friburgo (c.d. ordoliberal)⁵⁶, che ritiene necessario un apparato di

⁵³ Al fine di valutare le fattispecie viene applicato rigorosamente il metodo neoclassico dell'analisi economica, che segue un approccio "scientifico" fondato su modelli formalizzati e verificabili attraverso strumenti matematici ed econometrici, al contrario di quello impiegato dalla scuola di Harvard.

⁵⁴ La scuola di Chicago ritiene che l'*enforcement antitrust* non debba concentrarsi sulle caratteristiche strutturali del mercato o sulle dimensioni delle imprese, ma piuttosto valutare l'effettiva capacità per un'impresa di determinare le proprie strategie commerciali indipendentemente dai concorrenti. Sotto tale profilo, la contendibilità del mercato risulta garantita qualora le imprese concorrenti possano liberamente entrare o uscire dal mercato, senza dover sostenere costi aggiuntivi, e l'impresa monopolista (o in regime di oligopolio) non possa praticare prezzi inferiori ai costi marginali dei nuovi entranti; in presenza di queste condizioni, infatti, l'imposizione di un aumento dei prezzi da parte dell'impresa dominante produrrebbe un beneficio temporaneo, presto vanificato dall'ingresso dei nuovi concorrenti, di cui dovrà tenere conto nel determinare la propria condotta. Dunque, se le intese e le concentrazioni possono, in certe circostanze, essere in grado di condurre ad una maggiore efficienza del mercato, allora l'intervento dello Stato deve appuntarsi sull'eliminazione delle barriere all'ingresso, che in questa linea di pensiero consistono soltanto in quelle amministrative (le economie di scala - c.d. barriere naturali - sono considerate irrilevanti, in quanto la promessa di alti profitti avrebbe in ogni caso attratto investimenti).

⁵⁵ Come spiegato da R. BORK, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, New York, 1978, "Il benessere dei consumatori [...] è semplicemente un altro modo di indicare il benessere complessivo del sistema economico. L'antitrust ha pertanto una preferenza intrinseca per la prosperità materiale, ma non ha nulla da dire sui modi in cui essa debba essere distribuita o utilizzata".

⁵⁶ L'ordoliberalismo è una scuola di pensiero nata in Germania nel periodo tra le due Guerre mondiali e le figure di spicco di tale movimento sono quelle di Walter Eucken, Franz Böhm,

regole idoneo a garantire un equilibrio non solo economico, ma anche sociale.

La teoria ordoliberal, che muove dall'analisi dei fallimenti della Repubblica di Weimar, sostiene che il mercato non sia in grado di autoregolarsi e propone di attribuire allo Stato il ruolo di garante delle regole fondamentali per il funzionamento del sistema, senza proletarizzazione della società né corporativizzazione dello Stato. A tal fine, l'ambito di azione dell'intervento pubblico viene circoscritto, in modo che il processo economico derivi in ogni caso dalle autonome decisioni dei privati.

La concorrenza è concepita come “concorrenza di prestazione” (*competition on the merits*) che si distingue dalla “concorrenza per impedimento”, a sottolineare che la competizione non è virtuosa quando i vantaggi competitivi sono ottenuti ostacolando l'altrui libertà. Al contrario, la competizione virtuosa è quella che si esplica attraverso la gara che le imprese fanno per offrire ai consumatori prestazioni sempre migliori.

Detta concorrenza, però, non si trova in natura, ma è da ricercare attraverso azioni di rilievo giuridico ed istituzionale, perché “*solo un severo regime di concorrenza (...) garantisce che il processo economico sia il risultato di una sorta di plebiscito quotidiano, nei quali i singoli consumatori con le loro libere scelte indirizzano democraticamente il sistema verso gli esiti ritenuti più desiderabili*”⁵⁷.

Hans Grossmann-Doerth e, quale successivo divulgatore, Wilhelm Röpke. Il movimento ordoliberal in Germania influenzò uomini politici come Ludwig Erhard, che fu ministro dell'economia della Repubblica federale dal 1949 al 1964 e successivamente cancelliere dal 1964 al 1966. Questa stessa classe dirigente, a sua volta, ebbe un'importante influenza sulla redazione dei Trattati comunitari, come dimostra la carriera di W. Hollstein, il quale fu negoziatore per la Germania e successivamente il primo presidente della Commissione europea. Pur non esistendo un riferimento testuale esplicito alla c.d. economia sociale di mercato (*Soziale Marktwirtschaft*) nella Costituzione tedesca, il modello è implicitamente in essa disegnato. Il riferimento alla *Soziale Marktwirtschaft*, come costituzione economica della Repubblica federale tedesca, è stato espressamente inserito nel Trattato di unificazione fra la Repubblica federale e la Repubblica democratica tedesca, firmato il 31 agosto 1990.

⁵⁷ A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, cit., 50 e 51.

La proposta ordoliberal, poi, merita di essere ricordata in quanto si occupa anche degli aspetti istituzionali e giuridici dell'azione pubblica, esprimendosi a favore di una precisa definizione delle condotte vietate dalla legge, la cui attuazione è rimessa ad un ufficio pubblico autonomo ed insensibile ad ogni forma di condizionamento politico.

Per quanto concerne l'oggetto dei divieti, infine, se i cartelli sono senz'altro ritenuti condotte da reprimere, in relazione al potere monopolistico di un'impresa si registrano due orientamenti; le tesi più estreme ritengono che l'impresa debba ridimensionarsi, mentre gli indirizzi più moderati, anche tenuto conto dell'esistenza di monopoli naturali e di quelli derivanti dall'attribuzione di diritti di privativa industriale, accettano la posizione monopolistica, salvo prevedere un controllo pubblico sulla condotta dell'impresa in questione, che deve comportarsi "come se" operasse in un regime di concorrenza (*als ob*).

Traendo le fila del discorso, l'evoluzione del pensiero economico in tema di concorrenza mostra che alle differenti correnti teoriche corrispondono diverse opinioni relative al se ed alle modalità con le quali lo Stato può adottare politiche d'intervento nell'economia, se del caso vincolando l'esercizio delle libertà economiche individuali degli operatori del mercato.

Sul piano concettuale, inoltre, sembra prevalere la nozione dinamica di concorrenza, essendosi affermata l'idea che il processo concorrenziale determini un fenomeno di selezione, innovazione e sviluppo⁵⁸.

Le imprese, infatti, nell'ambito del mercato libero si autodeterminano nella scelta delle strategie economiche, ricercando il massimo profitto: "*si batt(o)no fra loro ad armi pari: la concorrenza le costringerà ad innovare, a razionalizzare le strutture industriali e*

⁵⁸ R. PRODI, *Concorrenza dinamica e potere di mercato*, Milano-Roma, 1969, che teorizza come normale l'effetto di accelerazione del processo concorrenziale, proprio delle operazioni di concentrazione.

commerciali, onde comprimere i costi e ridurre i prezzi”⁵⁹. Il rischio di una naturale eliminazione dal mercato le porta a sforzarsi per adeguarsi all’andamento della domanda di mercato, spingendo la produzione sino al punto di coincidenza fra prezzo e costo marginale oppure investendo nella differenziazione dei prodotti, nella loro pubblicità o nell’innovazione del processo produttivo.

L’innovazione tecnologica, l’individuazione di nuovi bisogni dei consumatori e la proposta di nuovi beni atti a soddisfarli, nonché la ricerca di risorse esclusive atte ad assicurarsi un vantaggio competitivo, sono appunto i connotati tipologici del processo dinamico di concorrenza⁶⁰.

In quest’ottica, il comportamento delle imprese in concorrenza, sia pure mosso dall’interesse individuale di profitto, produce benefici che non si esauriscono nella sfera individuale dell’impresa, ma investono il benessere collettivo.

Il legame tra la sfera individuale e quella generale del mercato connota il diritto *antitrust* e si ritrova nella tutela del consumatore, che si ritiene contribuisca, insieme alla libertà di iniziativa economica delle imprese, all’affermazione di un mercato competitivo.

Il rapporto tra dimensione micro-economica e macro-economica si rintraccia nella stessa nozione di mercato, inteso come l’insieme, attuale o potenziale, di contratti; a questo proposito si afferma che il mercato “è governato (...) dalle regole del diritto della concorrenza, che ne orientano a livello sistemico il funzionamento, ma non può negarsi che ogni

⁵⁹ In tal senso, A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, Milano, 2018, 17. L’A. definisce la nozione di “concorrenza” a partire dall’immagine di una gara, descrivendola come una lotta che si svolge nel mondo degli affari: “più imprese – fabbricanti o distributori dello stesso prodotto (o servizio), o di prodotti simili, in relazione di reciproca concorrenza – si battono per conquistare una quota sempre più grande del mercato, o almeno per difendere quella che detengono; i nuovi venuti, o nuovi entranti (nel mercato), i newcomers, dal canto loro, cercano di superare le barriere che spesso si frappongono all’ingresso, per poi tentare di farsi largo a scapito delle imprese presenti sul mercato”.

⁶⁰ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 235.

intervento sui singoli contratti incida anche sulla sua struttura complessiva”⁶¹.

Il collegamento tra la libertà di autodeterminazione del consumatore e il buon funzionamento del mercato è la ragione della crescente attribuzione di competenze all’AGCM, nel tempo elevata ad istituzione preposta al rispetto di tutte le regole del mercato rivolte alle imprese, comprese le regole previste contro la pubblicità ingannevole, le pratiche commerciali scorrette e le clausole contrattuali vessatorie⁶².

Il crescente rilievo nell’ordinamento della figura del consumatore, unitamente alla previsione di un doppio binario di tutela, in cui il *public enforcement* è affidato alla stessa autorità preposta anche all’applicazione dei divieti *antitrust*, ravviva il dibattito sulle finalità del diritto *antitrust* e sul ruolo dello Stato rispetto ai risultati meritevoli di tutela, che il mercato non è autonomamente in grado di realizzare⁶³.

La rilevanza ai fini dell’applicazione delle regole *antitrust* degli obiettivi non strettamente concorrenziali⁶⁴, come l’effettività della scelta dei consumatori e l’equa distribuzione delle risorse destinate al consumo, si pone al centro dell’argomentare giuridico, soprattutto nella fase di crisi attuale, che richiede una presa di posizione sui confini della concorrenza⁶⁵.

⁶¹ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, 14: “l’istituto giuridico del contratto crea il mercato. Il mercato crea la concorrenza”. Sul tema, M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso – Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 359 ss., osserva che il mercato “è, insieme, un risultato e una misura: per un verso è l’esito delle singole contrattazioni (non c’è mercato senza scambi, e quindi senza contratti), per altro verso è anche la misura delle singole contrattazioni (= ogni trattativa si intraprende sulla base delle condizioni di mercato)”.

⁶² Sull’apparato normativo previsto in ambito consumeristico, v. *infra*, cap. II, par. 6.

⁶³ Conferma la necessità di approfondire l’esame delle finalità del diritto *antitrust*, M. LIBERTINI, *Economia e politica nel diritto antitrust*, cit., 20 e ss..

⁶⁴ V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza della UE*, cit., 439 e ss., precisa che nel diritto *antitrust* l’espressione *public interest* viene utilizzata proprio per riassumere sinteticamente gli obiettivi non concorrenziali, che vengono evocati al fine di espandere o, al contrario, limitare, l’applicazione delle norme *antitrust*.

⁶⁵ Le fasi di crisi e, da ultimo la pandemia da Covid-19, hanno come conseguenza la tentazione di adottare un approccio più flessibile alla tutela della concorrenza, che vada al di là della ricerca della mera efficienza. A questo proposito, A. PEZZOLI, *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell’intervento pubblico*, in *Mercato conc. reg.*, 2020, 1, 139 e ss. parla di “rilassamento della disciplina della concorrenza durante le fasi di crisi”.

In relazione al consumatore la questione si pone in quanto secondo una parte della dottrina “*si ha la netta sensazione che gli strumenti del diritto antitrust siano in più occasioni concepiti come altrettanti modi di tutela diretta del consumatore*”⁶⁶.

In senso contrario, però, si osserva che, anche ponendo l’enfasi sulla protezione delle libertà individuali quale *ratio* della politica del diritto *antitrust*, l’obiettivo di quest’ultimo non si traduce nella soddisfazione di interessi individuali; il diritto *antitrust* protegge le libertà dei singoli (concorrenti o consumatori) nella sola misura in cui sono violate da condotte che, se generalizzate, ledono anche la concorrenza⁶⁷. Ne consegue che il diritto della concorrenza è finalizzato non alla tutela immediata degli interessi individuali, bensì alla protezione dell’andamento della struttura complessiva del mercato e il consumatore può tutelato soltanto indirettamente dal diritto *antitrust*⁶⁸.

Per quanto riguarda i temi di ordine sociale in senso stretto, come quelli afferenti alla stabilità economica, all’accesso ai beni e servizi pubblici, nonché alla tutela delle categorie deboli e dell’ambiente, il dibattito nasce dalla considerazione che “*mercati ben funzionanti consentono di produrre merci sempre migliori e a minor prezzo, ma non consentono di avere quei beni (dalla sicurezza all’aria pulita, ecc.) che non possono essere acquisiti con scambi individuali e tanto meno favoriscono – lasciati a sé stessi – l’uguaglianza fra gli uomini*”⁶⁹.

⁶⁶ F. CINTIOLI, *Le prospettive della tutela amministrativa della concorrenza in Italia*, in AA.VV. *Diritto amministrativo e società civile*, Bologna, 2018, I, 240, osserva che il diritto della concorrenza protegge il consumer welfare piuttosto che ai consumatori intesi come singoli soggetti di diritto.

⁶⁷ F. CINTIOLI, *Le prospettive della tutela amministrativa della concorrenza in Italia*, cit., 241. Sulla coniugazione del concetto di efficienza con l’effettiva libertà di scelta del consumatore, cfr. J.F. BRODLEY, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress*, in 62 *New York University Law Review*, 1987, 1020.

⁶⁸ Cfr. *ex multis* C. giust., 27 settembre 2006, T-168/01, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, in *Foro it.*, IV, 2007, 38.

⁶⁹ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 238.

Nel panorama scientifico vi è chi ritiene possibile, attraverso gli strumenti del diritto della concorrenza, perseguire finalità politiche complementari di giustizia distributiva e di contrasto al potere economico privato⁷⁰. In particolare, si propone di inserire nel quadro delle *politiche antitrust* la correzione degli squilibri determinati dallo sviluppo del mercato, sottolineando che nel modello attuale di concorrenza “*on the merits*” la crescita del sistema economico complessivo è il risultato di un processo *win-lose* in cui interi settori o ambiti territoriali possono uscire “sconfitti”⁷¹.

Contro un diritto *antitrust* strumento di “giustizia”, invece, si afferma che attribuire all’intervento *antitrust* il perseguimento di finalità di tipo sociale significherebbe “*attribuire alle autorità di concorrenza un vero e proprio ruolo politico, non compatibile con la loro natura*”⁷², anche tenuto conto della loro estraneità al circuito di legittimazione e rappresentanza democratica.

In questo senso, si ritiene che la disciplina *antitrust* miri soltanto al buon funzionamento del processo concorrenziale, da valutare in applicazione di criteri economici, che consentono di rifuggire il rischio che i valori sottostanti l’intervento pubblico siano, complice la sostanziale elasticità delle relative fattispecie, frutto di una selezione autonoma e soggettiva dell’interprete⁷³. È vero che l’approccio economico aumenta il

⁷⁰ In questa linea di pensiero J.B. BAKER, C.S. SALOP, *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianze*, 2015, trad. it., in *Mercato conc. reg.*, 2016, 7 ss., muovendo dalla preoccupazione verso la crescita delle disuguaglianze di reddito all’interno delle economie globalizzate e ritenendo che una delle sue cause sia l’incremento del potere di mercato delle imprese, ritengono che le politiche *antitrust* dovrebbero orientarsi a favore delle categorie più deboli tra i consumatori, ad esempio privilegiando il contrasto agli abusi di sfruttamento o permettendo le intese orizzontali di prezzo volte a fissare prezzi “sociali”, compensati da sussidi incrociati provenienti da altri settori.

⁷¹ M. LIBERTINI, *Economia e politica nel diritto antitrust*, cit., 8-16.

⁷² M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 220.

⁷³ Tanto è vero che, come osserva M. LIBERTINI, *Economia e politica nel diritto antitrust*, cit., 30, la svolta della modernizzazione realizzata dal Reg. 2003/1/CE, che ha decentrato l’applicazione delle norme comunitarie, aveva posto un ostacolo non superabile all’idea di un diritto *antitrust multi-purpose*: non si poteva infatti più attribuire una discrezionalità elevata alle autorità antitrust dei singoli Stati nazionali.

grado di discrezionalità tecnica delle autorità preposte all'applicazione dei divieti *antitrust*, ma “ciò non significa (...) ‘ripolitizzare’ il diritto *antitrust*”⁷⁴.

Le stesse dottrine “economiche”, poi, si articolano in “*versioni più o meno ‘interventiste’, a seconda dell’ideale politico-economico di buon funzionamento del mercato che viene posto alla base dei ragionamenti*”⁷⁵, tuttavia, neppure nella sua accezione “dinamica”, l’efficienza sembra giustificare la realizzazione di finalità che vanno al di là delle valutazioni circa l’attitudine dei mercati a sostenere un processo continuo di innovazione⁷⁶.

In conclusione, si ritiene che la disciplina della concorrenza sia finalizzata all’efficienza economica dei mercati, mentre le politiche sociali e di redistribuzione delle risorse debbano essere oggetto di interventi *ad hoc*, perché “*nulla [...] hanno a che vedere con il diritto e le politiche antitrust*”⁷⁷, sebbene si sottolinei che in periodi di crisi economica la politica della concorrenza può contribuire alla ricostruzione delle condizioni minime per il funzionamento dei mercati a condizione che ciò avvenga contestualmente all’adozione di altre politiche pubbliche che intervengano dove la concorrenza non sia sufficiente⁷⁸.

⁷⁴ M. LIBERTINI, *Economia e politica nel diritto antitrust*, cit., 23.

⁷⁵ M. LIBERTINI, *Economia e politica nel diritto antitrust*, cit., 4.

⁷⁶ G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c’è dell’altro oltre l’efficienza economica?*, in *Quaderni cost.*, 2019, 3, 607.

⁷⁷ M. LIBERTINI, *Economia e politica nel diritto antitrust*, cit., 21.

⁷⁸ A. PEZZOLI, *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell’intervento pubblico*, cit., 141. L’A. ritiene che il pieno dispiegarsi del confronto concorrenziale necessiti dell’intervento di politiche pubbliche volte, tra l’altro, a sostenere le imprese che erano competitive prima del virus, evitandone il fallimento, e rendendo socialmente accettabile l’impatto occupazionale e la portata “distruttiva” della crisi economica originata dal Covid-19.

2. **La tutela della concorrenza nei Trattati: verso un'economia sociale di mercato. In particolare, la "modernizzazione" del sistema di enforcement antitrust**

Nell'ordinamento UE il funzionamento del processo concorrenziale di fronte agli eccessi di potere economico, pubblico e privato, è stato oggetto di diverse interpretazioni, che hanno segnato lo sviluppo della tutela giuridica della concorrenza, fino all'attuale testo dell'art. 3, § 3, TUE, il quale pone tra gli obiettivi dell'Unione europea la costruzione di *"un'economia sociale di mercato fortemente competitiva"*⁷⁹.

L'attuale formulazione dell'art. 3 TUE è considerata espressione di una concorrenza tutelata non come valore in sé, bensì come mezzo per ottenere risultati socialmente utili⁸⁰. Infatti, il riferimento ad un *"regime*

⁷⁹ Il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 sostituisce il precedente art. 3 TUE, con la seguente disposizione: l'Unione "si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente".

⁸⁰ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 193. Il nuovo art. 3 TUE, comunque, non fa venire meno la centralità della concorrenza nelle politiche UE, come conferma il Protocollo, n. 27, allegato ai Trattati, in base al quale *"il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata"*. Sul punto, S. LAMARCA, *La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano*, Torino, 2017, p. 8; E. CANNIZZARO, L.F. PACE, *Le politiche di concorrenza*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017, p. 328. V. altresì D. PORENA, *Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul d.lgs. n. 3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di "antitrust private enforcement")*. *Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice alla legge... ed alla Autorità antitrust?*, in *Federalismi.it*, 2018, 7, 3, osserva che per chiarire come il principio di tutela della concorrenza continui a costituire un elemento immanente al mercato interno sarebbe già sufficiente considerare il carattere costituzionale del Protocollo, n. 27, che ai sensi dell'art. 51 TUE costituisce parte integrante del Trattato. Inoltre, a conferma che neppure a seguito del Trattato di Lisbona la tutela della concorrenza ha perduto l'originario valore si sottolinea come essa riaffiori trasversalmente nelle disposizioni che definiscono gli scopi ed i mezzi delle politiche europee. In tal senso, l'art. 32, let. c), TFUE in materia di unione doganale prevede che la Commissione europea svolga i compiti affidatigli *"vigilando a che non vengano falsate fra gli Stati membri le condizioni di concorrenza sui prodotti finiti"*, mentre gli art. 34 e ss., TFUE sanciscono il divieto di restrizioni quantitative all'importazione o all'esportazione fra gli Stati membri. Allo stesso modo, l'art. 119, § 1, TFUE in materia di politica economica e monetaria prevede che *"l'azione degli Stati membri e dell'Unione... [è] condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza"*, mentre l'art. 120 TFUE dispone che *"gli Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse"*. Sul piano internazionale, inoltre, ai sensi dell'art. 21, par. 2, let. e), TUE *"l'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di [...] incoraggiare l'integrazione di tutti i paesi*

inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata”, indica come il legislatore europeo, invece che aderire ai dettami delle teorie liberiste⁸¹, abbia optato per un sistema in cui la concorrenza “*entra in dialogo*”⁸² con altri principi, capaci di giustificare un proporzionato intervento pubblico⁸³.

nell’economia mondiale, anche attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali”. Infine, si deve ricordare la Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (CDFUE), che, ai sensi dell’art. 6, par. 1, TUE “ha lo stesso valore giuridico dei trattati”, e all’art. 16 riconosce “la libertà d’impresa, conformemente al diritto dell’Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”.

⁸¹ Con riferimento all’“economia sociale di mercato fortemente competitiva” di cui all’art. 3 TUE, M. LIBERTINI, *La Costituzione economica. Libertà d’impresa ed economia sociale di mercato*, in S. LICCIARDELLO (a cura di), *Il governo dell’economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario dalla nascita*, 2018, Torino, 46, osserva che “*Se si tiene ferma l’idea che i testi normativi debbano essere presi sul serio, tanto più quando contengono disposizioni di principio, deve anche riconoscersi che la formula usata nel Trattato non può essere considerata come una semplice declamazione o come una mera dichiarazione di sensibilità verso vaghe esigenze ‘sociali’*”. Sul punto, però, M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, *cit.*, 193, osserva che la concorrenza è sempre stata considerata, anche dai liberisti estremi, un mezzo per ottenere risultati di benessere collettivo e ritiene che, pertanto, la vera questione riguardi gli spazi da lasciare alla regolazione spontanea dei mercati, sicché le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona devono essere lette sotto quest’ultimo aspetto.

⁸² M. ZOTTA, I. GUADAGNO, R. IUSTO, *La concorrenza nell’ordinamento*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, 2021, Milano, 13.

⁸³ La scelta di sistema a favore di un’economia sociale di mercato, infatti, evoca la dottrina ordoliberal, ritenuta la matrice ideologico-culturale del disegno comunitario, che rifiuta le soluzioni estreme sia del liberismo sia del dirigismo economico. Cfr. A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, *cit.*, 44. Il pensiero ordoliberal non ritenendo i mercati in grado di garantire da soli la produzione, sotto forma di merce acquistabile individualmente da tutti ad equo prezzo, dei beni necessari per un’elevata qualità della vita, enfatizza il ruolo dello Stato assegnandogli il compito di intervenire per assicurare alle persone tali beni. M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, *cit.*, 194. Dunque, la concorrenza informa la politica europea nel contemperamento con altri valori, per cui in linea di principio non può escludersi una limitazione delle libertà economiche per finalità di carattere sociale, sanitario e ambientale. D’altronde, nelle fonti di diritto europeo derivato si rinviene la codificazione di una serie di motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare alcune restrizioni delle libertà altrimenti garantire dalla tutela della concorrenza. In particolare, l’art. 12, § 3, Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva servizi), che si propone di assicurare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato tra gli Stati membri, prevede che, qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato, gli Stati membri nello stabilire le regole della procedura di selezione tra diversi candidati possono tener conto di considerazioni legate a motivi imperativi d’interesse generale. A tal fine, il considerando 40 della citata Direttiva definisce i “motivi imperativi di interesse generale” in conformità alla nozione elaborata dalla Corte di Giustizia relativamente agli artt. 49 e 56 TFUE e, quindi, ricomprendendovi “*l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la sanità pubblica [...], il mantenimento dell’ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori [...], il benessere degli animali, la salvaguardia dell’equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell’ambiente [...], la tutela dei creditori, la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico*”. Tale elencazione è ripresa dalla più recente Direttiva 2018/958/UE in materia di libertà professionale ove si prevede che gli Stati membri, prima di

Il modello di società delineato dal diritto UE, pur essendo fondato sulle libertà individuali, non implica il “ritiro” del diritto pubblico, come dimostra l’art. 16 CDFUE nella misura in cui riconosce la libertà di impresa a condizione che sia esercitata “*conformemente al diritto dell’Unione e alle legislazioni e prassi nazionali*”.

Nel quadro dell’economia sociale di mercato, l’intervento pubblico si apprezza sotto due diversi profili: *i)* come limitazione dell’iniziativa economica privata tenuta al rispetto delle regole della concorrenza⁸⁴; *ii)* come attuazione di politiche attive, volte al perseguimento di obiettivi di natura sociale⁸⁵⁻⁸⁶.

adottare una nuova regolamentazione suscettibile di ostacolare l’esercizio delle libertà fondamentali garantite dal TFUE, siano tenuti ad effettuare un *test* di proporzionalità, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno, la trasparenza e un elevato livello di tutela dei consumatori. In particolare, il considerando 17 di tale Direttiva prevede che “*qualora l’accesso alle attività di lavoro subordinato o autonomo e l’esercizio di tali attività siano subordinati al rispetto di determinati requisiti relativi a specifiche qualifiche professionali, stabiliti direttamente o indirettamente dagli Stati membri, è necessario garantire che tali requisiti siano giustificati da motivi di interesse generale, come quelli ai sensi del TFUE*”.

⁸⁴ P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in G.A. BENNACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Convegno nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015*, Napoli, 2016, spec. 342 e 346, osserva che “*se le libertà private sono abbandonate a se stesse, è infatti avvertito il rischio che il loro esercizio tenda paradossalmente a distruggere proprio il modello di una società che le riconosce come un prius, facendo così prevalere la libertà del più forte su quella del più debole*”. Cfr. E. MOSTACCI, O. POLLICINO, *Il diritto pubblico dell’economia nella prospettiva dell’integrazione europea*, in G.F. FERRARI, *Diritto pubblico dell’economia*, Milano, 2019, 126.

⁸⁵ Cfr. la Comunicazione della Commissione Per un’economia sociale altamente competitiva (COM (2010) 608 def. del 27 ottobre 2010), spec. 4 e 5: “Il successo del modello europeo si basa sulla sua capacità di associare prestazione economiche e giustizia sociale e di mobilitare, per la realizzazione di questo obiettivo, l’insieme dei protagonisti dell’economia e dei partner sociali”. La strategia di economia sociale, infatti, “Parte dalla constatazione che un mercato unico deve basarsi su tutti i protagonisti del mercato: le imprese, i consumatori e i lavoratori”.

⁸⁶ Cfr. sul tema, A. PEZZOLI, *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell’intervento pubblico*, cit., 139 e ss.. A questo riguardo, si pensi al tema dell’ambiente e della sostenibilità in relazione alla svolta green della politica UE (cfr. la Comunicazione della Commissione relativa al *Green Deal europeo* (COM(2019) 640 def. del 11 dicembre 2019), che ha varato una strategia concertata per un’economia climaticamente neutra, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva). Il rapporto tra concorrenza e ambiente emerge dal piano di azioni presentato dalla Commissione per ridurre il consumo di risorse sul pianeta ed aumentare l’utilizzo di materiali “circolari”, al fine di conseguire la neutralità climatica, che si fonda su un modello economico sostenibile e di crescita, capace di offrire alle imprese nuove opportunità, di creare nuovi posti di lavoro e di produrre effetti positivi sulla qualità dei prodotti offerti, mostrando come la dissociazione della crescita economica dall’uso delle risorse sia funzionale alla competitività a lungo termine dell’UE. In definitiva, “*facendo leva sul mercato unico e il potenziale delle tecnologie digitali, l’economia circolare può rafforzare la base industriale dell’UE e favorire la creazione di imprese e l’imprenditorialità tra le PMI. Modelli innovativi*

La tutela giuridica della concorrenza presenta (fin dall'origine dei Trattati) un elemento strutturale qualificante, che consiste nell'essere costruita attorno a regole generali e a norme che contengono eccezioni alle stesse regole⁸⁷.

Il sistema di *enforcement* si compone non solo di divieti, ma anche di esenzioni, che operano in presenza di restrizioni concorrenziali capaci di produrre effetti pro-competitivi sotto forma di guadagni di efficienza (ad esempio, una riduzione dei costi di fabbricazione o un miglioramento del prodotto)⁸⁸.

La previsione di dette esenzioni “*infonde flessibilità alla disciplina antitrust*”⁸⁹, perché contiene una serie di concetti giuridici indeterminati, la cui concretizzazione presuppone un'articolata valutazione economica⁹⁰

basati su una relazione più stretta con i clienti, la personalizzazione di massa e l'economica collaborativa e della partecipazione, e supportati dalle tecnologie digitali, come l'Internet delle cose, i big data, la blockchain e l'intelligenza artificiale, accelereranno non solo la circolarità ma anche la dematerializzazione della nostra economia, consentendo all'Europa di ridurre la dipendenza dalle materie prime”. Così, da ultimo, la Comunicazione della Commissione recante Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva, (COM (2020) 98 def. del 11 marzo 2020).

⁸⁷ M. RAMAJOLI, voce *Concorrenza (tutela della)*, *cit.*; la disciplina sostanziale del diritto *antitrust* è rimasta formalmente immutata nel corso degli anni, in quanto già l'art. 65 Trattato CECA vietava le intese dirette ad impedire, limitare o falsare il gioco normale della concorrenza, fatta salva la possibilità che tale divieto fosse derogato attraverso un'autorizzazione dell'Alta Autorità, qualora accertasse (in positivo) l'essenzialità dell'accordo ai fini del miglioramento produttivo o distributivo e (in negativo) che detto accordo non attribuisse alle imprese il potere di sottrarre alla concorrenza una parte considerevole del mercato di riferimento. Questa impostazione è stata riprodotta nei successivi Trattati e dalla L. n. 287/1990.

⁸⁸ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, *cit.*, 242.

⁸⁹ M. RAMAJOLI, voce *Concorrenza (tutela della)*, *cit.*

⁹⁰ Si tratta di una complessa valutazione di secondo livello che riguarda le effettive conseguenze dell'accordo e da questo punto di vista affine alla *rule of reason* americana, dalla quale, tuttavia, si discosta per il fatto che i criteri di ponderazione sono prestabiliti nella fonte scritta del diritto. La *rule of reason* è un criterio sviluppatosi nel sistema di *common law* alla luce del quale la giurisprudenza americana interpreta teleologicamente il divieto *antitrust* contenuto nella Sec. 1 dello *Sherman Act*, che altrimenti in base al criterio letterale (esso prevede che “*every contract in restraint of trade*”) proibirebbe qualsiasi limitazione della libertà soggettiva di concorrenza. A partire dalla Corte Suprema, sentenza *Standard Oil co. of New Jersey vs. U.S.* (221 U.S. 1 (1911)), infatti, ogniqualvolta la pratica presenti caratteri tali da far dubitare che sia illecita di per sé, la giurisprudenza procede alla valutazione complessiva degli effetti prodotti dalla medesima, considerando positivamente la presenza di una qualche *redeeming virtue* e l'accertamento dell'applicazione del divieto si effettua soltanto all'esito di tale giudizio nel caso concreto. Al contempo alcune intese sono vietate *per se*, in quanto considerate “*agreement or practices which because of their pernicious effect on competition a lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as*

(tanto più complessa quanto maggiore è l'attitudine diacronica dell'indagine)⁹¹, che può richiedere un bilanciamento degli interessi coinvolti.

Quanto detto si evince dalla lettera dell'art. 101, § 3, TFUE, che, in materia di intese anticoncorrenziali, esclude l'operatività del divieto qualora tali intese “*contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di: a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi*”⁹².

La dottrina, tuttavia, non è del tutto concorde nell'attribuire all'istituto dell'esenzione una funzione di carattere efficientistico.

Si osserva, infatti, che ai sensi dell'art. 101, § 3, TFUE l'interesse all'efficienza del mercato sarebbe subvalente rispetto a quello concorrenziale. Il TFUE, infatti, escludendo dall'esenzione gli accordi che riducono eccessivamente la concorrenza e quelli che (anche se efficienti) non sono in grado di arrecare significativi benefici agli utilizzatori (consumatori e operatori attivi nella filiera produttiva)⁹³, mostrerebbe di preferire “*meno ricchezza ma più distribuita*”⁹⁴.

to precise harm they have caused or the business excuse for their use” (così, Corte Suprema, *Northern Pacific R. Co c. U.S.* (365 U.S. 1 (1958))).

⁹¹ E. MOSTACCI, O. POLLICINO, *Il diritto pubblico dell'economia nella prospettiva dell'integrazione europea*, cit., 128.

⁹² A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., 156, suddivide le condizioni di esenzione in “positive”, concernenti il miglioramento dell'offerta e i benefici per gli utilizzatori, e in “negative”, che indicano i caratteri che l'accordo non deve presentare per essere lecito.

⁹³ Il concetto di utilizzatori comprende tutti i fruitori, diretti o indiretti, attivi nella filiera produttiva, come gli acquirenti di macchinari industriali o di un fattore di produzione, o i consumatori finali.

⁹⁴ In tal senso, L. RISTORI, *Il sistema dei limiti alla libertà di iniziativa economica: anatomia del diritto della concorrenza*, cit., 255, 259: “*si tratta cioè di una logica distributiva perseguita senza la volontà di intervenire sulla quantità di ricchezza prodotta ma prendendo come data la quantità esistente ed operando su questa in modo da spalmarla il più possibile anche sui consumatori, senza tuttavia l'illusione di eliminare completamente le disparità distributive che*

In questo senso, la norma *antitrust* presterebbe più attenzione alla tutela degli interessi degli utilizzatori, beneficiati dalla riduzione dei prezzi e dall'ingresso di nuovi concorrenti, piuttosto che all'efficienza economica.

Nell'impostazione primigenia risalente al Reg. n. 1962/17/CEE l'applicazione delle esenzioni era riservata alla Commissione, che a tal fine disponeva di un potere autorizzatorio (di natura costitutiva), attivabile su iniziativa delle imprese interessate dall'accordo⁹⁵.

Il sistema così delineato limitava la competenza delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri (che all'epoca non erano ancora state tutte istituite) all'applicazione dei soli divieti *antitrust* nei casi in cui la Commissione non fosse intervenuta⁹⁶.

La scelta di centralizzare in capo alla Commissione il potere di esenzione si spiega alla luce del particolare momento storico in cui si inserisce il Reg. 1962/17/CEE; all'epoca, infatti, le norme *antitrust* rappresentavano una novità di portata "rivoluzionaria" per la cultura giuridico-economica degli Stati membri, e, quindi, si avvertiva la necessità di un indirizzo uniforme da parte della Commissione "*responsabile dell'attuazione e dell'orientamento della politica comunitaria della concorrenza*"⁹⁷.

sono comunque necessarie (e fisiologiche) al sistema". Anche la giurisprudenza e la prassi decisionale UE interpretano l'art. 101, § 3, TFUE nel senso che nel diritto antitrust la protezione del processo competitivo è un valore fondamentale, che può ostare all'accoglimento di giustificazioni efficientistiche. Cfr., le Linee direttrici elaborate dalla Commissione sull'applicazione dell'art. 81, § 3, del Trattato (2004/C 101/08 del 27 aprile 2004), punto 92.

⁹⁵ Ai sensi degli artt. 1 e 4 Reg. 1962/17/CEE la Commissione non poteva adottare alcuna decisione di esenzione prima di aver ricevuto la notifica dell'intesa. Le imprese erano incentivate a notificare poiché l'art. 15 prevedeva che, nel caso in cui fosse stata ravvisata l'illiceità dell'accordo, non fossero comminate le sanzioni relative ai comportamenti anteriori alla notificazione ed a quelli tenuti nel periodo tra questa e la decisione (sia essa di accoglimento o di rifiuto dell'esenzione).

⁹⁶ Cfr. art. 9 Reg. 1962/17/CEE, che costituisce l'unica disposizione dedicata al rapporto tra Commissione e le autorità nazionali.

⁹⁷ Cfr. C. giust., 28 febbraio 1991, C-234/89, *Stergios Delimitis e Henniger Bräu AG*, § 45; ma anche C. giust., 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfoods Ltd e HB Ice cream Ltd*, § 46.

Con il tempo l'ampliamento della Comunità comportò un inevitabile incremento dei carichi di lavoro della Commissione, che condusse alla crisi del modello centralizzato di esenzione.

Con il Reg. 2003/1/CE (c.d. modernizzazione), infatti, il precedente sistema autorizzativo venne sostituito con un sistema di esenzioni legali applicabili in presenza delle condizioni previste dall'art. 101, § 3, TFUE, senza necessità di una decisione della Commissione in tale senso⁹⁸. Con la modernizzazione, quindi, l'istituto dell'esenzione venne a configurarsi come un effetto automatico discendente dal mero riscontro dei requisiti sostanziali indicati dal Trattato, secondo un sistema di autovalutazione che rende le imprese responsabili della liceità delle proprie condotte.

Il mutamento di paradigma, realizzato grazie alla sopra indicata semplificazione del meccanismo di esenzione, ha permesso alla Commissione di concentrarsi sulle infrazioni più gravi⁹⁹, potenziando le proprie funzioni di vigilanza.

Con tale cambiamento, il diritto *antitrust* ha dato prova della propria flessibilità, rendendo possibile il ricorso ad una serie di “espedienti” utili per risolvere le difficoltà derivanti dalla riserva di esenzione in capo alla Commissione.

In primo luogo, venne attribuito alla Commissione il potere di selezionare tramite regolamenti (c.d. regolamenti di esenzione di categoria) un insieme di accordi ritenuti *ex se* meritevoli di tutela, allorquando l'esperienza fosse riuscita a dimostrare la loro capacità di

⁹⁸ L'art. 1 Reg. 2003/1/CE dispone che “*gli accordi, le decisioni e le pratiche di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso*”. In dottrina, v. G. D'IPPOLITO, *Le esenzioni*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA, *Concorrenza mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 536.

⁹⁹ In tal senso, la Comunicazione della Commissione recante la Relazione sul funzionamento del Reg. 2003/1/CE (COM (2009) 206 del 29 aprile 2009) evidenzia di aver così potuto adottare un approccio più dinamico, affrontando i problemi di competitività in settori chiave dell'economia. Sulle criticità del sistema precedente, cfr. considerando 2 Reg. 2003/1/CE, che menziona anche gli ingenti costi della notificazione gravanti sulle imprese.

produrre effetti pro-concorrenziali¹⁰⁰; in questo modo, un'intesa rientrante nel campo di applicazione di un regolamento di esenzione sarebbe stata considerata di per sé legittima, senza che tale risultato dipendesse da una concessione della Commissione¹⁰¹.

In secondo luogo, la Commissione sviluppò la prassi di rilasciare lettere amministrative (dette *comfort letter*); con tali provvedimenti informali, la Commissione comunicava ai soggetti che avevano notificato l'intesa se avrebbero avuto diritto ad ottenere o meno l'esenzione o, in alternativa, se l'intesa notificata sarebbe o meno potuta rientrare nel campo di applicazione di un regolamento di esenzione.

Nel panorama attuale le *comfort letters* hanno mutato fisionomia, divenendo lo strumento con cui la Commissione fornisce alle imprese indicazioni informali circa la compatibilità *antitrust* di determinati accordi di cooperazione, eventualmente indicando le modifiche da apportare. In questo modo, lo strumento opera da “*correttivo alla perdita di certezza giuridica generato dal sistema di autovalutazione (e conseguente recupero di tratti di discrezionalità amministrativa)*”¹⁰², rassicurando le imprese, soprattutto in presenza di particolari congiunture socio-economiche, in ordine alla liceità di accordi che, in condizioni ordinarie, potrebbero far sorgere dubbi sulla loro conformità all'art. 101 TFUE¹⁰³.

¹⁰⁰ L'art. 85, § 3, TCE (oggi art. 101, § 3, TFUE) consente l'esenzione di “*categorie di accordi*”. Su tale presupposto, il Consiglio, con una serie di regolamenti (cfr. Reg. 1965/19/CEE e 1971/2821/CEE), attribuì alla Commissione il potere di individuare attraverso atti generali e astratti gruppi di intese aventi caratteristiche comuni in relazione alle quali le imprese erano sollevate dall'onere di notifica, a condizione che l'accordo fosse privo delle clausole espressamente vietate dal regolamento di esenzione.

¹⁰¹ Sul tema, A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., 156, osserva che le prime generazioni di esenzioni per categoria presentavano una descrizione minuziosa degli accordi sottratti ai divieti *antitrust* e un'elencazione delle clausole esentate, mentre i regolamenti più recenti contengono l'indicazione delle clausole che ostano all'esenzione, secondo il principio “*tutto ciò che non è espressamente vietato è permesso*”.

¹⁰² M. RAMAJOLI, voce *Concorrenza (tutela della)*, cit.

¹⁰³ In epoca pandemica si segnala un “ritorno” delle *comfort letter* della Commissione. Lo strumento delle *comfort letters* è stato da ultimo impiegato nella fase pandemica a tutela del legittimo affidamento degli operatori economici, al fine di rassicurare le imprese con riguardo alla cooperazione tra imprese durante la crisi sanitaria determinata dalla pandemia di Covid-19 e quindi a tutela del legittimo affidamento degli operatori economici. La Rete Europea della Concorrenza (*European Competition Network*, “ENC”) ha emanato un comunicato in cui

In terzo ed ultimo luogo, l'ampia formulazione del divieto di intese anticoncorrenziali permise di ridurre lo spazio applicativo dell'art. 101, § 3, TFUE attraverso una lettura restrittiva del § 1 in virtù della quale l'accertamento degli effetti *pro*-concorrenziali veniva assorbito nella valutazione sulla sussistenza o meno dell'illecito *antitrust* e non nella verifica "a valle" delle condizioni di esenzione¹⁰⁴.

A seguito del Reg. 2003/1/CE quest'operazione esegetica non è più necessaria, dal momento che la modernizzazione ha portato ad un sistema decentrato (o delocalizzato) di applicazione parallela delle norme europee a tutela della concorrenza, che viene affidata anche alle autorità garanti degli Stati membri (ANC)¹⁰⁵.

L'art. 3 del citato Regolamento attribuisce, infatti, alle autorità nazionali di concorrenza la competenza di applicare, ove conoscano

dichiara che le misure di cooperazione tra imprese, se temporanee e necessarie per evitare una carenza di approvvigionamento, adottate al fine di assicurare la produzione e la distribuzione dei prodotti rispetto ai quali l'emergenza ha provocato un aumento della domanda, saranno tendenzialmente considerate conformi alle norme in materia di concorrenza. In tale contesto, la Commissione nella Comunicazione *Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak* (C(2020) 3200 def. del 8 aprile 2020), si è resa disponibile a fornire alle imprese, in via temporanea ed eccezionale, assicurazioni di conformità (le c.d. *comfort letter*) per supportarle nella tempestiva valutazione *antitrust* dei loro progetti di cooperazione.

¹⁰⁴ Cfr. P. MANZINI, *Le intese*, in B. CORTESE, F. FERRARO, P. MANZINI, *Il diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2014, 40.

¹⁰⁵ Considerando 8 Reg. 2003/1/CE. In relazione al principio di applicazione parallela della disciplina nazionale e di quella europea in materia di tutela *antitrust*, la C. giust., 3 aprile 2019, C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. c. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, ha precisato che "il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 50 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un'autorità nazionale garante della concorrenza infligga ad un'impresa, nell'ambito della stessa decisione, un'ammenda per violazione del diritto nazionale della concorrenza e un'ammenda per violazione dell'art. 82 Ce. In una situazione del genere l'autorità nazionale garante della concorrenza deve tuttavia assicurarsi che le ammende considerate congiuntamente siano proporzionate alla natura dell'infrazione". In chiave critica A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., 34, ritiene che il vero significato dell'art. 3 Reg. 2001/3/CE risieda nel "rafforzamento dello spirito di collaborazione", che rappresenta il *fil rouge* del regolamento (il quale, appunto, dedica il capitolo IV alla cooperazione tra le autorità preposte alla tutela della concorrenza), dato che "se un'intesa è vietata da una disposizione del diritto nazionale, non si vede che cosa aggiunga, dal punto di vista sostanziale, la menzione dell'art. 101" (già art. 81 TCE), anche in considerazione che l'art. 3 non prevede alcuna sanzione per il caso in cui un'autorità nazionale non applichi la normativa europea.

fattispecie di rilievo europeo, anche le norme del Trattato, ivi compreso l'art. 101, § 3, TFUE.

Per la prima volta, quindi, le ANC hanno il potere di dichiarare l'esenzione di un accordo altrimenti vietato¹⁰⁶, sicché l'impresa interessata può provare le condizioni di esenzione previste dal Trattato anche dinanzi alle autorità nazionali precedenti, le quali, questa volta con un provvedimento ad effetti dichiarativi, possono accertare i requisiti di esenzione e riconoscere *ex post* l'esistenza di una situazione meritevole di protezione.

L'obiettivo del Reg. 2003/1/CE è quello di realizzare una migliore (più rigorosa) attuazione del diritto *antitrust* UE, lasciando che l'istruzione dei procedimenti condotti ai sensi del Trattato sia condotta dall'autorità *antitrust* dello Stato membro più vicino all'infrazione e, quindi meglio "situato" per acquisire gli elementi necessari all'adozione di misure repressive¹⁰⁷.

3. La tutela della concorrenza nella Costituzione: l'«utilità sociale» ridefinisce i confini della «libertà di impresa»

La tutela della concorrenza è stata espressamente menzionata nel testo della Costituzione soltanto con la riforma del titolo V, parte seconda,

¹⁰⁶ In tal senso, C. giust., 18 settembre 2001, T-112/99, *M6 c. Commissione*, §§ 74-77.

¹⁰⁷ La scelta dell'autorità *antitrust* procedente viene condotta sulla scorta di un confronto informale, inteso a individuare il soggetto più idoneo a condurre l'istruzione; in questo senso, cfr. AGCM, in *Relazione annuale*, 31 marzo 2020, 15. Nella Comunicazione della Commissione pubblica in occasione dei Dieci anni di applicazione delle norme *antitrust* ai sensi del Reg. 2003/1/UE (COM (2014) 453 def. del 9 luglio 2014) si dà atto che tra il 1 maggio 2004 e il 31 dicembre 2013 l'applicazione delle norme UE in materia di concorrenza è aumentata con 122 casi oggetto di indagine da parte della Commissione e 665 da parte delle ANC. F. GHEZZI, B. MARCHETTI, *La proposta di direttiva in materia di Rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienze e garanzie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1017, osservano che per effetto della istituzione della Rete e della nuova geografia dell'*enforcement* da essa prodotta, dal 2014 al 2017 l'85% delle decisioni ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE si deve all'opera delle ANC e il numero delle decisioni assunte complessivamente ai sensi del diritto *antitrust* UE è aumentato esponenzialmente (mentre nel periodo 2005-2016 la Commissione ha avviato un numero di istruttorie variabili tra le 10 e le 20 ogni anno, nel medesimo periodo le ANC hanno avviato circa 1700 casi, ossia in media 141,6 casi all'anno).

operata dalla L. cost. n. 3/2001, che ha modificato l'art. 117, c. 2, let. e) Cost., ascrivendo la materia concorrenziale alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Prima di tale modifica, le uniche disposizioni attinenti alla concorrenza erano previste in seno al Codice civile (artt. 2595-2601 c.c.), frutto di un approccio squisitamente privatistico a difesa della libertà d'impresa¹⁰⁸.

Alla luce di tale assetto, l'opinione prevalente riteneva che il mercato fosse costituzionalmente irrilevante, essendo “*consegnato dalla disciplina del Codice civile, a un regime, normativamente inferiore, che non tocca la concezione organica dell'economia nazionale*”¹⁰⁹.

La tutela civilistica non garantiva soluzioni sempre sufficienti ad assicurare il buon funzionamento del mercato; come segnalato dalla dottrina più attenta, infatti, ci potrebbero essere “*pratiche commerciali lesive di interessi generali, ma che non danneggiano i concorrenti e perciò non ne suscitano la reazione; vi sono pratiche che recano ai consumatori un danno assai più grande che ai concorrenti, così da richiedere rimedi più energici; e vi sono circostanze nelle quali, per varie ragioni, non si può contare sulla reazione dei concorrenti danneggiati*”¹¹⁰.

L'apprezzamento della concorrenza come strumento per il raggiungimento di finalità di interesse generale fu sollecitato dalla Corte costituzionale, che a tal fine rimarcò la duplice finalità della libertà di concorrenza, posta a difesa della libertà di iniziativa economica privata e a “*protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di*

¹⁰⁸ La normativa del Codice civile, in base al quale il patto limitativo della concorrenza è valido, se di durata inferiore ai cinque anni e se circoscritto ad una determinata zona o attività (art. 2596 c.c.), e le sanzioni degli atti di concorrenza sleale rappresentano uno strumento del singolo imprenditore contro la scorrettezza professionale del concorrente (art. 2599 c.c.). Detta normativa era lontana dalla tutela di un interesse generale, mirando a soddisfare l'interesse dell'imprenditore, come quello a non vedersi privato per troppo tempo della propria libertà di impresa.

¹⁰⁹ Sul tema, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 96.

¹¹⁰ Così P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 233.

*imprenditori, in concorrenza tra loro giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi*¹¹¹.

In questo panorama l'ancoraggio costituzionale della tutela della concorrenza venne comunemente individuato nell'art. 41 Cost., sebbene vi fossero opinioni discordanti su quale fosse il comma da prendere a riferimento.

Un primo orientamento, sul presupposto che la libertà di concorrenza dovesse essere declinata in termini di dovere (dei privati) di rispettare l'iniziativa economica altrui, riteneva che fosse il c. 1 l'aggancio costituzionale a cui riferire la tutela della concorrenza mentre secondo una diversa visione l'istituto su cui far leva per offrire una sponda costituzionale alla materia concorrenziale doveva essere individuato nell'utilità sociale di cui al c. 2¹¹².

La tesi da ultimo menzionata era basata su un'interpretazione evolutiva del concetto di utilità sociale, ritenuto un istituito

¹¹¹ Cfr. C. cost., 2 dicembre 1982, n. 223, che nel valutare la legittimità dell'art. 2596 c.c. mette in luce il problema dell'"*idoneità della disciplina vigente nell'ordinamento giuridico italiano ad assicurare la effettiva tutela del mercato, oggettivamente considerato, sotto il profilo concorrenziale e a soddisfare così le esigenze della moderna vita economica*", dichiarando, tuttavia, che "*l'auspicata regolamentazione [...] esula dai poteri di questa Corte e costituisce compito esclusivo del legislatore*". Uguale monito si ritrova nella C. cost., 15 maggio 1990, n. 241, che interviene in materia di diritto d'autore, prendendo in esame la norma che attribuiva alla Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE) la gestione esclusiva dei diritti di utilizzazione economica delle opere protette; in tale occasione la Corte esclude la possibilità di applicare l'art. 102 TFUE e rinnovò l'auspicio che il legislatore nazionale introducesse una normativa antitrust, la cui mancanza ostacolava il programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall'art. 3, c. 2, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie.

¹¹² I costituenti hanno scelto di garantire la libertà di impresa, ma predisponendo al contempo un ventaglio molto ampio di poteri pubblici capaci di incidere su quella libertà. M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni cost.*, 2019, 2, 322, coglie in questa scelta "*il grano di saggezza che i Costituenti hanno infuso nell'art. 41 Cost.*". L'art. 41 Cost., presenta, dunque, due "poli", che consistono nella libertà d'impresa e nell'obbligo del potere pubblico di promuoverla, assecondarla o limitarla in vista di interessi costituzionalmente rilevanti. Sul tema, cfr. altresì, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 35 ss.; Id., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1960, 15 ss.; ID., *Disciplina delle società per azioni e legge antimonopolistica* (1955), ora in ID., *Problemi giuridici*, Milano, vol. II, 1959, 879 ss.

ideologicamente neutro e come tale suscettibile di assumere portata diversa a seconda delle “*lenti culturali*” con cui viene letto¹¹³.

In questa situazione, l'utilità sociale, nella sua accezione di benessere collettivo, iniziò ad essere considerata una delle finalità dello strumento concorrenziale e al modello di Stato gestore subentrò un sistema basato su uno Stato regolatore, garante della correttezza delle relazioni economiche.

La riconduzione della concorrenza all'art. 41 Cost. ha trovato conferma nell'art. 1 della Legge 10 ottobre 1990 n. 287 (d'ora in avanti, legge *antitrust* o L. n. 287/1990), in cui si afferma espressamente che le disposizioni *ivi* contenute costituiscono attuazione della norma costituzionale sopra citata¹¹⁴.

¹¹³ M. LIBERTINI, *La Costituzione economica. Libertà d'impresa ed economia sociale di mercato*, cit., 11. Si pensi alla fase storica tra il 1948 e il 1990, in cui l'art. 41, c. 2, Cost. legittimò in nome dell'utilità sociale un “governo pubblico dell'economia”, in cui l'Italia, ritenendo l'adesione alla CEE non idonea ad incidere sulla Costituzione economia nazionale (considerandosi la sola “democraticamente legittimata”), si riservava ampi spazi di intervento per l'attuazione di politiche sociali. Sul tema, cfr. M. LIBERTINI, *La Costituzione economica. Libertà d'impresa ed economia sociale di mercato*, cit., 16. Quest'atteggiamento si riscontra in C. cost., 22 gennaio 1957, n. 29, secondo cui gli “*inconvenienti collegati al regime di libera concorrenza*” giustificano il divieto di vendita di medicinali a prezzo diverso da quello di etichetta; C. cost., 26 febbraio 1964, n. 21, e 22 giugno 1965, n. 60; C. cost., 22 gennaio 1996, n. 13, 20 maggio 1998, 3 aprile 1996, n. 97, secondo cui le barriere all'ingresso nel mercato fondate su ragioni di sicurezza pubblica e di igiene ambientale sono legittime ed in grado di prevalere sul principio di concorrenza. Da ultimo, C. cost., 4 febbraio 2003, n. 27, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale di una disciplina regionale che stabiliva limitazioni di orari, turni e ferie per le farmacie, ha ritenuto che la sua *ratio* fosse in linea con l'idea del contingentamento delle farmacie e che “*l'accentuazione di una forma di concorrenza tra le farmacie basata sul prolungamento degli orari di chiusura potrebbe contribuire alla scomparsa degli esercizi minori e così alterare quella che viene comunemente chiamata la rete degli esercizi minori*”.

¹¹⁴ Il legislatore individua il fondamento costituzionale della legge *antitrust* attraverso un inciso che rinvia all'art. 41 Cost.; sulla tecnica utilizzata A. FRIGNANI, *Art. 1. Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano: commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Bologna, 1993, I, 96 ss., osservano che “*fa pensare quasi ad un obiter dictum legislativo*”, il quale “*o è inutile perché implicito nell'esistenza stessa della norma, oppure è talmente importante che meglio sarebbe stato collocarlo come «premessa» o come norma programmatica solenne a tutta la legge*”. Secondo l'A., “*il rango costituzionale dell'interesse era già insito nell'art. 41 Cost. (e nel caso contrario una legge ordinaria non sarebbe stata in grado di compiere il...miracolo!), anche se la prudenza (o, secondo altri, la timidezza) dei giudici non ne aveva tratto le necessarie conseguenze invitando il legislatore a definirne contenuti e condizioni*”. Sulla possibilità di ricondurre la tutela della concorrenza all'utilità sociale ex art. 41 Cost., cfr. G. IUDICA, *L'economia di mercato tra Costituzione italiana e Costituzione europea*, in G. IUDICA, G. ALPA, (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2007.

Da un punto di vista sistematico il citato art. 1 è stato elevato a disposizione di principio, da cui ricavare un’*“indicazione preferenziale circa l’interpretazione dell’art. 41 Cost.”*¹¹⁵, che viene letto in una logica nuova (anche) di tutela oggettivo-funzionale della concorrenza¹¹⁶.

Nella legge *antitrust*, infatti, la concorrenza viene elevata a bene giuridico generale, che abbraccia l’intero sistema economico, segnando così un ribaltamento di prospettiva rispetto al previgente regime codicistico.

In forza di tali mutamenti la concorrenza ha assunto due distinte declinazioni, l’una in senso soggettivo come spazio di libertà individuale, l’altra in senso oggettivo come modello di funzionamento complessivo dei processi economici¹¹⁷. La prima consiste nella “libertà di impresa (o di concorrenza)” di ciascuno operatore economico e si colloca nell’art. 41, c. 1, Cost. mentre la seconda è costituita dalla “libertà della concorrenza” e rientra nell’art. 41, c. 2, Cost. (potendo della prima costituire un limite).

Con la modifica dell’art. 117 Cost. la tutela della concorrenza è poi divenuta espressamente un interesse pubblico di rango costituzionale, assumendo rilevanza non solo in tema di riparto della potestà legislativa, ma anche nell’ottica delle funzioni amministrative. Come osserva autorevole dottrina, infatti, *“la costituzionalizzazione della tutela della concorrenza consente l’emergere con maggiore nettezza rispetto all’entrata in vigore della legge n. 287/1990 di una funzione amministrativa antitrust, ossia l’assunzione dell’interesse generale a un mercato concorrenziale da parte di una specifica organizzazione amministrativa”*¹¹⁸.

¹¹⁵ M. LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in AA.VV., *Concorrenza e Autorità Antitrust. Un bilancio a 10 anni dalla legge. Atti del Convegno di Roma 9-10 Ottobre 2000*, Roma, 71.

¹¹⁶ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2019, 17.

¹¹⁷ Sulla duplice valenza dei principi costituzionali in materia di economia cfr. Cfr. M. LIBERTINI, *La Costituzione economica. Libertà d’impresa ed economia sociale di mercato*, cit., 31.

¹¹⁸ M. RAMAJOLI, voce *Concorrenza (tutela della)*, cit., seguendo l’impostazione di M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, 1957, n. 1, 11 ss., spec. 13,

A seguito della novella costituzionale del 2001, si è assistito ad una assimilazione tra il concetto di concorrenza sviluppatosi nell'ordinamento euro-unitario e quello fatto proprio dal nostro diritto interno, secondo un processo di integrazione (invero, reciproca)¹¹⁹ basato sulla circolazione dei modelli. Non bisogna dimenticare, infatti, che, con la modifica dell'art. 117 il nostro legislatore si è impegnato a rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento UE e sul piano della legislazione ordinaria, introducendo un ulteriore comma all'art. 1 L. n. 287/1990, i principi europei sono stati elevati a criterio ermeneutico delle disposizioni *antitrust* nazionali.

Il risultato di questa integrazione è dimostrato peraltro dal fatto che l'AGCM nell'interpretazione ed applicazione della normativa interna è solita riservare un ruolo di primo piano al bagaglio culturale *antitrust* costruito dalla Commissione e dalla giurisprudenza UE.

Anche la Corte costituzionale ha fatto riferimento all'accezione dinamica di concorrenza, ben nota al diritto UE, al momento di definire l'ambito materiale dell'art. 117, c. 1, let. e) Cost.; così facendo, la giurisprudenza costituzionale ha ampliato la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia non solo di tutela della concorrenza, ma anche di promozione della stessa, ritenendo che il sistema *antitrust* si componga anche degli interventi legislativi con cui i vincoli all'iniziativa

secondo cui nel nostro ordinamento al riconoscimento costituzionale e legislativo di un interesse pubblico corrisponde sul piano organizzativo l'istituzione di un apparato amministrativo deputato a tutelare in concreto tale interesse. Cfr. altresì F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, 6 ss., spec. 13, Benvenuti F., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, 6 e ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, 3467-3484; M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. AMATO e A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, 801 ss., 817-819.

¹¹⁹ E. MOSTACCI, O. POLLICINO, *Il diritto pubblico dell'economia nella prospettiva dell'integrazione europea*, cit., 136, ravvisa un "circuito biunivoco di alimentazione tra il livello interno e quello comunitario". Come rilevato da G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, cit., 599, l'identità costituzionale europea si è "gradualmente forgiata sulla base di un ricco materiale giuridico, culturale e politico, proveniente sia dai Trattati che dalle tradizioni costituzionali degli Stati, dando luogo a interazioni, a contaminazioni, a condizionamenti reciproci, che si sono svolti in contesti diversi e che, in numerose occasioni, hanno visto giocare un ruolo importante da parte dei diversi organismi giurisdizionali che compongono il costituzionalismo multilivello europeo".

economica individuale vengono posti al fine di creare “*mercati più vigorosamente competitivi*”¹²⁰ in grado di produrre efficienza ed innovazione¹²¹.

A questo riguardo va rammentato che il diritto *antitrust* opera a tutela della concorrenza e “*non (de)i concorrenti*”, per cui non garantisce il pluralismo economico né giustifica l’esclusiva difesa delle imprese “deboli” nei confronti di quelle “forti”, divenute tali grazie alla superiore efficienza dei propri processi produttivi¹²².

Sul punto, offre significative indicazioni la sentenza della Corte costituzionale n. 105/2016 in materia di distribuzione di carburante.

In tale occasione, la Corte ha respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti della L.R. Lombardia n. 34/2014 nella parte in cui prevedeva l’obbligo di garantire la presenza di più tipologie di carburanti (in particolare, rendeva obbligatoria la presenza del GPL) sia per i nuovi impianti che per quelli già esistenti ove fosse stato deciso di ristrutturarli o ammodernarli con l’aggiunta di nuovi prodotti.

¹²⁰ Cfr. G. AMATO, *Corte Costituzionale e Concorrenza*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, 3, specc. 427 e 432.

¹²¹ Cfr. C. cost., n. 14/2004 che concepisce la concorrenza non solo in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma “*anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali*”. La Corte in quest’occasione afferma che nel nostro ordinamento l’accezione dinamica della concorrenza costituisce “*una delle leve della politica economica statale*”, come dimostra “*proprio l’aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza, la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie e, appunto, la tutela della concorrenza*”. Nello stesso senso, le successive sentenze n. 272/2004; nn. 242 e 175/2005; n. 80/2006; n. 299/2012. Ne consegue che nel novero degli interventi legislativi a tutela della concorrenza vanno ascritte non solo le misure antitrust in senso stretto (aventi ad oggetto il controllo e la punizione dei comportamenti che alterano l’assetto concorrenziale dei mercati) ma anche quelle che si occupano della concorrenza “nel mercato” (c.d. di liberalizzazione in quanto volte ad eliminare le barriere all’ingresso e ridurre i vincoli all’esercizio delle attività economiche) e “per il mercato”(che riguardano le procedure ad evidenza pubblica). Sull’evoluzione della giurisprudenza in materia di concorrenza, cfr. O. POLLICINO, *L’economia nella Costituzione: modello originario e tendenze evolutive*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell’economia*, Milano, 2020, 74.

¹²² Sul tema, cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Milano, 2014, 60.

Ad avviso della Corte, l'obbligo per i nuovi distributori di garantire anche l'erogazione del GPL non configurava un'ingiustificata barriera all'ingresso ma una misura pensata al fine di migliorare l'efficienza degli impianti e, in ultima analisi, la qualità dei servizi offerti ai consumatori. La Corte costituzionale, infatti, ha ritenuto che l'introduzione di misure di salvaguardia ambientale non creasse ostacoli ingiustificati nei confronti di coloro che decidevano di entrare per la prima volta sul mercato, risultando da un lato proporzionate agli obiettivi perseguiti dall'altro prive di connotati discriminatori, andando ad incidere in maniera simmetrica sui vecchi e sui nuovi operatori.

Una parte della dottrina, però, osserva che non sempre la giurisprudenza costituzionale compie un'indagine puntuale sulla ragionevolezza delle misure legislative e sulla loro proporzionalità rispetto al fine perseguito, mostrando una certa propensione a considerare ostacoli alla concorrenza in quanto tali le limitazioni temporali alla libertà di stabilimento e le barriere all'ingresso nei mercati¹²³.

Spetta, in ogni caso, al legislatore, in forza del disposto di cui all'art. 41, c. 2, Cost., definire l'utilità sociale al cui perseguimento subordinare la libertà di impresa¹²⁴.

¹²³ L'atteggiamento mostrato dalla Corte costituzionale sembra sostanzialmente ignorare le teorie elaborate dalla dottrina *antitrust* in punto di efficienza economica. Cfr., a titolo esemplificativo, A. ARGENTATI, *Mercato e costituzione: il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, Torino, 2017, 141, e M. ZOTTA, I. GUADAGNO, R. IUSTO, *La concorrenza nell'ordinamento*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, 2021, Milano, 22. Ciò si può evincere, per esempio, da Corte costituzionale n. 18/2012, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della L.R. Sardegna 6/2011 nella parte in cui stabiliva che la cessione delle attività commerciali non poteva "essere effettuata [...] prima che siano decorsi tre anni dalla data di rilascio del titolo abilitativo all'esercizio dell'attività stessa", e da Corte costituzionale n. 178/2014 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della L.R. Umbria 13/2013 (Testo unico in materia di turismo) che assoggettava le guide turistiche che avessero conseguito l'abilitazione all'esercizio della professione presso altre regioni ed intendessero svolgere la propria attività in Umbria, all'accertamento, da parte della Provincia, della loro conoscenza del territorio e dei suoi beni culturali. A tale riguardo G. AMATO, *Corte costituzionale e Concorrenza*, cit., 431 sottolinea che "a parte la rinnovata assimilazione fra principi tra loro diversi – quello della liberalizzazione e quello della concorrenza – colpisce (...) la perentorietà, evidentemente dettata dalla certezza che qui non ci fosse alcuno spazio per valutazioni di ragionevolezza e proporzionalità".

¹²⁴ F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, 1.

In alcuni casi, l'utilità sociale coincide con l'incremento dell'efficienza del mercato, come nel caso della disciplina in materia di *franchising*¹²⁵; in altri, invece, il legislatore interviene a tutela di un interesse sociale costituzionalmente protetto e considerato di rango superiore alla tutela della concorrenza.

Prendendo ad esempio gli interventi posti in essere in periodi di crisi economica, emerge come la tutela della concorrenza venga talvolta considerata recessiva nel bilanciamento con altri interessi di rilievo costituzionale¹²⁶.

Si pensi, ad esempio, al D.L. n. 134/2008, conv. con mod. dalla L. n. 166/2008, che ha introdotto una deroga *ex lege* alla disciplina delle concentrazioni consentendo (attraverso una norma-provvedimento) l'acquisizione di AirOne da parte di Alitalia, con l'effetto di rendere quasi monopolistica la rotta interna Roma Fiumicino-Milano Linate¹²⁷.

Pronunciandosi sulla legittimità costituzionale di tale normativa, la Corte costituzionale n. 270/2010 ha riconosciuto la possibilità che la tutela della concorrenza sia eccezionalmente derogata da norme statali volte a tutelare interessi come la continuità della produzione e

¹²⁵ Il *franchising* è il contratto, oggi disciplinato dalla L. n. 129/2004, con il quale il *franchisor* (che può essere, ad esempio, un produttore, un distributore all'ingrosso o una società di servizi) concede ad un imprenditore indipendente (il *franchisee*) l'utilizzo di un marchio e di un *know-how* per l'acquisto e la vendita di determinati beni o servizi a fronte del pagamento di una *royalty* e dell'assunzione di altri obblighi. Il contratto di *franchising* – che sotto il profilo *antitrust* costituisce un'intesa verticale tra imprese operanti ad un diverso livello della catena di produzione o distribuzione – può infatti prevedere clausole che circoscrivono la libertà commerciale del *franchisee* in relazione a vari aspetti della sua attività (come il modello organizzativo, la collocazione del punto vendita e le scelte di assorbimento), ma il tratto distintivo di tali accordi risiede nel loro idoneità a garantire l'integrità e il valore della catena distributiva facente capo al *franchisor*, sicché la limitazione della concorrenza *intra-brand*, ossia tra distributori di prodotti con il medesimo marchio, rappresenta un veicolo di maggior concorrenza *inter-brand*, ossia fra distributori di prodotti sostituibili ma con marchio diverso.

¹²⁶ Cfr. M. LIBERTINI, *La Costituzione economica. Libertà d'impresa ed economia sociale di mercato*, cit., 34.

¹²⁷ Sulla vicenda, cfr. L. STECCHETTI, *Law cost: ripercussioni della legge 'salva Alitalia'*, in *Merc. conc. reg.*, 2008, 3, 513-526. G. AMATO, *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2014, 349, osserva che si sarebbe potuto applicare l'art. 25 L. n. 287/1990, a norma del quale il governo può fissare i criteri di giudizio che l'AGCM dovrà rispettare nella valutazione di concentrazioni di eccezionale interesse nazionale; all'opposto, "non si è voluto neppure rischiare un giudizio contrario dell'Autorità e ci si è spinti invece sino alla vera e propria *durchbrechung* della sua disciplina".

dell'occupazione¹²⁸, dato che “l’art. 41 Cost. consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all’assetto concorrenziale del mercato”.

Da ultimo, la stessa emergenza sanitaria legata alla pandemia da Covid-19 ha dimostrato come la tutela della concorrenza possa essere derogata quando sussiste la necessità di salvaguardare altri preminenti interessi¹²⁹.

Quanto esposto permette di tracciare una linea di continuità tra il modello di costituzione economica proprio dell’ordinamento europeo e quello recepito dal nostro ordinamento; in entrambi i sistemi, infatti, la tutela della concorrenza non è concepita come un principio “tirannico”, da perseguire a scapito di qualsivoglia altro interesse ma, facendo leva proprio su quelle ragioni di “utilità sociale” richiamate dall’art. 41, c. 2, Cost., come un valore bilanciabile con altri principi di pari rango tutte le volte in cui occorre rinsaldare il legame tra la costituzione economica e quella sociale¹³⁰.

¹²⁸ Nel caso di specie la deroga al principio di tutela della concorrenza è stata giustificata dalla necessità di fronteggiare “la gravissima crisi di un’impresa [...] che svolgeva un servizio pubblico essenziale del quale doveva essere garantita la continuità [...] peraltro in un settore particolare, notoriamente di importanza strategica per l’economia nazionale, meritevole di distinta considerazione, che esigeva di scongiurare distorsioni ed interruzioni suscettibili di ricadute sistemiche in ulteriori comparti. Il legislatore ordinario ha dunque inteso realizzare un intervento diretto a garantire la continuità ed a permettere la conservazione del rilevante valore dell’azienda (costituita da una pluralità di beni e rapporti, di varia natura), al fine di scongiurare, in tal modo, anche una grave crisi occupazionale”.

¹²⁹ Ciò si è verificato, *in primis*, con l’art. 171 D.L. n. 34/2020, conv. con L. n. 177/ 2020, che ha previsto una piena autorizzazione *ex lege* per le concentrazioni attuate nell’ambito della soluzione di crisi bancarie, e l’art. 75 D.L. 104/2020, conv. con L. n. 126/ 2020, che ha autorizzato *ex lege*, sia pure attribuendo all’Autorità il potere di disporre *remedies*, le concentrazioni che riguardano imprese ad alta intensità di manodopera o di interesse economico generale.

¹³⁰ M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, cit., 329.

4. **L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell’ambito della Rete europea della concorrenza**

Il Reg. 2003/1/CE ha prodotto un generale rafforzamento della tutela della concorrenza, non solo decentrando le funzioni *antitrust*, ma anche attraverso la creazione di una Rete europea della concorrenza (REC o ECN, acronimo di *European competition network*).

La REC, che si compone della Commissione e delle autorità nazionali preposte a tutela della concorrenza (ANC), è stata istituita allo scopo di favorire un’applicazione coerente ed efficace delle regole *antitrust* in tutto il territorio UE, da realizzare tramite i meccanismi di cooperazione e informazione reciproca previsti dal Reg. 2003/1/CE¹³¹.

Nell’assetto istituzionale stabilito dal Reg. 2003/1/CE la cooperazione e la circolazione delle informazioni rappresentano le strutture portanti della REC, che, in questo modo, è diventata la sede privilegiata “*di carattere multidimensionale per lo scambio di esperienze sull’applicazione delle norme sostanziali della concorrenza e sulla convergenza delle sanzioni e delle procedure*”¹³².

A tal fine, è stato previsto (art. 11 Reg. 2003/1/CE) che:

i) la Commissione debba trasmettere alle ANC copia dei principali (ma, su richiesta, anche degli altri) documenti raccolti ai fini dell’adozione dei provvedimenti *antitrust*;

ii) le ANC, qualora avviino un’indagine oppure decidano un procedimento ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, debbano informare la Commissione sulla linea di azione adottata;

iii) le ANC possano consultare la Commissione su qualsiasi caso che implichi l’applicazione del diritto UE;

¹³¹ Cfr. artt. 11 e ss. Reg. 2003/1/CE.

¹³² Cfr., la già citata Comunicazione della Commissione sui risultati e sulle prospettive future dell’applicazione delle norme *antitrust* ai sensi del Reg. 2003/1/CE (COM(2014) 453 def. del 9 luglio 2014), punto 7.

iv) l'avvio di un procedimento da parte della Commissione privi le autorità nazionali della competenza ad applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato (oggi artt. 101 e 102 TFUE)¹³³;

v) la Commissione e le ANC possano scambiarsi qualsiasi elementi di fatto o di diritto di cui siano venute a conoscenza, *ivi* comprese le informazioni riservate, che, tuttavia, possono essere utilizzate a fini di prova esclusivamente nei procedimenti che coinvolgono gli artt. 101 e 102 TFUE e a condizione che l'oggetto dell'indagine sia analogo a quello del procedimento da cui provengono;

vi) le ANC, quando si pronunciano su condotte vietate dal Trattato, non possano prendere decisioni contrastanti con quella eventualmente già adottata dalla Commissione (c.d. principio di non contraddizione).

Nel sistema così delineato, la Commissione è stata configurata come "custode" del Trattato nell'ambito della REC¹³⁴, tenuto conto che, data l'ampiezza (o indeterminatezza) dei divieti *antitrust*, l'applicazione del diritto UE da parte degli Stati membri potrebbe condurre a differenti risultati.

Recentemente, in tema di REC è intervenuta la Direttiva 2019/1/UE (c.d. ECN+, recepita in Italia con il D. Lgs. n. 185/2021) che prevede l'armonizzazione delle discipline nazionali riguardanti gli aspetti istituzionali e funzionali delle ANC, al fine di realizzare uno spazio unitario (*level playing field*), in cui sia assicurata la coerente ed uniforme applicazione delle norme *antitrust* di origine europea.

¹³³ Il considerando 17 Reg. 2003/1/CE prevede, però, che "se un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro si sta già occupando di un caso e la commissione intende avviare un procedimento, la commissione dovrebbe adoperarsi in tal senso il più presto possibile".

¹³⁴ P. IANNUCELLI, *Art. 11-16 Reg. n. 1/2003*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2019, 3225. In particolare, dal potere *sui generis* di avocazione riconosciuto in capo alla Commissione dall'art. 11, § 6, TFUE si evince che nel sistema di *public enforcement antitrust* i rapporti tra la Commissione e le ANC non sono paritari, essendo la Commissione *primus inter pares*.

Nell’ottica della Direttiva, il raggiungimento di tale risultato dipende da una serie di fattori, tra cui l’indipendenza delle ANC “*da qualsiasi intervento o pressione politica esterni che sia tale da comprometterne l’imparzialità nella valutazione delle questioni loro sottoposte*”¹³⁵, l’autonomia finanziaria e l’attribuzione di adeguati poteri di azione¹³⁶.

Gli obiettivi di armonizzazione individuati dalla Direttiva ECN+ non hanno intaccato, comunque, l’impianto pluralistico tracciato dall’art. 35 Reg. 2003/1/CE, in virtù del quale gli Stati membri sono liberi di optare per un determinato modello di *public enforcement* nella scelta dell’autorità cui affidare l’applicazione del diritto UE *antitrust*¹³⁷.

In linea generale ed astratta, infatti, sono configurabili una pluralità di modelli, ciascuno dei quali caratterizzato da specifici tratti distintivi.

Un primo modello si fonda sull’attribuzione delle funzioni di tutela della concorrenza ad una (variante monistica) o più (variante dualistica) strutture della pubblica amministrazione, competenti sia per la fase istruttoria che per quella decisoria.

L’unica differenza tra le due varianti è che nella versione dualistica tali funzioni sono attribuite a distinte strutture amministrative, mentre in quella monistica la fase istruttoria e decisoria si svolgono di fronte ad un’unica amministrazione (è quello che accade nel nostro ordinamento)¹³⁸.

¹³⁵ In tal senso l’art. 4 della Direttiva ECN+ dispone che gli Stati membri stabiliscano preventivamente le procedure, chiare e trasparenti, in base alle quali i membri dell’organo decisionale delle autorità amministrative nazionali sono selezionati, assunti o nominati, e prevedano in anticipo le condizioni richieste per lo svolgimento dei loro compiti nonché definiscano gli illeciti gravi per i quali possono essere sollevati dall’incarico.

¹³⁶ La Direttiva ECN+ impone agli Stati membri di provvedere affinché le autorità garanti abbiano le risorse necessarie per l’applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE (art. 5) e siano dotate dei poteri di effettuare accertamenti ispettivi a sorpresa (artt. 6 e 7), di richiedere informazioni alle imprese e di convocarle in audizione (artt. 8 e 9), di obbligarle mediante decisione a porre fine all’infrazione (art. 10), di ordinare l’imposizione di misure cautelari (art. 11) e, infine, di irrogare loro “*sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive*” (art. 13).

¹³⁷ Ai sensi dell’art. 35 Reg. 2003/1/CE la designazione è rimessa alla discrezionalità di ciascuno Stato membro, purché riconosca alla Commissione il potere, previsto dall’art. 11, § 6, del Regolamento, di privare l’ANC della competenza ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE. La pluralità di sistemi istituzionali di *public enforcement antitrust* nell’esperienza europea è messa in rilievo nel *Decision-Making Powers Report* redatto dalla REC nel 2012.

¹³⁸ Si tratta della linea incarnata dal d.d.l. Battaglia n. 1240/1988, che prevalse su quella del d.d.l. Rossi n. 1012/1988, in base al quale l’amministrazione era titolare di funzioni consultive,

Nel nostro ordinamento, però, il modello monistico presenta una peculiarità che è quella per cui la potestà decisoria è attribuita ad un organo *ad hoc* dell'(unica) amministrazione competente.

Un secondo modello, invece, si sostanzia nell'affidamento della funzione istruttoria ad una struttura amministrativa, dotata del potere di agire come pubblico ministero o come “segnalatore” dinanzi all'autorità giudiziaria, cui spetta l'esercizio del potere decisorio.

Il Reg. 2003/1/CE, infatti, consente agli Stati membri di conferire ad un'autorità giudiziaria la competenza ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE. In questi casi, è bene sottolineare che ai sensi dell'art. 30 della Direttiva ECN+ gli Stati membri sono tenuti a garantire che nei giudizi impugnatori avverso le decisioni *antitrust* l'ANC sia legittimata a partecipare in veste di pubblico ministero¹³⁹.

Prendendo ora in esame l'ordinamento italiano, l'art. 10 L. n. 287/1990 individua l'AGCM come autorità nazionale competente per la tutela della concorrenza, accogliendo un modello di amministrazione

conoscitive, ma priva di strumenti diretti di tutela, quali i poteri ingiuntivi, sanzionatori e reintegrativi, e la decisione sulla ricorrenza di un illecito *antitrust* era affidata ad una sezione specializzata della Corte d'Appello competente, spettando all'organo amministrativo il ruolo di promotore dell'azione giudiziaria (artt. 19 e 21 d.d.l. n. 1012/1988).

¹³⁹ Dei differenti modelli di enforcement europei prende atto l'art. 30 della Direttiva ECN+, il quale dispone che nei casi in cui “gli organi giurisdizionali nazionali agiscono nell'ambito di procedimenti avviati avverso le decisioni adottate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza [...] per l'applicazione dell'articolo 101 o 102 TFUE [...] gli Stati membri provvedono affinché l'autorità amministrativa nazionale garante della concorrenza sia legittimata a pieno titolo a partecipare, a seconda dei casi, in veste di pubblico ministero o parte convenuta a tali procedimenti, e godere degli stessi diritti di tali parti pubbliche nell'ambito del procedimento”. Sul punto la Direttiva recepisce la sentenza della C. giust. (Grande sezione), 7 dicembre 2010, C-439/08, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brooden Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewaterkers «VEBIC» VZW*, in merito alla disciplina belga, che conferisce l'attività istruttoria ad un ufficio inquirente (*Auditoraat*) e la competenza decisoria ad un consiglio per la concorrenza, quale giudice amministrativo. A tal riguardo la Corte di Giustizia ha affermato che le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali proposti contro le decisioni delle autorità antitrust non devono pregiudicare l'efficace applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE e, pertanto, non possono impedire all'autorità garante di partecipare, in qualità di parte convenuta, al giudizio di impugnazione contro il provvedimento da essa adottato. Difatti, al punto 58 della sentenza si sottolinea che l'effettiva ed efficace attuazione della tutela della concorrenza verrebbe pregiudicata se all'autorità antitrust fosse impedito di intervenire con il rischio che il giudice adito resti “prigioniero” delle sole argomentazioni avanzate dall'impresa o dalle imprese ricorrenti.

indipendente che “*opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*”¹⁴⁰.

Si tratta di un nuovo modello organizzativo fondato sulla (duplice) indipendenza dell’Autorità dal Parlamento e dal Governo, che restano al di fuori del circuito del potere di decisione attribuito alle autorità indipendenti¹⁴¹.

La scelta di non collocare l’AGCM nei gangli dell’apparato amministrativo, sottraendola così al principio di responsabilità ministeriale sancito dall’art. 95 Cost.¹⁴², si fonda su una serie di circostanze.

Innanzitutto, il “*nuovo modo di essere dei pubblici poteri*”¹⁴³ viene considerato il più idoneo a garantire in capo all’AGCM una piena libertà di autodeterminazione, presentandosi come “*il modello più puro, nel quale alla neutralità pressoché assoluta delle funzioni corrisponde*

¹⁴⁰ Si veda l’art. 10 L. n. 287/1990. La garanzia di indipendenza dell’AGCM assume consistenza diversa rispetto al requisito di imparzialità, proprio della generalità delle pubbliche amministrazioni, perché per soddisfare quest’ultimo non è necessaria l’indifferenza dell’amministrazione rispetto agli interessi coinvolti, ma è sufficiente che essa li contemperi, nell’ambito di una delicata operazione di bilanciamento al fine di conseguire lo scopo prefissato dalla legge; sul punto, cfr. A. D’URBANO, *Perché l’Agcm non può sollevare questione di costituzionalità. Il difetto di terzietà e l’insufficienza del contraddittorio «verticale»*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, 1, 110.

¹⁴¹ S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultranazionali*, in *Foro it.*, V, 1996, 8, sottolinea come l’introduzione delle autorità amministrative indipendenti abbia incrementato il fenomeno di “*frammentazione dei poteri*” tipica degli ordinamenti moderni. Si assiste infatti, alla rottura del sistema monolitico delle amministrazioni riconducibili ad uno Stato inteso come organizzazione unitaria e l’affermarsi di una “*amministrazione policentrica*”. In senso analogo, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell’economica*, Torino, 2001, 171.

¹⁴² Il modello di amministrazione di cui all’art. 95 Cost. rappresenta soltanto uno dei due modi “*naturali*” (in quanto definiti dalla Costituzione) di essere dell’amministrazione statale; accanto al modello di amministrazione come apparato “*servente*” del Governo, vi è quello che trova fondamento nell’art. 97 Cost., in cui l’amministrazione si presenta come apparato “*neutro*” di cura degli interessi della collettività. Si tratta delle “*due diverse anime dell’amministrazione*”, cfr. M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 162 ss., Nigro M., *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 162 ss., ora in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, II, 387-401; A. MASSERA, «*Autonomia*» e «*indipendenza*» nell’amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, III, 480.

¹⁴³ Così, R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1996, 115.

un'indipendenza quasi totale dal potere governativo e dal potere economico"¹⁴⁴.

Sotto questo profilo, l'indipendenza dell'AGCM permea non solo il momento genetico ma anche quello funzionale ed organizzativo¹⁴⁵, come dimostrato dalle modalità di nomina dei componenti dell'organo di vertice, dal regime delle incompatibilità, dalla durata settennale della carica, dall'autonomia contabile, amministrativa e di spesa, che non ammettono condizionamenti nello svolgimento dell'attività (ad es. ratifiche, autorizzazioni, pareri o conferme da parte di soggetti esterni)¹⁴⁶.

Sul piano organizzativo la scelta di configurare il nuovo soggetto istituzionale come un'autorità indipendente si lega al rilievo sociale e costituzionale della concorrenza, che si riteneva non potesse essere adeguatamente tutelata dai tradizionali poteri dello Stato¹⁴⁷.

¹⁴⁴ M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 78.

¹⁴⁵ L'art. 10, c. 2, L. n. 287/1990 definisce l'AGCM come operante "*in piena autonomia e indipendenza di giudizio e valutazione*". Essa è costituita da un organo collegiale composto dal Presidente (scelto tra personalità di notevole indipendenza che abbiano ricoperto incarichi di notevole rilievo istituzionale) e da due membri (scelti tra magistrati delle giurisdizioni superiori, professori ordinari di materie economiche o giuridiche o personalità provenienti da settori economici, dotate di alta e riconosciuta professionalità), nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica. Il c. 3 del citato articolo, inoltre, stabilisce la non rieleggibilità dei componenti l'Autorità, nonché le cause di esclusione e di incompatibilità (i membri dell'Autorità "*non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura*"), mentre i c. 6 e 7 prevedono che l'Autorità sia dotata di autonomia contabile e deliberi le norme concernenti la propria organizzazione e il proprio funzionamento, il trattamento giuridico-economico del personale e l'ordinamento delle carriere.

¹⁴⁶ Sulle forme di indipendenza che riguardano i due diversi momenti di vita delle autorità indipendenti e, in particolare, sulla bipartizione tra indipendenza organica e indipendenza funzionale, v. R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, cit., 139.

¹⁴⁷ Osserva F.S. MARINI, *La concorrenza tra i poteri dello Stato: l'Autorità tra tradizione e innovazione*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BAROCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2011, 293, che "*l'evoluzione della forma di Stato ha fatto emergere alcuni interessi pubblici qualificati – e la concorrenza tra questi – che, sul piano organizzativo, si ritiene possano essere adeguatamente soddisfatti, non attraverso i tradizionali poteri dello Stato, ma introducendo figure istituzionali ad hoc*". Si sofferma sul nesso tra assetto organizzativo e interessi da curare e/o fini da perseguire, C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in C. FRANCHINI, S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 77.

A questo proposito si consideri, per un verso, che la legge *antitrust* fu approvata in un contesto storico caratterizzato dalla massiccia presenza dello Stato in vasti settori dell'economia (il che poneva dubbi sull'imparzialità dell'esecutivo nell'adozione di misure di tutela *antitrust*)¹⁴⁸, per altro verso, che le fattispecie normative *antitrust* richiedono, per le implicazioni economiche che vi si connettono, parametri di riferimento estranei alla formazione culturale e all'esperienza professionale dei giudici.

Fu così che proprio l'esigenza di limitare l'area di influenza del potere politico e di quello giudiziario sull'esercizio dei poteri decisionali (di tipo ordinatorio e sanzionatorio) in materia di concorrenza fondarono la scelta di non adottare il diverso modello in cui l'amministrazione ha soltanto poteri di iniziativa processuale da esercitare dinanzi ad un giudice dotato della competenza decisoria¹⁴⁹.

Un altro argomento a sostegno della irriducibilità dell'AGCM agli apparati di ordinaria amministrazione riguardava il carattere tecnico della materia e l'esigenza di “*neutralizzazione*” del settore, che richiede di “*conformare la rinnovata azione pubblica di regolazione dell'assetto di settori 'sensibili' della vita economico-sociale a criteri diversi da quelli di ispirazione politico-partitica e secondo canoni corrispondenti ad un bisogno diffuso di tecnicismo e di specializzazione, a loro volta legati ad*

¹⁴⁸ F.S. MARINI, *La concorrenza tra i poteri dello Stato: l'Autorità tra tradizione e innovazione*, cit., 294: “*non ci si deve dimenticare che la concorrenza è l'espressione di un diritto di libertà e ne subisce lo storico paradosso: di essere un diritto riconosciuto dallo Stato e di trovare la sua principale minaccia proprio da parte dell'apparato pubblico*”.

¹⁴⁹ Come prevedeva il d.d.l. Rossi n. 1012/1988. Si trattò di una scelta di politica istituzionale perché, come osserva P. AQUILANTI, *Art. 10-11 l. n. 287/1990*, in F. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto italiano antitrust*, Bologna, I, 1993, 837, “*l'esistenza di una authority per la tutela della concorrenza non pregiudica, di per sé, l'assetto delle competenze istituzionali in tale settore: infatti essa può ben essere attributaria di funzioni consultive, conoscitive, istruttorie, normative senza con ciò disporre di strumenti diretti di tutela (ingiuntivi, sanzionatori, reintegratori)*”.

una puntuale valutazione degli interessi e delle situazioni presenti nei settori stessi”¹⁵⁰.

Infine, non si dimentichi che l’istituzione di un apparato amministrativo *ad hoc* consente di affidare all’AGCM anche una funzione di ausilio alle imprese nella specificazione del contenuto dei divieti *antitrust* e di supporto al Parlamento in relazione alle iniziative legislative da intraprendere¹⁵¹.

Si anticipa, infatti, che l’AGCM non esercita soltanto i tradizionali poteri inibitori e sanzionatori delle condotte illecite, ma può emettere pareri, segnalazioni, raccomandazioni, proposte riguardanti discipline legislative, regolamentari e regolatorie ritenute anticoncorrenziali.

Ciò che preme in conclusione ancora una volta sottolineare è che, comunque, sullo sfondo di quanto detto vi è sempre l’indeterminatezza della normativa *antitrust*, che conferisce all’AGCM uno spazio valutativo per riempire i concetti descrittivi dell’illecito “*mediante una seconda fase di contestualizzazione e dunque mediante una linea interpretativa che si sviluppa nel case law*”¹⁵² Sez. II. Strumenti di *public enforcement* e rafforzamento della tutela pubblica attraverso il *private enforcement antitrust*.

¹⁵⁰ Sull’esigenza di un’“indipendenza in funzione di garanzia”, cfr. A. MASSERA, «Autonomia» e «indipendenza» nell’amministrazione dello Stato, *cit.*, 480.

¹⁵¹ M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, *cit.*, 85-86.

¹⁵² F. CINTIOLI, *Le prospettive della tutela amministrativa della concorrenza in Italia*, *cit.*, 237. Il Consiglio di Stato sottolinea da tempo (cfr. le sentenze della Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 4, 358, con nota di A. LALLI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, e in *Foro it.*, III, 2002, 414, con nota di F. FRACCHIA, C. VIDETTA, *La tecnica come potere*; 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, III, 2005, 5/6-25/26, con nota di S. BASTIANON, *Dai buoni pasto ai «concetti giuridici indeterminati». Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell’autorità antitrust*) come le norme a tutela della concorrenza, avvalendosi di “concetti giuridici indeterminati”, debbano essere adeguatamente interpretate al fine di individuare gli elementi costitutivi dell’illecito contestato, sicché l’Autorità procede ad un accertamento dei fatti cui segue una fase di “contestualizzazione” di tali norme.

SEZ. II

STRUMENTI DI *PUBLIC ENFORCEMENT* E RAFFORZAMENTO DELLA TUTELA PUBBLICA ATTRAVERSO IL *PRIVATE ENFORCEMENT ANTITRUST*

5. L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: dal ruolo di “tutore” a quello di “promotore” della concorrenza e di tutela del consumatore

Per comprendere appieno quale sia la natura giuridica dell’attività di accertamento dell’illecito *antitrust*¹⁵³, occorre, prima di tutto, prendere in esame il complesso apparato di poteri di cui l’AGCM è stata dotata nel tempo.

A più di trent’anni dalla L. n. 287/1990, molteplici fattori hanno contribuito al superamento del modello originario di azione *antitrust*, basata su un intervento *ex post* volto a reprimere le condotte imprenditoriali pregiudizievoli per il buon funzionamento del mercato¹⁵⁴.

Oggi l’attività svolta dall’Autorità è multidirezionale, in quanto, accanto al tradizionale potere repressivo¹⁵⁵, il suo assetto funzionale si è arricchito di una serie di poteri di promozione della cultura della

¹⁵³ La questione, che verrà esaminata nel successivo paragrafo, riguarda le teorie sviluppate in merito al l’accertamento della violazione dei divieti di intese *antitrust* e di abuso di posizione dominante (c.d. funzione *antitrust* in senso stretto).

¹⁵⁴ La funzione dell’AGCM storicamente si caratterizza in termini negativi di censura degli atti lesivi della concorrenza, dato che, come osserva F.S. MARINI, *La concorrenza tra i poteri dello Stato: l’Autorità tra tradizione e innovazione*, cit., 288, la normativa *antitrust* nasce “*per disciplinare la fase patologica*”, piuttosto che per regolare o condizionare il mercato in modo da favorire l’introduzione di condizioni o misure che agevolassero la concorrenza. Sulla parabola che ha condotto l’AGCM da un’autorità a tutela della concorrenza a un’autorità a promozione della stessa, cfr. M. RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, 2, 221 e ss.

¹⁵⁵ Storicamente, la funzione dell’AGCM si caratterizza in termini negativi essendo tesa a censurare gli atti lesivi della concorrenza, dato che, come osserva F.S. MARINI, *La concorrenza tra i poteri dello Stato: l’Autorità tra tradizione e innovazione*, cit., 288, la normativa *antitrust* nasce “*per disciplinare la fase patologica*”, piuttosto che per regolare o condizionare il mercato in modo da favorire l’introduzione di condizioni o misure che agevolassero la concorrenza.

concorrenza¹⁵⁶, aventi come destinatari non solo i soggetti privati ma anche a quelli pubblici, considerato che in un sistema di *multilevel governance* l'ostacolo al dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali può verificarsi anche mediante l'esercizio del potere normativo-regolatorio e provvedimentale¹⁵⁷.

La fonte dei poteri dell'Autorità, inoltre, non si rinviene più unicamente nella sua legge istitutiva, perché nel corso degli anni singoli interventi normativi hanno esteso le competenze al contiguo settore della tutela del consumatore (in senso ampio, perché ci si riferisce anche alla tutela della parte debole nelle situazioni di squilibrio contrattuale, e non solo, tra imprese)¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Sul fatto che l'Autorità svolga compiti sia di "istituto di vigilanza" del corretto svolgersi del gioco concorrenziale sia di "promotore" dello stesso gioco, come conseguenza delle modifiche apportate all'originario d.d.l. n. 1012/1988, cfr. G. ROSSI, *Governo, magistratura e Autorità garante della concorrenza e del mercato: tre diverse filosofie dell'Antitrust*, cit., 165 e ss..

¹⁵⁷ Sul "complesso strumentario giuridico a disposizione dell'Autorità per combattere gli attentati alla concorrenza derivanti da atti dei pubblici poteri", M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Conc. e mercato*, 2018, 86. L'AGCM, Relazione annuale sull'attività svolta, 31 marzo 2020, 63, ricorda che ai sensi degli artt. 119 TFUE e dall'art. 117, c. 1, Cost. l'obiettivo dell'AGCM è anche rafforzare il diffondersi del principio della libera concorrenza.

¹⁵⁸ A. PERA, *Antitrust e tutela della parte debole*, in *Conc. merc.*, 2013, 1, 855 e ss. parla di "marcata amministrativizzazione del rapporto di scambio imposta dalla normativa". Per quanto concerne le nuove attribuzioni dell'AGCM si menzionano l'art. 11 L. n. 57/2001, che ha introdotto il c. 3bis dell'art. 9, L. n. 192/1998, in materia di abuso di dipendenza economica; il D. Lgs. n. 145/2007, che ha riguardato la tutela contro la pubblicità ingannevole; il D. Lgs. n. 146/2007, che con la modifica dell'art. 27 Cod. cons. ha attribuito all'Autorità alcuni poteri in materia di pratiche commerciali scorrette, la cui tutela con L. n. 27/2012 è stata estesa alle "microimprese"; l'art. 5 D. L. n. 1/2012, (conv. con mod. da L. n. 27/2012) che ha introdotto con l'art. 37bis Cod. cons. la tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori. A queste, poi, si aggiungono: *i*) l'art. 6 L. n. 215/2004, ha attribuito all'Autorità il compito di accertare eventuali situazioni di incompatibilità tra la carica di governo e gli altri incarichi del titolare della carica; *ii*) la L. n. 27/2012 ha conferito all'Autorità il compito di segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie per la promozione dell'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali e quello di procedere all'elaborazione e all'attribuzione, su istanza di parte, di un *rating* di legalità alle imprese; *iii*) l'art. 6 L. n. 161/2014 ha introdotto il c. 1bis dell'art. 30 D. Lgs. n. 59/2010, prevedendo l'intervento dell'Autorità anche rispetto alle violazioni del divieto di discriminazioni, basate sulla nazionalità o sul luogo di residenza, a danno del destinatario della prestazione; *iv*) l'art. 5 D. Lgs. n. 175/2016, ha previsto l'obbligo delle amministrazioni pubbliche di inviare all'Autorità l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione in una società, ai fini di un eventuale esercizio dei poteri di cui all'art. 21bis L. n. 287/1990.

Il procedimento attraverso il quale l'AGCM esercita il potere repressivo a tutela della concorrenza e dei consumatori presenta connotati quasi-giurisdizionali (o contenziosi)¹⁵⁹, dal momento che l'Autorità accerta e qualifica le circostanze fattuali del caso concreto alla luce delle fattispecie previste dal legislatore, al pari del giudice che ai fini della formazione del suo convincimento sussume il fatto sotto la norma¹⁶⁰.

In tutti questi casi, la normativa prevede un contraddittorio procedimentale “potenziato” (rispetto a quello previsto dalla L. n. 241/1990) in grado di fare da “contrappeso” ai rilevanti ed incisivi poteri devoluti all'Autorità¹⁶¹.

Il contraddittorio risulta attuato con una pienezza in parte assimilabile a quella perseguita nei processi davanti alle autorità giurisdizionali, come dimostra l'attenzione per l'oralità, che è considerata “*più prossima alle teorie chiovendiane sul processo che alle note modalità di intervento degli interessati in contesti amministrativi tradizionali*”¹⁶².

¹⁵⁹ Cfr. S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in C. FRANCHINI, S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 217 e ss.; l'A. si sofferma sull'influenza del modello americano, salvo precisare che l'istituto trapiantato nel nostro ordinamento non ha conservato tutti i tratti che aveva nel contesto originario, essendo stato adattato al nuovo contesto (in generale, sul tema dei flussi giuridici, v. M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001).

¹⁶⁰ Si tratta del procedimento di formazione del convincimento giudiziale in ordine alla soluzione della controversia. La sussunzione del fatto sotto la norma consiste nella comparazione tra la fattispecie legale astratta (che rappresenta il fatto presupposto dalla norma, al ricorrere del quale l'ordinamento prevede la produzione di determinate conseguenze) e la fattispecie concreta, ossia l'insieme dei fatti semplici dedotti in giudizio. Laddove emerga la sovrapposibilità tra i termini del sillogismo, il giudice riconosce l'attitudine dei fatti semplici a produrre l'effetto giuridico previsto dall'ordinamento. In quest'ultima fase, secondo la ricostruzione di P. CALAMANDREI, *La genesi della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, I, 42, si aggiunge l'elemento imperativo, che diversifica la conclusione del giudice da quella degli altri cittadini, attribuendole il suggello pubblico di “sentenza”.

¹⁶¹ F. CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, in *Federalismi.it*, 2019, 12, 16. La normativa sulle procedure istruttorie di competenza dell'AGCM è prevista dal d.P.R. n. 217/1998 in materia di concorrenza e dalla delibera dell'AGCM n. 25411/2015 in materia di tutela del consumatore. Per un approfondimento sul procedimento dinanzi all'AGCM, v. C.B. CALINI, *Procedure antitrust in Italia*, Milano, 2018.

¹⁶² B. BUTTAZZI, *Il procedimento davanti all'autorità garante per la concorrenza e il mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 2, 590. *Contra*, F. CINTIOLI, *Diritti di difesa e determinatezza dell'illecito antitrust*, in *Diritto econ.*, 2021, 3, 34 (v. *infra*, nt. 165 del presente capitolo).

La disciplina in materia di procedure istruttorie, infatti, impone all'AGCM di comunicare l'avvio dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati, nonché ai soggetti che hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria¹⁶³, e riconosce alle parti il diritto di essere sentite oralmente durante la stessa e, nuovamente, dinanzi al collegio a seguito della contestazione delle risultanze istruttorie (CRI)¹⁶⁴.

A sua volta, la CRI può essere letta in un'ottica di implementazione del diritto di difesa, in quanto una volta cristallizzato nella contestazione l'illecito ed acquisite le difese, all'AGCM non è concesso di introdurre modifiche di tipo sostanziale nella sua decisione finale, che svelino una riduzione dei diritti di difesa¹⁶⁵.

Sotto un diverso profilo, la CRI rappresenta non solo lo snodo tra la fase istruttoria e quella decidente, ma soprattutto segna la separazione tra apparato burocratico e apparato decidente, che in un sistema monistico di

¹⁶³ V. art. 14 L. n. 287/1990 e art. 6 d.P.R. n. 217/1998, in confronto con l'art. 7 L. n. 241/1990, che, all'opposto, prevede dei casi in cui è possibile derogare alla comunicazione di avvio del procedimento. Si precisa che ai sensi degli artt. 6 e 7 del Regolamento la legittimazione a partecipare all'istruttoria è allargata, in quanto comprende anche coloro ai quali possa derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dalle operazioni o dai provvedimenti del procedimento. M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 3, 668, sottolinea la maggiore accentuazione dell'aspetto collaborativo della partecipazione nel procedimento *antitrust* rispetto al modello del procedimento amministrativo ordinario.

¹⁶⁴ Art. 14 d.P.R. n. 217/1998. F. CINTIOLI, *Diritti di difesa e determinatezza dell'illecito antitrust*, *cit.*, 34, ritiene che la scansione cronologica prevista dall'art. 14 d.P.R. n. 217/1998 lasci dubitare che l'audizione finale possa svolgere una funzione anche solo assimilabile a quella di un dibattito processuale. L'A. osserva che le memorie delle parti – che sovente sono un documento molto ampio e complesso, al pari della CRI – devono essere depositate solo pochi giorni prima dell'audizione finale, sicché si ha sovente la sensazione di un'obiettiva difficoltà per il Collegio ad averne piena cognizione in tempo utile per tale audizione. Spesso, poi, la CRI presenta molti elementi nuovi rispetto all'atto di avvio e talora anche spunti, affermazioni e deduzioni che non sono stati oggetto di precedente contraddittorio istruttorio e le difese sono costrette a raccogliere l'insieme degli elementi e dei dati che ne compongono l'ordito in tempi inevitabilmente brevi.

¹⁶⁵ Cfr. Cons. St., sez.VI, 20 maggio 2011, n. 3013; 1 marzo 2012, n. 1192. in dottrina, F. CINTIOLI, *Diritti di difesa e determinatezza dell'illecito antitrust*, *cit.*, 34. In chiave critica, però, M. MIDIRI, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in *www.dirittifondamentali.it*, 12 gennaio 2018, 17, ritiene che l'AGCM nella CRI dovrebbe indicare i criteri di quantificazione della sanzione, in modo tale da consentire alle parti di interloquire anche su detti criteri; le parti potranno così esercitare il diritto di difesa non soltanto in relazione all'*an*, ma anche al *quantum* sanzionatorio, nel corso del procedimento di fronte all'Autorità.

public enforcement consente di evitare “le possibili deviazioni inquisitorie che potrebbero derivare dalla coincidenza nel medesimo soggetto delle funzioni di accertamento e di quelle giudicanti”¹⁶⁶.

Da quanto detto sopra emerge che nei procedimenti *antitrust* l'intervento del privato assolve molteplici funzioni, non essendo limitato ad una collaborazione, volta a fornire un apporto conoscitivo all'amministrazione, né ad una generica rappresentanza di interessi, bensì assumendo la preminente funzione di difesa nei confronti dell'AGCM.

Per le ragioni anzidette e, specialmente, considerate le garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa, i procedimenti di accertamento di intese *antitrust* e di abuso di posizione dominante si collocano entro il modello di amministrazione contenziosa¹⁶⁷, preposta alla soluzione di conflitti di interessi¹⁶⁸.

Detta qualificazione da un lato impedisce di inquadrare l'AGCM nella tradizionale tripartizione dei poteri, dall'altro la rende espressione di un “quarto potere”¹⁶⁹, che consiste nella risoluzione in forma contenziosa

¹⁶⁶ G. MILITELLO, *Le sanzioni amministrative: l'approccio dell'Autorità Garante*, in A. TOFFOLETTO, L. TOFFOLETTI (a cura di), *Antitrust: le sanzioni*, Milano, 1996, 24; ai sensi dell'art. 14 d.P.R. n. 217/1998 la CRI è formulata dagli uffici istruttori in relazione agli elementi probatori acquisiti ed è autorizzata dal collegio, chiamato a pronunciarsi sulla sua non manifesta infondatezza.

¹⁶⁷ Il modello organizzativo delle amministrazioni contenziose si connota per lo spazio che le regole procedurali riservano al contraddittorio. A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in C. FRANCHINI, S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, 1996, 125, ricorda che prima dell'istituzione delle autorità amministrative indipendenti la manifestazione tipica di amministrazione contenziosa erano i ricorsi amministrativi e, in particolare, quello gerarchico, la cui crisi – culminata nella eliminazione del requisito della definitività del provvedimento quale presupposto per la tutela giurisdizionale da parte della l. n. 1034/1971 – ha contribuito all'affermazione del modello delle autorità amministrative indipendenti, in quanto capace di assicurare l'indipendenza nella funzione giustiziale dell'amministrazione.

¹⁶⁸ Sull'esistenza di strutture amministrative contenziose già M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953, e ID., voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 812, notava che talvolta l'amministrazione è chiamata a risolvere conflitti di interessi fra gli amministrati o fra l'autorità ed uno o più amministrati, attraverso decisioni adottate in forma contenziosa. Si tratta di atti amministrativi di accertamento che risolvono il conflitto accertando l'applicabilità della legge ad un caso concreto e determinando, talvolta, anche le modalità di applicazione della legge stessa; le caratteristiche para-giurisdizionali dell'attività in questione emergono sia sotto il profilo della struttura-funzione dell'atto (di accertamento) sia sotto il profilo della struttura del procedimento (contenziosità).

¹⁶⁹ In merito al riconoscimento di un quarto potere, né amministrativo né giurisdizionale, AMATO G., *Conclusioni*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali: atti del Convegno, Roma, 20-21 novembre 1995*, Roma, 1996, 10, osserva: “*cheks and balances*

del conflitto sorto (a seguito del controllo *antitrust*) tra la stessa Autorità e l'autore della violazione¹⁷⁰.

La bilateralità del conflitto incide sul tipo di contraddittorio, che si svolge in forma “verticale”, sostanziandosi nella contrapposizione dialettica tra il trasgressore e l'AGCM (al cui fianco si pongono i terzi intervenuti che si dolgono della condotta sospetta di essere anticoncorrenziale)¹⁷¹.

Come visto, il legislatore affida all'AGCM il controllo dell'assetto concorrenziale, ma non stabilisce in maniera precisa e puntuale i criteri direttivi da seguire nell'esercizio della funzione, facendo invece ricorso ad una serie di concetti giuridici indeterminati, a fronte dei quali l'Autorità non opera come mera esecutrice della legge.

In questi casi non vi è una predeterminazione legislativa del contenuto dei provvedimenti, che, però, producono effetti restrittivi e sfavorevoli nei confronti dei destinatari della funzione *antitrust*.

Le conseguenze negative del potere dell'AGCM comportano che, in forza del principio di legalità (artt. 1, 23, 42, 97 Cost.; art. 7 CEDU)¹⁷², il compito di assolvere alla funzione di garanzia dell'autore della violazione,

significa qualcosa di diverso della tripartizione che è un concetto storico, non è un concetto che abbia un valore razionale. Esso è infatti la fotografia di come due secoli fa si assestarono rapporti sociali e politici tra ceti, classi e anche istituzioni pubbliche diverse. Su quello noi abbiamo inchiodato la nozione di democrazia? oppure hanno ragione i francesi quando più rapidamente di altri si sono posti il problema che la democrazia rifrange il potere in modo più articolato di quanto due secoli fa si potesse immaginare?”

¹⁷⁰ Secondo la tripartizione di M. CLARICH, *L'attività delle autorità amministrative indipendenti in forme semicontenziose*, in C. FRANCHINI, S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole* 1996, 149 e ss. le autorità amministrative indipendenti possono essere chiamate a dirimere: i) conflitti bilaterali tra regolatore e regolato; ii) conflitti trilaterali che riguardano il rapporto tra il gestore di un servizio pubblico (o di un'attività regolata) e utente/cliente; iii) attività contenziosa in senso stretto, in cui l'autorità è arbitro di un conflitto tra soggetti privati posti su un piano di parità.

¹⁷¹ Il contraddittorio è essenzialmente bilaterale, perché contrappone l'AGCM all'impresa cui è contestato l'illecito, con una potenziale proiezione trilaterale dovuta all'intervento dei terzi, che, però, si pongono a fianco dell'Autorità nel procedimento. F. CINTIOLI, *Diritti di difesa e determinatezza dell'illecito antitrust*, cit., 23, osserva che questa configurazione dà al contraddittorio con l'impresa un'evidente centralità e una spiccata funzione difensiva alla partecipazione.

¹⁷² Il riferimento all'art. 7 CEDU è necessario data la qualificazione “penale” della sanzione *antitrust*, affermata da C. EDU, 27 settembre 2011, *Menarini diagnostic s.r.l. c. Italia*, C-43509/08, sulla base dei criteri stabiliti da C. EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, C-5100/1971.

ove non possa essere svolto dalla legalità sostanziale, si trasferisca alla legalità procedimentale, in grado di “compensare” l’opacità della legge sostanziale¹⁷³.

In altre parole, il potenziamento delle garanzie procedurali in seno al procedimento *antitrust* si ricollega al difetto di legittimazione democratica dell’AGCM¹⁷⁴; in assenza di un addentellato costituzionale su cui ancorare il riconoscimento di una legittimazione formale, astratta e preventiva da parte del circuito rappresentativo, l’Autorità trova il proprio fondamento nella “*democrazia procedimentale*”¹⁷⁵, ossia nelle garanzie del giusto procedimento intese non come forma di razionalizzazione delle decisioni ma come strumento dialettico attraverso il quale interloquire con i destinatari dei processi regolatori e decisionali svolti da quest’ultima¹⁷⁶.

Da qui, inoltre, l’enfaticizzazione del procedimento come sede naturale degli apprezzamenti tecnici suscettibili di integrare le proposizioni normative¹⁷⁷, nonché della partecipazione, che assicura la prevedibilità oggettiva dei possibili sviluppi provvedimenti¹⁷⁸.

¹⁷³ Cons. St., sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, con riferimento alla funzione di regolazione svolta da CONSOB. In dottrina, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., 225 (richiamando V.G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1878), sottolinea che l’impianto procedurale della funzione amministrativa diventa “*un’esigenza costituzionale sovrapposta alla stessa legalità dell’amministrazione*”. Anche M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 19, sottolinea l’esigenza di “*colmare il deficit di legalità sostanziale con garanzie procedurali rinforzate*”. Autorevole dottrina (cfr. M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, cit., 668; S. CASSESE, *Negoziare e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 42), infine, valorizza il procedimento *antitrust* in relazione all’incerta legittimazione dell’AGCM, quale amministrazione estranea al circuito democratico, prospettando una “*democrazia procedimentale*”.

¹⁷⁴ M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, cit., 668.

¹⁷⁵ S. CASSESE, *Negoziare e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 42.

¹⁷⁶ Secondo G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell’economia*, 2001, 224, invece, alla base della valorizzazione del procedimento, risiederebbe la crisi del rapporto tra legge e pubblica amministrazione, data dalla “*crescente incapacità della legge di risolvere in via preventiva generale e astratta i conflitti di interesse e di determinare l’assetto di frastagliati rapporti*”.

¹⁷⁷ M. ANTONIOLI, *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto antitrust*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 71.

¹⁷⁸ Cons. St., sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972.

A questo riguardo si precisa che la legalità procedimentale assume una valenza forte (o legittimante) non solo con riferimento alla genericità dell'individuazione normativa dei comportamenti sanzionabili, ma anche rispetto ai margini di apprezzamento insiti nella quantificazione della sanzione¹⁷⁹, dato che “*la determinazione dei criteri sanzionatori, così come la sussunzione del caso specifico nei criteri così prefissati, costituisce espressione di un potere ampiamente discrezionale dell'AGCM*”¹⁸⁰.

Il calcolo della sanzione, infatti, non segue un “*approccio puramente matematico e meccanicistico*”¹⁸¹, dovendo perseguire (anche) uno “scopo dissuasivo generale”, che consiste nel dissuadere gli altri operatori dall'assumere o dal continuare ad assumere comportamenti contrari alle regole concorrenziali¹⁸².

¹⁷⁹ P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economica*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, 777. Ai fini della quantificazione della sanzione antitrust l'AGCM tiene conto non solo dei criteri indicati dall'art. 15 L. n. 287/1990, dall'art. 11 L. n. 689/1981 (in forza del richiamo operato dall'art. 31 L. n. 287/1990) e dalle proprie Linee Guida, che recepiscono la giurisprudenza in materia al fine di accrescere la trasparenza del proprio processo decisionale (cfr. Delibera AGCM, 22 ottobre 2014, n. 25152, “*Linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione sulle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15 comma 1 della legge n. 287/1990*”), ma anche degli Orientamenti elaborati dalla Commissione per il calcolo delle sanzioni comminate ai sensi dell'art. 23, § 2, let. a), Reg. 2003/1/CE (2006/C 210/02 del 1 settembre 2006).

¹⁸⁰ R. GAROZZO, *Le decisioni di accertamento, la diffida e la politica sanzionatoria dell'AGCM*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 282; cfr., altresì, G. MILITELLO, *Le sanzioni amministrative: l'approccio dell'Autorità Garante*, cit., 21. La discrezionalità sanzionatoria dell'AGCM è affermata da Cons. St., sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9575, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2011, 1, 236, che precisa come tale potere sanzionatorio sia, però, assoggettato ai principi della ragionevolezza e della proporzionalità (sul punto, cfr., altresì, Cons. St., sez. VI, 6 marzo 2019, n. 1551), nonché al vincolo della coerenza con le prassi e gli orientamenti applicativi della Commissione.

¹⁸¹ Così, Cons. St., 23 giugno 2014, n. 3170. L'irrogazione della sanzione pecuniaria presuppone la valutazione della gravità della violazione contestata, secondo l'apprezzamento di una serie di elementi, tra i quali la natura dei comportamenti, il contesto nel quale sono stati attuati e l'importanza delle imprese che li hanno realizzati. Il giudizio sulla gravità, inoltre, rappresenta, insieme alla durata dell'infrazione, uno dei criteri di quantificazione della sanzione, come previsto dall'art. 15, c. 1bis, della legge antitrust (introdotto dal D. Lgs. n. 185/2021 in attuazione della Direttiva ECN+), che può ammontare “*fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o associazione di imprese nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida*”.

¹⁸² Cons. St., 4 settembre 2014, nn. 4506, 4513 precisa come le sanzioni irrogate dall'AGCM mirano non solo a sanzionare le imprese che hanno realizzato condotte illecite (scopo dissuasivo specifico), ma anche a realizzare un effetto deterrente per le altre imprese. Il carattere (anche) generale dell'interesse soddisfatto dalla sanzione antitrust è stato considerato, insieme

Inoltre, l'apparato sanzionatorio *antitrust* si connota per un "rilevantissimo effetto conformativo"¹⁸³, tanto che la sanzione *antitrust* "sembra caratterizzata da elementi finalistici (almeno in parte) diversi rispetto a quelli meramente afflittivi, spostandosi l'attenzione dal profilo esclusivamente soggettivo del comportamento, a quello oggettivo che riguarda gli effetti sul mercato, sulla concorrenza e sui consumatori"¹⁸⁴.

Infatti, ai sensi dell'art. 15 L. n. 287/1990 l'AGCM può imporre alle imprese misure dettagliate, sia comportamentali sia strutturali¹⁸⁵, dirette

all'elevato suo ammontare, da C. EDU, 27 settembre 2011, *Menarini diagnostic s.r.l. c. Italia*, C- 43509/08, che, sulla base dei criteri stabiliti da C. EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, C-5100/1971, ha collocato la sanzione *antitrust* entro i confini della nozione convenzionale di "pena". In tema di duplice scopo del potere sanzionatorio *antitrust*, cfr. R. GAROZZO, *Le decisioni di accertamento, la diffida e la politica sanzionatoria dell'AGCM*, cit., 273.

¹⁸³ F. CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, cit., 16.

¹⁸⁴ Cfr. P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economica*, cit., 769; secondo l'A. sul piano operativo ne segue che l'AGCM, nel determinare l'ammontare della sanzione, deve considerare non soltanto i profili dell'afflizione e della deterrenza, ma anche il pregiudizio oggettivamente recato al funzionamento del mercato, l'impatto economico della condotta, come anche il vantaggio ottenuto con l'infrazione. In quest'ottica, G. MILITELLO, *Le sanzioni amministrative: l'approccio dell'Autorità Garante*, cit., 25, rileva che la sanzione nel diritto della concorrenza assolve principalmente a una funzione deterrente più che afflittiva, cioè "volta piuttosto a perseguire la spontanea osservanza dei precetti normativi che non risultati di natura schiettamente punitiva". Sul tema, infine, si richiama quanto osservato da A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 632-633, in ordine al rapporto tra la disciplina delle sanzioni amministrative e la parte generale del diritto amministrativo; l'A. rileva come il dibattito sui modelli di *enforcement* rispetto alle autorità amministrative indipendenti testimonia un recupero sostanziale della prospettiva di F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, 155, che riconduce la sanzione amministrativa alla funzione amministrativa, svolgendo un ruolo strumentale di presidio degli interessi devoluti all'amministrazione.

¹⁸⁵ Un esempio di misura strutturale è quello dello scioglimento di una società comune. A questo riguardo R. GAROZZO, *Le decisioni di accertamento, la diffida e la politica sanzionatoria dell'AGCM*, cit., 290, sottolinea che le esigenze di efficacia dell'intervento repressivo e ripristinatorio dell'AGCM devono essere bilanciate con quelle di tutela dell'autonomia delle imprese destinatarie della diffida. L'A. sottolinea come l'orientamento giurisprudenziale in materia si conforma a quanto previsto dall'art. 7 Reg. 2003/1/CE, che attribuisce alla Commissione il potere di adottare una misura strutturale: *i*) nell'ipotesi in cui non esista un rimedio comportamentale parimenti efficace di quello strutturale; *ii*) quando la misura strutturale risulta meno onerosa per l'impresa, rispetto ad una misura esclusivamente comportamentale. Tuttavia, come osserva M. RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, cit., 224, la Direttiva 2019/1/UE (recepita con il D. Lgs. n. 185/2021) mostra un deciso *favor* verso i rimedi strutturali, che, pertanto, non avrebbero più il carattere eccezionale previsto dall'art. 7 Reg. 2003/1/CE.

ad eliminare nell'immediato futuro gli effetti delle intercorse infrazioni, rispettando i caratteri proporzionalistici¹⁸⁶.

A questo riguardo, una parte della dottrina sottolinea, però, che il rischio di misure penetranti è quello che l'AGCM giunga a modificare i caratteri di un dato mercato con prescrizioni di sostanziale portata regolatoria¹⁸⁷.

Profili di discrezionalità nella funzione *antitrust* si rintracciano anche nelle ipotesi di autorizzazioni in deroga al divieto generale di intese disciplinate dall'art. 4 L. n. 287/1990 (che nella sostanza riproduce l'art. 101, § 3, TFUE)¹⁸⁸, in cui un'intesa di per sé illecita viene temporaneamente assentita in considerazione della sua idoneità a perseguire finalità di natura pubblicistica espressamente contemplate dalla norma e che debbono essere adeguatamente evidenziate nel provvedimento¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Come precisato da Cons. St., 8 aprile 2014, n. 1673, in *Foro it.*, III, 2014, 616 e ss., con nota di V. ROMANO, *L'abuso di posizione dominante da fatto lecito*, la misura deve essere idonea rispetto all'obiettivo, necessaria (data l'assenza di altri mezzi idonei, ma tali da incidere in misura minore sulla condizione della singola impresa) e adeguata, cioè comportare una restrizione tollerabile degli interessi dell'impresa in una prospettiva di valutazione comparativa. Se non è possibile eliminare l'illecito, perché ormai esso si è verificato, la diffida ha la funzione, secondo il principio del c.d. effetto utile, di ottenere che nello specifico mercato inciso da un illecito antitrust siano ripristinate condizioni simili a quelle che vi si sarebbero potute riscontrare in assenza di infrazione (in questo senso, Cons. St., n. 1673/2014, *cit.*). Sul contenuto della diffida si sofferma anche F. CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, *cit.*, 16.

¹⁸⁷ Si parla di sostanziale regolamentazione, perché di regola l'AGCM non è regolatore né produttore di regole. Come osserva S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, nel volume dal medesimo titolo, a cura di G. TESAURO e M. D'ALBERTI, Bologna, 2000, 12 e ss., la disciplina della concorrenza – intesa come il rispetto delle pratiche concorrenziali imposto dalle norme ed applicato da un'autorità pubblica – non fa parte della regolazione, dal momento che quest'ultima (all'opposto delle funzioni di tutela della concorrenza) si concreta in forme di ingerenza che sono parte del mercato e contribuiscono conformarlo. Negli interventi di regolazione “*lo Stato diventa un attore del mercato. Stabilisce i presupposti del mercato e compie atti negoziali sostitutivi degli atti negoziali dei privati o impone ai privati di compiere atti negoziali che non vengono posti in essere sulla base dell'autonomia privata*”; così F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 47.

¹⁸⁸ La disciplina nazionale differisce da quella UE in relazione al procedimento di esenzione, dato che l'art. 4 L. n. 287/1990 prevede un sistema di notifica e di autorizzazione in deroga ad opera dell'AGCM, mentre il Reg. 2003/1/CE delinea un sistema di esenzione legale.

¹⁸⁹ Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1113, in *Foro amm.* CDS 2005, 3, 877.

In questi casi la determinazione dell'AGCM nasce dalla comparazione di interessi, pubblici e privati, in quando per rilasciare l'autorizzazione deve valutare nel complesso tutti gli effetti prodotti dall'intesa, come dimostra il parametro di giudizio indicato dal legislatore, che impone di apprezzare i miglioramenti nelle condizioni dell'offerta tenendo conto della necessità di assicurare agli operatori economici la necessaria concorrenzialità sul mercato di riferimento¹⁹⁰.

Ad un diritto *antitrust* proiettato verso una funzione ripristinatoria, che lascia in capo all'AGCM un autonomo potere valutativo e decisionale, contribuiscono altri istituti della disciplina a tutela della concorrenza, tutti caratterizzato per il fatto di contraddistinguere l'AGCM come soggetto *pro-active* e non un soggetto "*re-active*", come lo sono invece gli organi giurisdizionali¹⁹¹.

Il primo esempio riguarda le ipotesi in cui all'azione repressiva *antitrust* giovi significativamente la collaborazione di un'impresa, che contribuisca in maniera decisiva (specie in termini di prova) all'accertamento dell'illecito.

In questi casi, l'AGCM può concedere un beneficio sanzionatorio all'impresa cooperante, qualora ritenga che le dichiarazioni rese nell'ambito del "programma di clemenza" (*leniency program*) siano idonee a fondare la contestazione dell'illecito¹⁹².

¹⁹⁰ M. RAMAJOLI, voce *Concorrenza (tutela della)*, *cit.*, sottolinea che così facendo il legislatore sottende una "preoccupazione per la ridotta dimensione delle imprese italiane rispetto alle loro concorrenti europee".

¹⁹¹ Sulla dialettica tra organismi *pro-active* e *re-active*, cfr. S. CASSESE, L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 102 ss.; con riguardo specifico all'AGCM, quale soggetto *pro-active*, cfr. M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, *cit.*, 87.

¹⁹² L'art. 15bis L. n. 287/1990 rappresenta la base normativa nell'ordinamento italiano dei *leniency programs*. Il legislatore prevede che l'AGCM possa definire con provvedimento generale i casi in cui "*in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario*". L'AGCM ha adottato il primo programma di clemenza il 15 febbraio 2007, modificandolo, da ultimo, il 31 luglio 2013. La Commissione, invece, ha adottato per la prima volta un provvedimento di clemenza nel 1996 tramite la Comunicazione sulla non imposizione

Il punto che interessa sottolineare è che il legislatore, prevedendo la possibilità per gli autori delle violazioni *antitrust* di beneficiare di un programma di clemenza, laddove consentano all'AGCM di scoprire l'illecito, sancisce la prevalenza dell'interesse pubblico alla repressione degli illeciti più gravi rispetto a quello di comminare la sanzione¹⁹³.

Naturalmente, detta prevalenza dovrà essere accuratamente valutata dall'AGCM, sulla base del bilanciamento tra l'esigenza di supplire alle difficoltà istruttorie tipiche di condotte nel cui ambito è assente qualunque prova documentale e quella di non eccedere nell'utilizzo in via presuntiva

o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese (96/C 207/04 del 18 luglio 1996), poi aggiornata con la Comunicazione relativa all'immunità delle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese (2002/C 45/03 del 19 febbraio 2002). Più di recente, v. la Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11 dell'8 dicembre 2006, c.d. Comunicazione sulla *leniency*), modificata dalla Comunicazione 2015/C 256/01 del 5 agosto 2015. I trattamenti di favore attuati dalla Commissione coesistono con quelli vigenti nei singoli Stati membri, perché l'ordinamento europeo non prevede norme comuni in materia di clemenza e non esiste un sistema unificato e centralizzato di tali programmi (la REC nel 2006 ha adottato un *Model Leniency Programme* di ispirazione per i programmi nazionali, ma non ha natura vincolante). Le autorità nazionali garanti della concorrenza sono libere di adottare i propri programmi di trattamento favorevole e "ciascuno di tali programmi è autonomo non soltanto rispetto agli altri programmi nazionali, ma anche al programma di clemenza dell'Unione" (così, da ultimo, la C. giust., 20 gennaio 2016, C-428/14, *DHL c. AGCM*, § 57). Da ultimo, però, la Direttiva ECN+, recepita con D. Lgs. n. 185/2021, ha armonizzato taluni aspetti relativi alla struttura, ai requisiti, alle procedure ed alle modalità di presentazione delle domande di clemenza negli Stati membri, poiché "*tali differenze causano incertezza giuridica per le imprese responsabili dell'infrazione riguardo alle condizioni alle quali sono in grado di richiedere il trattamento favorevole e alla condizione di immunità ai sensi dei rispettivi programmi di trattamento favorevole*", (v. considerando 50 e ss., artt. 17-23 Direttiva 2019/1/UE).

¹⁹³ La già citata Comunicazione sulla *leniency* (2006/C 298/11), punto 4: "*il vantaggio che i consumatori e i cittadini traggono dalla certezza che le intese segrete siano scoperte e sanzionate è primario rispetto all'interesse di infliggere sanzioni pecuniarie alle imprese che consentono alla Commissione di scoprire e vietare pratiche di questo tipo*". In dottrina, A. POLICE, *I "nuovi" poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in F. CINTIOLI, G. OLIVIERI (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007, 102, sottolinea che già prima delle innovazioni legislative la collaborazione di un'impresa nell'accertare o rimuovere l'infrazione antitrust poteva rilevare nel caso concreto (quindi, ex post) come elemento per determinare in maniera ridotta l'ammontare della sanzione, ad esempio, "*sotto il profilo dell'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'infrazione*" ai sensi dell'art. 11 L. n. 689/1981 (così, Cons. St., 19 luglio 2002 n. 4001; 27 giugno 2005 n. 3408).

delle dichiarazioni rese dall'impresa denunciante nell'ambito del programma di clemenza¹⁹⁴.

Il secondo esempio, invece, consiste nella conclusione del procedimento *antitrust* con accettazione degli impegni proposti dalle imprese interessate, ove ritenuti idonei sotto il profilo tecnico ed effettuale ad elidere le criticità concorrenziali contestate dall'AGCM¹⁹⁵.

L'accettazione ha il solo effetto di rendere obbligatori tali impegni per l'impresa proponente, mentre sul piano del *public enforcement* consente all'AGCM di ottenere “*in modo efficace e repentino*”¹⁹⁶ un risultato ripristinatorio, con conseguenze positive in termini riallocazione delle risorse risparmiate grazie all'anticipata risoluzione del procedimento.

In questa sede lo strumento degli impegni rileva sotto un duplice aspetto, perché oltre a rappresentare un'amministrazione di “risultato”, in cui il ripristino delle condizioni di mercato avviene mediante uno schema d'azione bilaterale, consente all'AGCM di orientare il comportamento delle imprese, consapevoli che la rapida conclusione del procedimento dipende in buona parte dalla misura in cui sono disposte ad impegnarsi per ottenere l'approvazione dell'Autorità.

A questo proposito, infatti, giova evidenziare che l'AGCM gode di un'ampia discrezionalità nell'accogliere o respingere gli impegni¹⁹⁷, che si estrinseca sia nella valutazione della rilevanza del caso¹⁹⁸, sia nella valutazione dei contenuti specifici degli impegni.

¹⁹⁴ Cons. St., 24 ottobre 2014, nn. 5274-5278, secondo il quale le dichiarazioni del denunciante nell'ambito del programma di clemenza hanno un valore probatorio non trascurabile, sebbene non possano costituire di per sé una prova piena dell'esistenza dell'accordo collusivo.

¹⁹⁵ Art. 14 *ter* L. n. 287/1990, introdotto dall'art. 14 D. L. 223/2006, come modificato dalla relativa legge di conversione n. 248/2006. Nell'ordinamento UE il procedimento con impegni è disciplinato dall'art. 9 Reg. 2003/1/CE.

¹⁹⁶ P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economica*, cit., 792.

¹⁹⁷ Cfr. Cons. St., sez. V, 22 settembre 2014, 4773; Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 aprile 2019, n. 4621 e 8 febbraio 2018, n. 1523.

¹⁹⁸ Lo strumento degli impegni, difatti, non dovrebbe avere un'applicazione generale, ma tendenzialmente limitata ai casi di ‘minore rilevanza’. A. PERA, *Le decisioni con impegni e il*

Quanto detto colloca a pieno titolo l'istituto degli impegni nell'evoluzione della disciplina *antitrust*¹⁹⁹, che vede l'accentuazione dei caratteri pro-attivi dell'AGCM, in grado di “*sostenere l'efficienza dinamica dei mercati (...), orientando e correggendo le condotte imprenditoriali e gli atti amministrativi che ostacolano tale risultato*”²⁰⁰.

Infine, l'emancipazione dal precedente modello *re-active* si manifesta nella funzione di promozione della concorrenza (*competition advocacy*) e, in specie, nella normativa (art. 21 e 22 L. n. 287/1990) che attribuisce all'AGCM il potere di pronunciarsi su quali siano le modalità di azione in grado di assicurare una corretta esplicazione del gioco concorrenziale.

L'elemento qualificante della *competition advocacy* è proprio il carattere propositivo dei poteri consultivi e di segnalazione, attraverso i quali l'AGCM orienta e vigila sulle iniziative del legislatore e dell'amministrazione²⁰¹, al contempo offrendo (indirettamente) agli

rilievo per l'antitrust private enforcement, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 548, ritiene che pur in assenza a livello nazionale di una disposizione analoga a quella di cui al considerando 13 Reg. 2003/1/CE, in virtù del quale “*le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda*”, il limite stabilito a livello europeo sia vincolante anche nei confronti dell'AGCM, come si evince dall'art. 14^{ter} L. n. 287/1990, che ancora l'istituto al rispetto “*dei limiti previsti dall'ordinamento comunitario*”. In proposito l'AGCM nella Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14^{ter} L. n. 287/1990, adottata con Delibera n. 23863 del 6 settembre 2012, ha ribadito di ritenere “*non opportuna l'adozione di decisioni concernenti gli impegni nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione*”.

¹⁹⁹ M. RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, cit., 223.

²⁰⁰ M. LIBERTINI, *Nel trentesimo anniversario della legge antitrust italiana. Un bilancio dell'attività dell'Autorità nazionale di concorrenza*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2020, 258. P. AQUILANTI, *Art. 10-11 l. n. 287/1990*, cit., 839 osserva come proprio l'obiettivo funzionale perseguito con la scelta di istituire un apparato amministrativo ad hoc quale Autorità antitrust sia “*non tanto e non solo la repressione delle collusioni e degli abusi ma l'elaborazione di indirizzi di comportamento per i soggetti che operano nel mercato*”.

²⁰¹ L'intervento dell'AGCM può essere *de iure condito* o *de iure condendo*, a seconda che il provvedimento legislativo o amministrativo sia vigente o in via di formazione. Per questa distinzione si veda M. AINIS, *The Italian Competition Authority's maieutic role*, in *Rivista italiana antitrust*, 2016, 2, 126 e 128. In relazione al duplice ruolo della consulenza di tipo propositivo nei confronti dei titolari dei poteri normativi, a seconda del momento temporale in cui si colloca (prima o dopo l'adozione dell'atto da valutare), M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., 88 e ss., distingue la logica dei poteri di *competition advocacy* di tipo preventivo da quella dei poteri di *competition advocacy* di tipo successivo.

operatori economici elementi utili ai fini dell'autovalutazione dei propri comportamenti.

Ciò avviene, ad esempio, quando l'AGCM specifica quali sono le soluzioni che ritiene necessarie “*ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, riducendo i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche, in particolare le barriere all'entrata, e al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese*”²⁰².

In ogni caso, l'AGCM nell'esercizio delle funzioni di *advocacy* gode di ampia discrezionalità, che riguarda sia l'individuazione dei casi cui orientare la propria azione sia la valutazione dell'opportunità di esprimersi sulle iniziative da intraprendere per prevenire o rimuovere le distorsioni concorrenziali.

I poteri consultivi e di segnalazione sono considerati espressione di un potere informale di persuasione (*moral suasion*) che, in virtù del prestigio morale e della competenza tecnica vantata dall'AGCM, dovrebbe indurre gli organi del potere decisionale a seguire le sue indicazioni²⁰³.

In questo senso, un ruolo significativo è svolto anche dall'art. 23 della legge *antitrust*, in base al quale l'AGCM presenta una relazione annuale sull'attività svolta al Presidente del Consiglio dei Ministri, che la trasmette al Parlamento.

In tale documento, difatti, l'AGCM talvolta non si limita a sollecitare l'attuazione di interventi legislativi già intrapresi, ma suggerisce al

²⁰² Ai sensi dell'art. 21, c. 3, L. n. 287/1990 “*l'Autorità, ove ne ravvisi l'opportunità, esprime parere circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni e può pubblicare le segnalazioni ed i pareri nei modi più congrui in relazione alla natura ed all'importanza delle situazioni distorsive*”.

²⁰³ Sul tema, cfr. M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007, 129; A. PIRAZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi.it*, 2017, 23, 9 e ss., che si interroga su quale sia il grado di incisività delle autorità amministrative indipendenti sulle scelte del Parlamento e del Governo.

legislatore quale sia la direzione migliore sotto il profilo concorrenziale per disciplinare una certa materia²⁰⁴.

Nella medesima direzione, poi, si colloca anche la prassi adottata dalle Commissioni parlamentari di convocare in audizione i componenti delle Autorità o il loro Presidente al fine di raccogliere un riscontro o ricevere un impulso riguardo ad atti normativi in corso di esame o a proposte che sono all'attenzione delle Camere²⁰⁵.

Grazie allo strumento persuasivo, l'AGCM è in grado di operare come organismo “*dialogante*”²⁰⁶, dotato di “*una capacità correttiva dell'ordinamento normativo*”²⁰⁷, il cui scopo è anche quello di definire strategie di intervento più complesse finalizzate a garantire il buon funzionamento del mercato nei settori economici più innovativi²⁰⁸, dove

²⁰⁴ M. AINIS, *The Italian Competition Authority's maieutic role*, cit., 140, “*currently, the annual competition bill has greater relevance – in terms of specific (and ‘desired’) indications to the legislator – since it indicates more in detail the interventions desirable with reference to each economic sector, in the view of promotion and development*”. In questo senso, cfr. AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta*, 31 marzo 2017, che auspicava l'introduzione di una regolazione minima, nel rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità, relativa all'introduzione di misure sulla gestione e sull'utilizzo delle piattaforme digitali per la condivisione dei beni e servizi che operano su mercati a due versanti, al fine di fornire strumenti atti a garantire la trasparenza, l'equità fiscale, la leale concorrenza e la tutela dei consumatori.

²⁰⁵ Attività cui è seguita la proposta di modificare i regolamenti parlamentari nella parte in cui non prevedono espressamente la possibilità per le Camere di convocare i componenti delle Autorità amministrative indipendenti (si veda il Documento conclusivo delle indagini conoscitive deliberato nella XIII legislatura e il Documento conclusivo delle indagini conoscitive deliberato nella XVI legislatura, disponibili al sito www.camera.it).

²⁰⁶ Secondo A.M. GAMBINO, V. FALCE, A. STAZI, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, 241, la moral suasion si mostra come un istituto “*conforme al ruolo ‘dialogante’ (anche spesso disatteso) che l'ordinamento assegna alle Autorità indipendenti, in un ambiente che dovrebbe essere, per dirla con Zagrebelsky, di ‘diritto mite’*”. Nella prospettiva di P. AQUILANTI, *Art. 10-11 l. n. 287/1990*, cit., 839, la fondamentale funzione di cui è tributaria l'AGCM potrebbe essere ravvisata in quella di ottenere una sorta di moral suasion.

²⁰⁷ A. PIRAZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi.it*, 2017, 23, 14. Sul punto, si veda anche N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in C. FRANCHINI, S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 97 e ss., e G. VOLPE, *Indagine sulle funzioni dell'autorità antitrust: verso un «governo tecnico di settore»*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 1551 e ss.

²⁰⁸ Cfr. F. CINTIOLI, *Le prospettive della tutela amministrativa della concorrenza in Italia*, cit., 236 e ss. in merito all'utilizzo degli strumenti del diritto *antitrust* contro le posizioni di speciale forza di mercato detenute dagli operatori che dispongono dell'innovazione tecnologica, come ad esempio lo sviluppo delle piattaforme digitali quali *Google*, *Uber*, *Airbnb*.

spesso vi è la necessità di bilanciare molteplici interessi tra loro confliggenti.

Negli ultimi tempi il legislatore ha rafforzato l'incisività di tale intervento attraverso l'art. 21bis della legge *antitrust*, che conferisce all'AGCM la legittimazione processuale a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo avverso i regolamenti, gli atti amministrativi generali ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica ritenuti contrari ai principi della concorrenza, laddove l'amministrazione non si adegui alle indicazioni espresse dall'Autorità²⁰⁹.

Si tratta di un procedimento bifasico, che presenta una “doppia anima” procedurale e processuale: esso, infatti, si compone di una fase precontenziosa consultiva, in cui l'AGCM invita l'Amministrazione interessata a rimuovere in autotutela le violazioni riscontrate, e della successiva fase di impugnazione, attivata nel caso in cui detta amministrazione non si conformi al parere dell'AGCM²¹⁰.

Quanto ai contenuti, il parere da ultimo indicato si configura come un parere-diffida ampiamente discrezionale, in cui l'Autorità è libera di decidere l'*an*, il *quando* e il *quomodo* dell'intervento, indicando in maniera analitica i rimedi per eliminare le violazioni contestate.

²⁰⁹ L'art. 21bis L. n. 287/1990 è stato introdotto dall'art. 35, c. 1, D. L. n. 201/2011, conv., con modif., in L. n. 214/2011.

²¹⁰ L'art. 21bis, c. 2, L. n. 287/1990 prevede che l'Autorità, nell'ipotesi in cui ritenga che un'amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza, ha la “*facoltà di inviare all'amministrazione, entro sessanta giorni, un parere motivato nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate; se l'amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'autorità può presentare, tramite l'avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni*”. Secondo la giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. St., sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323) l'esperimento della prima fase di interlocuzione con l'amministrazione emanante costituisce una condizione di ammissibilità o procedibilità del successivo ricorso e il termine dei sessanta giorni in cui l'autorità deve inviare il proprio parere motivato non coincide con la data di pubblicazione del provvedimento oggetto del parere, ma decorre dal momento in cui l'Autorità ne ha avuto conoscenza (cfr. Cons. St., sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171, secondo il quale “*la decorrenza del termine più volte detto deve essere stabilita, invece, in modo tale che la sua durata sia effettivamente utilizzabile per l'esercizio del potere di iniziativa al quale accede*”).

Il carattere vincolante (*a binding opinion*)²¹¹ del parere in esame, dovuto al fatto che la sua inottemperanza può condurre all'impugnativa dell'atto (a differenza dei pareri previsti dagli artt. 21 e 22 della legge *antitrust*), ha conferito maggiore effettività (in termini figurati, “*loaded guns*”)²¹² all'*advocacy* dell'AGCM che, in questo modo, può incidere in maniera significativa ove occorra ripristinare il corretto funzionamento del mercato²¹³.

Ci si interroga se tale nuova competenza dia luogo ad un'ipotesi di giurisdizione oggettiva (o meglio, di legittimazione oggettiva)²¹⁴, diversa dai tradizionali modelli processuali di ispirazione soggettivistica.

Ed invero, si riscontra una certa difficoltà nel qualificare l'interesse concorrenziale nel novero delle posizioni giuridiche soggettive azionabili davanti al giudice amministrativo, così come risulta difficile riconoscere in capo all'AGCM un vero e proprio interesse a ricorrere, inteso come possibilità di ottenere dal giudizio un vantaggio diretto, concreto e attuale.

Alla questione si offrono diverse soluzioni, a seconda della prospettiva esegetica che si intende accogliere nella qualificazione dell'interesse alla concorrenza.

Difatti, se la tutela della concorrenza viene considerata un interesse generale pertinente alla collettività, tale che “*dovrebbe darsi per tutti e*

²¹¹ Così, M. AINIS, *The Italian Competition Authority's maieutic role*, cit., 130.

²¹² Così, M. AINIS, *The Italian Competition Authority's maieutic role*, cit., 130.

²¹³ M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., 91. L'A. ritiene che l'AGCM attraverso la legittimazione ad agire a seguito dell'inottemperanza al parere-diffida contribuisca alla costruzione della disciplina antitrust.

²¹⁴ V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. pr. amm.*, 2014, 2, 342, ritiene che sia più corretto parlare di legittimazione oggettiva, che è un concetto diverso e di più limitate implicazioni rispetto a quello di giurisdizione di “diritto oggettivo” o di “contenuto oggettivo”: la previsione di una legittimazione oggettiva non comporta che il processo assuma caratteri di diritto oggettivo e, quindi, sia deputato ad accertare le violazioni del diritto oggettivo a prescindere dalle domande di parte, alle quali è riservato un più limitato compito di impulso processuale. Per questa ragione, anche secondo M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit., 94, nell'ipotesi di cui all'art. 21bis L. n. 287/1990 il processo non ha contenuto oggettivo, essendo improntato al principio della domanda e alle regole del processo dispositivo.

verso tutti e dovrebbe essere universale”²¹⁵, la legittimazione processuale dell’Autorità appare difficilmente compatibile con l’art. 103 Cost., mentre se viene concepita come uno specifico interesse pubblico istituzionalmente affidato all’AGCM, è possibile pervenire ad una soluzione opposta.

Secondo un indirizzo interpretativo, infatti, l’AGCM può essere considerata l’affidataria per legge dell’interesse alla concorrenza e, quindi, *“portatrice di un interesse sostanziale protetto dall’ordinamento [...] che si soggettivizza in capo ad essa”*²¹⁶.

In altri termini, si ritiene che il potere di azione esercitato dall’AGCM non risponda ad un interesse generale e adespota, facente capo all’intera collettività ma si correli ad uno specifico interesse pubblico istituzionalmente affidato all’Autorità stessa, analogamente a quanto avvenuto in altri settori dell’ordinamento²¹⁷.

²¹⁵ A. CIOFFI, *L’interesse pubblico nell’azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, 827 e ss., che si sofferma sulla distinzione tra interesse generale e interesse pubblico amministrativo. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21bis della legge n. 287/1990)*, in *Giustamm.it*, 2012, 1, par. 2, ritiene che l’AGCM non sia titolare di un interesse legittimo in senso proprio, essendo la legge a conferirle la legittimazione ad impugnare per la tutela di un interesse generale alla concorrenza che coincide con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, data la sua genericità, non soddisfa i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto.

²¹⁶ Così, M.A. SANDULLI, *La legittimazione dell’Agcm ex art. 21 bis l. n. 287/1990*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 641, secondo la quale l’interesse alla concorrenza è “un interesse sostanziale qualificato in quanto fatto oggetto di una particolare considerazione dall’ordinamento e per questo differenziato da quello della generalità degli altri soggetti”. Come precisa, M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., 361, “ciò non significa rinverdire l’immagine di un interesse pubblico inteso come interesse proprio dell’amministrazione, aderendo alla concezione soggettivistica dell’interesse pubblico, che fa di esso un interesse dello Stato apparato”, ma piuttosto riconoscere una “soggettivizzazione della funzione perché vi è assunzione dell’interesse oggettivo, dell’interesse generale ad un mercato concorrenziale, da parte di un’organizzazione amministrativa”. *Contra*, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21bis della legge n. 287/1990)*, in *Giustamm.it*, 2012, 1, par. 7.

²¹⁷ Sull’introduzione nel nostro ordinamento positivo di norme che espressamente attribuiscono ad autorità pubbliche la legittimazione ad agire in giudizio davanti al giudice amministrativo a tutela di interessi pubblici generali alla cui cura sono preposte, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 341 e ss., spec. 376. A titolo esemplificativo si menzionano: i) l’art. 6, c. 10, L. n. 168/1989, che conferisce al Ministro dell’Università e della Ricerca il potere di impugnare per i soli vizi di legittimità gli Statuti degli Atenei che non si adeguano ai rilievi da esso formulati nella fase di controllo preventivo degli stessi; ii) l’art. 36 D. L. n. 1/2012, conv. in L. n. 27/2012, che modificando l’art. 37 D. L. n. 201/2011, attribuisce all’Autorità di

In chiave comparativa, si osserva che il Consiglio di Stato, A.P., 26 aprile 2018, n. 4, ha escluso che la legittimazione processuale dell'ANAC si muova nella logica di un mutamento in senso oggettivo della giurisdizione. Secondo tale pronuncia, infatti, l'art. 211 D. Lgs. n. 50/2016 ha semplicemente subiettivizzato in capo all'ANAC l'interesse alla trasparenza delle procedure di gara, attribuendole il potere diretto di agire in giudizio²¹⁸.

Le medesime considerazioni possono essere estese all'art. 21bis della legge *antitrust*, fermo restando che il conferimento di tale potere non sottrae ai privati il potere di agire contro il medesimo provvedimento impugnato dall'AGCM.

La legittimazione dell'Autorità e quella dei singoli interessati concorrono, sebbene non in modo assoluto, perché l'AGCM può impugnare anche atti regolamentari o generali non immediatamente e direttamente lesivi per il privato, anticipando in tal modo la tutela del mercato rispetto a quelle lesioni non ancora tradottesì nella violazione di situazioni giuridiche soggettive private.

In questa chiave di lettura la legittimazione *ad causam* dell'AGCM consiste in potere di iniziativa processuale “*finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato [...] e, comunque, certamente non generalizzato perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza*”²¹⁹.

regolazione dei trasporti il potere di impugnare i provvedimenti relativi al servizio taxi; *iii*) gli artt. 14, 62, 110, 121 e 157 D. Lgs. n. 58/1998, che legittimano la Banca d'Italia e la Consob ad impugnare le deliberazioni delle società vigilate adottate in violazione delle disposizioni sul diritto di voto in materia di intermediazione finanziaria.

²¹⁸ Cons. St., A.P., 26 aprile 2018, n. 4, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3, 959. Ai sensi dell'art. 211, c. 1bis, D Lgs. n. 50/2016 “*L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”.

²¹⁹ Così, C. cost., 14 febbraio 2013, n. 20, che ha respinto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21bis L. n. 287/1990.

La giurisprudenza amministrativa si allinea alla tesi da ultimo esposta, affermando: “*l’art. 21 bis... lungi dall’introdurre un’ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l’azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale [...], delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad un’autorità pubblica*”²²⁰.

Nel nostro sistema giuridico, dunque, la concorrenza non può essere considerata nella sola veste di interesse generale, dal momento che si atteggia come interesse pubblico costitutivo dell’identità funzionale dell’AGCM, rappresentando il “*bene della vita*” cui tende la sua azione²²¹.

Questa precisazione, come si approfondirà in seguito, assume un rilievo particolare nell’ambito del dibattito intorno alla natura amministrativa o para-giurisdizionale dell’AGCM, dato che la stessa sentenza della Corte costituzionale, 31 gennaio 2019, n. 13 ha fondato la tesi amministrativistica sull’assunto che l’Autorità “*è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato*”.

6. (Segue) Sulla natura amministrativa o para-giurisdizionale della funzione di *public enforcement antitrust*

Sin dalla sua istituzione l’AGCM ha sollecitato l’“*esprit de geometrie dei giuristi*”²²², che hanno tentato di assimilare la nuova figura

²²⁰ Così, Tar Toscana, sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521; *ex multis* cfr. Cons. St., sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; Tar Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720.

²²¹ In questi termini, v. Tar Lazio, sez. IIIbis, 15 marzo 2013, n. 2720.

²²² F.S. MARINI, *La concorrenza tra i poteri dello Stato: l’Autorità tra tradizione e innovazione*, cit., 289.

istituzionale, alternativamente, agli organi giudiziari o a quelli amministrativi.

In particolare, secondo un orientamento l'Autorità è un apparato amministrativo titolare di un potere discrezionale, mentre un altro indirizzo vi intravede un organismo *super partes* amministrativo soltanto nella forma, ma nella sostanza giurisdizionale.

La questione, come anticipato, rileva sul piano sistematico, specialmente, ai fini della tenuta costituzionale del vincolo ascritto dall'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 al provvedimento *antitrust*.

Infatti, l'accoglimento della tesi pubblicistica implica che il titolare del potere di concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati contenuti nella disciplina *antitrust* è una pubblica amministrazione, sicché nell'eventuale giudizio di impugnazione avverso il provvedimento dell'AGCM il giudice amministrativo si trova di fronte ad apprezzamenti già compiuti dall'autorità decidente.

L'identità soggettiva (pubblica) dell'interprete deve, quindi, conciliarsi con il principio di separazione tra i poteri dello Stato, che impone al sindacato del giudice amministrativo il limite di non sovrapporsi all'opera di integrazione valutativa già svolta dall'AGCM²²³.

Autorevole dottrina ritiene che dalle caratteristiche istituzionali dell'AGCM e dai connotati della funzione di *public enforcement* si possano cogliere peculiarità tali da assimilare l'attività della stessa a quella di un "magistrato della concorrenza".

A sostegno di questa tesi sono generalmente invocati: *i)* la natura indipendente dell'AGCM; *ii)* il contraddittorio procedimentale e l'esercizio del diritto di difesa; *iii)* l'essenza dell'attività logico-giuridica svolta dall'AGCM nel momento applicativo dei divieti *antitrust*, che si

²²³ M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., 51: "in diritto amministrativo il tema delle clausole generali incrocia sia la dialettica tra legge e amministrazione, sia la dialettica tra amministrazione e giudice, chiudendo il cerchio dell'intero sistema dei rapporti tra pubblici poteri".

sostanza nella produzione di giudizi relativi a determinate fattispecie, nel quadro di un'operazione che si risolve nel qualificare determinati atti o comportamenti in termini di liceità/illiceità.

In particolare, si ritiene che la funzione *antitrust* partecipi dell'essenza giurisdizionale in forza della neutralità dell'AGCM²²⁴, che non si esaurisce nell'estraneità rispetto al circuito dell'indirizzo politico, ma si riferisce anche al fatto che il suo potere si caratterizza non tanto per la gestione e cura concreta di interessi pubblici, quanto per la valutazione di fattispecie concrete alla stregua di parametri fissati dalla legge, secondo lo schema logico del sillogismo giudiziario.

Secondo la tesi in commento, l'AGCM è investita di una funzione di controllo per l'obiettiva applicazione della legge *antitrust*, il cui nucleo caratterizzante è rappresentato dal potere di accertamento degli illeciti concorrenziali, sulla base della corrispondenza o meno del fatto oggetto d'indagine al modulo legislativo²²⁵.

La funzione *antitrust* viene, così, ridotta alla “*qualificazione di atti, fatti e comportamenti, alla luce delle regole materiali in tema di concorrenza*”²²⁶ e, pertanto, assimilata a quella svolta dal giudice, dal momento che anche l'esercizio della funzione giurisdizionale consiste

²²⁴ La neutralità “è un essenziale segno distintivo dell'attività giurisdizionale”. Così A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200, che sviluppa il problema della distinzione tra giurisdizione e amministrazione. Con riferimento alla neutralità dell'AGCM, M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 78; ID., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 85, afferma che la neutralità “mal si presta a essere inquadrata nel concetto tradizionale di attività amministrativa e si avvicina invece a quello di attività giurisdizionale”.

²²⁵ Questa tesi, incentrata sulle modalità di esercizio dei poteri dell'AGCM, è da tempo sostenuta dalla stessa AGCM laddove rivendica la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale. In questo senso, AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta. 1995*, Roma, 1996, 13 e ss.; sul tema si è da ultimo pronunciata C. Cost. 31 gennaio 2019, n. 13, v. *infra*, p. 63 del presente capitolo.

²²⁶ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 96, ricostruisce così l'attività di accertamento svolta dall'AGCM, ritenendo che non è diversa da quella svolta dal giudice civile o penale chiamato a qualificare e sussumere una fattispecie concreta in una fattispecie normativa in vista della comminazione di una sanzione. L'A., riprendendo una distinzione invalsa nell'ordinamento degli Stati Uniti, sostiene che l'attività svolta dall'Autorità sia una tipica attività di aggiudicazione (*adjudication*) da contrapporre a quella di regolazione (*rulemaking*), che connota il ruolo delle altre autorità amministrative indipendenti.

nell'applicazione al caso concreto delle regole prestabilite in via generale e astratta dal legislatore, con eventuale applicazione di sanzioni (o rimedi).

Il paragone tra l'AGCM e il giudice viene argomentato muovendo anche dai caratteri generali della disciplina *antitrust*, che si compone di poche prescrizioni di tipo negativo (divieti)²²⁷, le quali sanzionano le condotte ritenute non compatibili con un mercato aperto alla concorrenza.

Al di fuori di queste, le scelte imprenditoriali di ciascun operatore economico restano in massima parte libere, perché le regole *antitrust* pongono soltanto un limite esterno all'autonomia privata, ossia una regola condizionale del tipo “*chi ponga in essere atti di una certa natura dovrà sottostare alle seguenti sanzioni*”²²⁸, che non stabilisce un risultato o un obiettivo a cui l'attività privata debba conformarsi²²⁹.

Nondimeno, si tratta di un limite “orizzontale”, cioè di regole poste per lo svolgimento dell'attività privata e finalizzate alla garanzia delle situazioni giuridiche private, che trovano soddisfazione mediante il rispetto delle regole concorrenziali da parte di altri soggetti privati.

²²⁷ All'opposto delle prescrizioni di regolazione, che fungendo da correttivo alla dinamica evolutiva del mercato, contiene prescrizioni di tipo positivo (obblighi di *facere*), dalle quali discendono una serie di regole che condizionano in modo rigido l'autonomia imprenditoriale. Così, M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 83. Negli interventi di regolazione “*lo Stato diventa un attore del mercato. Stabilisce i presupposti del mercato e compie atti negoziali sostitutivi degli atti negoziali dei privati o impone ai privati di compiere atti negoziali che non vengono posti in essere sulla base dell'autonomia privata*”; così F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 47. Sul tema, S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, cit., 12 e ss., osserva che la disciplina della concorrenza – intesa come il rispetto delle pratiche concorrenziali imposto dalle norme ed applicato da un'autorità pubblica – non fa parte della regolazione, dal momento che quest'ultima – all'opposto delle funzioni di tutela della concorrenza – si concreta in forme di ingerenza che non sono esterne al mercato, bensì ne sono parte, nel senso che contribuiscono a conformarlo. Con uno sguardo verso il passato, A. AMORELLI, *L'amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, cit., 951, osserva che “*l'introduzione della Autorità antitrust nel nostro ordinamento è (...) il chiaro sintomo di un mutamento negli assetti del governo pubblico dell'economia, vieppiù vincolato a sviluppare le proprie politiche regolamentando più che conformando o addirittura assumendo direttamente la gestione delle attività imprenditoriali*”.

²²⁸ S. CASSESE, *Dal mercato guidato al mercato regolato*, in *Bancaria*, 1986, 2, 6, distingue le regole condizionali da quelle programmatiche, che sono dirette a stabilire i fini dell'attività dei privati.

²²⁹ L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità amministrative indipendenti*, in C. FRANCHINI, S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, 1996, 59, parla di “*regolazione condizionale*”, distinguendola da quella di tipo finalistico e prudenziale.

Per le ragioni anzidette la tesi in commento ritiene che la funzione *antitrust* non comporti necessariamente l'istituzione di un apparato amministrativo *ad hoc*²³⁰, poiché anche un adeguato sistema di sanzioni penali e di azioni civili (di tipo inibitorio o risarcitorio) esperibili da parte dei concorrenti o dei consumatori possa rivelarsi idoneo a garantire l'effettiva osservanza delle prescrizioni da parte delle imprese.

Ne segue che l'istituzione di un apparato amministrativo preposto alla vigilanza dell'applicazione delle regole di concorrenza non sia l'unico modo di attuazione della disciplina *antitrust* e che, a maggior ragione, non vi dovrebbero essere impedimenti a concepire l'AGCM come “magistrato della concorrenza”.

Assegnare all'Autorità la fisionomia di un organo quasi-giurisdizionale comporta, però, escludere che essa sia chiamata a curare interessi pubblici suoi propri attraverso l'esercizio di poteri discrezionali in senso stretto.

Secondo l'opinione c.d. neutralista, infatti, l'AGCM quando valuta una fattispecie in relazione al danno subito dal livello di concorrenzialità del mercato deve decidere applicando le norme e facendo uso non di discrezionalità, ma di analisi economiche, ovvero di conoscenze extra giuridiche²³¹.

In questi casi l'interesse al corretto funzionamento del mercato non deve essere considerato perseguito pubblico, perché è soltanto il riflesso (mediato) degli interessi privati di tutta la collettività²³².

In base a questa ricostruzione l'AGCM è “*chiamata a far rispettare le regole di un gioco che sono altri a giocare*”²³³ e, nel fare ciò, opera

²³⁰ M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 84.

²³¹ G. AMATO, *Conclusioni*, in AA.VV. *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 99.

²³² L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 61.

²³³ L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 65.

come “arbitro” dei rapporti giuridici interprivati intessuti dai protagonisti del mercato.

Siffatta impostazione, tuttavia, lascia irrisolti alcuni problemi, a cominciare dalla difficoltà di inquadrare un organo così definito nell’attuale assetto costituzionale, che pone un divieto esplicito di creare dei giudici speciali²³⁴. Inoltre, anche i connotati istituzionali dell’AGCM, che nell’applicazione delle regole di concorrenza cumula funzioni istruttorie e decisorie, stridono con una delle connotazioni tipiche della funzione giurisdizionale, ossia il requisito di terzietà del giudice, chiamato a giudicare in una posizione di indifferenza rispetto agli interessi in causa.

Il difetto di terzietà dell’AGCM, in particolare, è stato riconosciuto dalla Corte Costituzionale n. 13/2019, chiamata a pronunciarsi sulla legittimazione dell’AGCM a sollevare, ai sensi dell’art. 1 L. cost. n. 1/1948 e dell’art. 23 L. n. 87/1953, una questione di legittimità costituzionale.

La Consulta nega che l’Autorità soddisfi il requisito della terzietà, affermando che, sebbene anche un organo non incardinato in un ordine giudiziario possa essere considerato giudice “*ai limitati fini*” di tale legittimazione, per aversi un “giudizio” *a quo* il soggetto che applica la legge deve trovarsi in posizione *super partes*²³⁵.

²³⁴ G. TESAURO, M. TODINO, voce *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Enc. dir.*, [agg. VI] 2002, 119.

²³⁵ C. cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in *Foro it.*, I, 2019, 1533 e ss., con nota di A. JANNARELLI, *L’autorità garante e la tutela della concorrenza: tra interesse «pubblico» e interesse «generale»*, e in *Giornale dir. amm.*, 2019, 4, 467 e ss., con nota di V. TURCHINI, *L’antitrust non è un giudice. Nemmeno “ai limitati fini”*. Spesso le categorie di “giudice” e di “giudizio” – previste tanto nella L. cost. n. 1/1948 quanto nell’art. 23 L. n. 87/1953 come condizioni di proponibilità della questione di legittimità costituzionale – sono utilizzate dalla Corte Costituzionale ai limitati fini (o ai soli fini) della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale; già da tempo, infatti, la Corte si è mostrata propensa ad ampliare tali concetti per attrarre al controllo di costituzionalità “*zone d’ombra*”, cioè aree del diritto che altrimenti ne resterebbero escluse. Questa giurisprudenza ritiene che, per aversi giudizio *a quo*, è sufficiente che sussista esercizio di “funzioni giudicanti per l’obiettivo applicazione della legge” da parte di soggetti, a nulla rilevando che siano “estranei all’organizzazione della giurisdizione”; tuttavia, deve trattarsi di soggetti “posti in posizione *super partes*” (in questo senso, *ex multis*, C. cost. n. 12/1971, che ha riconosciuto la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in capo alla sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura; C. cost. n. 376/2001, che ha ravvisato i requisiti di “giudice *a quo*” anche in capo agli arbitri rituali).

Nel caso dell'AGCM l'assenza di un contraddittorio “orizzontale” tra l'impresa indagata e il terzo denunciante, nonché la veste di parte resistente ricoperta dall'Autorità nel processo amministrativo di impugnazione dei suoi provvedimenti²³⁶, ne impedisce la qualificazione come giudice *super partes*.

Sulla base di queste considerazioni, la Consulta ritiene che la veste processuale di parte rifletta la natura del potere attribuito all'AGCM, che considera amministrativa e discrezionale. In tal senso, osserva che l'AGCM “*non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale*”²³⁷, essendo portatrice di un interesse pubblico specifico alla tutela della concorrenza e del mercato.

Secondo alcuni commentatori la precisazione sulla natura discrezionale del potere dell'AGCM risulta superflua nell'impianto della decisione²³⁸, tuttavia in questa sede merita di essere sottolineata, in quanto inequivoco segnale di distanza della Consulta rispetto dall'orientamento che assimila l'attività dell'AGCM alle funzioni giudicanti.

All'opposto, la Corte Costituzionale afferma espressamente che l'esercizio dei poteri attribuiti all'AGCM comporta la “*ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco*”²³⁹ e che l'irrogazione della sanzione viene effettuata per il soddisfacimento

²³⁶ La C. cost. n. 13/2019, *cit.*, precisa che la legittimazione dinanzi al giudice amministrativo è propria dell'AGCM, atteso che non vi è una separazione sostanziale tra gli uffici inquirenti e il collegio decidente dell'Autorità; infatti, il Segretario generale dell'AGCM, da cui dipendono gli uffici che si occupano dell'attività istruttoria e della formulazione delle contestazioni, risponde al Presidente dell'AGCM, che dirige i lavori del collegio decidente.

²³⁷ C. cost., n. 13/2019, *cit.*

²³⁸ Cfr., G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 144-145; cfr., altresì, M. MIDIRI, *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione*, *ivi*, 129.

²³⁹ C. cost., n. 13/2019, *cit.*, § 8.

dell'interesse pubblico specifico alla tutela della concorrenza e del mercato²⁴⁰.

A conferma dell'esistenza di un tale interesse pubblico specifico, la Consulta richiama i rilevanti poteri pararegolatori e consultivi, di cui agli artt. 21, 22, 23, 24 L. n. 287/1990 e art. 23bis, c. 4, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, e l'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota gli istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli "impegni" e i c.d. programmi di clemenza (rispettivamente, artt. 4, 14 *ter* e 15, c. 2bis, L. n. 287/1990).

Anche in dottrina si registrano autorevoli opinioni in favore della natura amministrativa dell'AGCM, considerata titolare di un potere di amministrazione attiva, il cui oggetto è diverso da quello spettante alla cognizione del giudice ordinario.

Nello specifico, la tesi pubblicistica esclude che le regole concorrenziali siano poste unicamente a garanzia di situazioni private, valorizzando la diversità tra la natura degli interessi tutelati dall'AGCM e dal giudice ordinario.

La questione della natura della funzione esercitata dall'AGCM, infatti, viene affrontata a partire dalla definizione del tipo di interesse tutelato dalla sua azione.

In questo senso si osserva che l'oggetto di cognizione dell'AGCM non è il medesimo rapporto tra privati che viene conosciuto dal giudice in relazione ad una fattispecie imprenditoriale, ma semmai "*il riflesso di tale fattispecie sulla struttura e sul funzionamento del mercato complessivamente considerato*"²⁴¹.

²⁴⁰ Ciò emerge con particolare evidenza nei rilevanti poteri pararegolatori e consultivi attribuiti all'AGCM ai sensi degli artt. 21, 22, 23, 24 L. n. 287/1990 e art. 23bis, c. 4, D.L. n. 112/2008 e nell'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota gli istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli "impegni" e i c.d. programmi di clemenza (rispettivamente, artt. 4, 14*ter* e 15, c. 2bis L. n. 287/1990).

²⁴¹ M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., 363. A questo riguardo A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità*

L'interesse affidato alla cura dell'Autorità trascende la dimensione individuale, non coincidendo con alcun interesse individuale, né tanto meno con il diritto soggettivo alla libera iniziativa economica.

I tratti di indisponibilità dell'interesse alla concorrenza (riflessi nei poteri di intervento d'ufficio e di fissazione delle priorità di intervento dell'AGCM) sono tali da giustificare l'istituzione di un soggetto pubblico che si adoperi a sua tutela, perché altrimenti un'analogia tutela non potrebbe essere pienamente garantita in sede giurisdizionale²⁴².

Anticipando quanto si dirà nel prosieguo, infatti, i poteri dell'AGCM prescindono da un'effettiva lesione della sfera giuridica individuale e possono essere esercitati anche laddove manchino i presupposti per l'attivazione dei rimedi giurisdizionali, in quanto l'azione pubblica: *i*) può intervenire d'ufficio a fronte di fattispecie di mero "pericolo"; *ii*) è svincolata dalla prospettazione degli attori procedimentali; *iii*) dispone di penetranti poteri inquisitori.

Un ulteriore elemento distintivo dell'attività compiuta dall'AGCM rispetto a quella del giudice si correla alla relatività e storicità dell'interesse concorrenziale, considerato non suscettibile di una definizione *ex ante* valevole per tutti i casi all'esame dell'Autorità.

Si ritiene, invece, che la regola concorrenziale sia volta per volta "ricostruita" dall'AGCM, chiamata a ponderare i contrapposti interessi, al fine di individuare l'assetto più idoneo per il settore²⁴³.

Quanto detto trova conferma nell'indeterminatezza dei precetti *antitrust*, che devono essere "riempiti" o "codificati" dall'Autorità, in quanto non immediatamente riscontrabili nella realtà fenomenica²⁴⁴.

Garante della Concorrenza e del Mercato, Torino, 2010, 372, osserva che "se l'oggetto del decidere fosse la definizione secondo diritto di una controversia, sarebbe stato sufficiente ricorrere all'Autorità giudiziaria".

²⁴² M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., 359.

²⁴³ F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, 89 e ss.

²⁴⁴ Ad esempio, il concetto di intesa, la sua natura restrittiva e quello di dominanza nel mercato o di gioco concorrenziale e di mercato rilevante. Inoltre, M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., 336, sottolinea che il potere dell'AGCM non esige la mera conoscenza

Il *drafting* della legge *antitrust* postula margini di valutazione in sede applicativa, che consentono all’Autorità, di “graduare” o “modulare” l’azione amministrativa all’interno delle linee orientative e dei principi guida stabiliti dal legislatore²⁴⁵.

Ciò avviene con l’impiego della massima discrezionalità²⁴⁶, secondo un modello di c.d. regolazione finale, in cui l’AGCM è chiamata ad orientare la decisione da prendere in ragione dell’obiettivo (l’interesse pubblico individuato dalla legge)²⁴⁷.

Spesso, infatti, il giudizio *antitrust* dipende da un “bilanciamento”, reso necessario dall’impossibilità di individuare una soluzione univocamente conforme al modello concorrenziale; in assenza di una soluzione in grado di massimizzare il benessere di tutti, il giudizio *antitrust* risolve conflitti tra interessi diversi facenti capo a soggetti diversi, attraverso un’operazione che consiste nell’attribuzione a ciascun interesse di un “peso” e nella successiva valutazione comparativa di tali interessi²⁴⁸.

Anzi proprio il carattere “aperto” dei divieti *antitrust*, rispondendo ad “*esigenze di appropriatezza e di elasticità dell’azione intesa a dare attuazione al dettato normativo*”²⁴⁹, risulta oltremodo utile “*di fronte all’evoluzione naturale di una realtà magmatica come il mercato*”,

della sussistenza di un fatto, presupponendo l’apprezzamento del grado, della quantità in cui esso si presenta in concreto.

²⁴⁵ R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, cit., 135, osserva che gli organismi come l’AGCM “*nell’ambito degli obiettivi predeterminati, e dei risultati da conseguire, con gli strumenti messi a disposizione dal legislatore, provvedono a graduarli, fissando criteri e regole generali, definendo comportamenti obbligatori, comminando sanzioni, provvedono con la massima discrezionalità all’attuazione della legge*”. Cfr., altresì, M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., 313.

²⁴⁶ In tal senso, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 246: “*Siamo in presenza di una funzione amministrativa vera e propria, esercitata attraverso una sequenza concatenata di scelte discrezionali fondate sull’applicazione di specializzate quanto opinabili (e comunque mutevoli) conoscenze tecniche*”.

²⁴⁷ A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quaderni cost.*, 2005, 2, 326.

²⁴⁸ Quest’operazione “*condiziona irrimediabilmente il risultato finale*”, come osservano F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l’utilizzazione dell’approccio economico nell’interpretazione del diritto antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2006, 3, 573-574.

²⁴⁹ M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., 313.

permettendo alla linea interpretativa dell'AGCM di subire “*quegli scostamenti, quegli adattamenti, quella evoluzione che serve ad accogliere le nuove fattispecie e rispondere a nuove esigenze*”²⁵⁰.

A corollario di quanto esposto si evince che nell'applicazione del diritto *antitrust*, “*si va molto al di là di una mera attività ermeneutica e si richiede l'assunzione di una deliberazione, una scelta, sull'equilibrato assetto degli interessi in gioco*”²⁵¹.

L'individuazione del mercato rilevante, dell'ordine naturale di quel mercato e delle sue eventuali illecite alterazioni, presuppone “*una valutazione che, sulla base delle opinabili conoscenze tecniche ed economiche, assuma la scelta tutta politica su quale sia il mercato rilevante ottimale e, all'interno di quel mercato, quale sia l'equilibrio ottimale tra domanda e offerta*”²⁵².

La politicità della decisione *antitrust* deve essere intesa con riferimento alla capacità dell'AGCM di “indirizzare” il mercato²⁵³, imprimendo una data direzione e un dato assetto alla complessiva struttura concorrenziale.

²⁵⁰ F. CINTIOLI, *Le prospettive della tutela amministrativa della concorrenza in Italia*, cit., 237. Sui rischi di una “rapida obsolescenza” insiti in un dettato normativo rigido si veda AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 1990*, disponibile da www.agcm.it, § 3.9: “*Il riferimento del legislatore a categorie di fattispecie di per sé assai generali ed astratte appare comprensibilmente diretto ad evitare, in una materia quanto mai 'fluida' e mutevole, i rischi di rapida obsolescenza verosimilmente connessi ad una disciplina a tutela della concorrenza troppo rigida e minuziosa*”.

²⁵¹ Così A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, 375; ID., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 246.

²⁵² A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 373-374, ritiene che l'attività dell'AGCM comporti una scelta “politica” circa l'assetto di interessi ritenuto ottimale, che dal punto di vista sostanziale altro non è che attività amministrativa in senso proprio.

²⁵³ A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 245, segnala un “sovente impiego dei poteri 'neutrali', attribuiti a garanzia di un preteso ordine naturale del mercato, per esercitare funzioni 'politiche' di indirizzo del mercato medesimo”. In questo senso l'AGCM opera più come regista del funzionamento del mercato che come arbitro imparziale delle sue naturali dinamiche.

Detta capacità “conformativa”, come visto, si manifesta non solo nelle funzioni consultive e di segnalazione, ma anche nelle decisioni puntali.

A questo riguardo si osserva che già il potere di intervento d’ufficio consente all’AGCM di orientare i suoi interventi (rivolgendo particolare attenzione ad uno o più settori del mercato, selezionando i casi da decidere o scegliendo il momento temporale in cui agire)²⁵⁴; una volta avviato il procedimento, poi, l’AGCM è in grado di codificare il parametro di liceità/illiceità (e quindi della fattispecie precettiva) del caso singolo, individuando il rimedio più adeguato al perseguimento dell’equilibrio concorrenziale, mediante le autorizzazioni in deroga, l’accettazione degli impegni e l’esercizio del potere sanzionatorio, soprattutto per mezzo della diffida²⁵⁵.

Alla domanda su come si raccordi la funzione amministrativa dell’AGCM con il peso che assume la tecnica (nello specifico, della scienza economica) nell’esercizio di tale funzione, una parte della dottrina risponde che l’idea della “asetticità” delle tecniche risulta superata, essendo “*ben calate nella realtà, tutt’altro che separate dal gioco degli interessi in campo*”²⁵⁶.

L’impiego delle conoscenze tecniche e scientifiche, infatti, è funzionalizzato all’adozione di una scelta in ordine all’interesse che deve prevalere e, comunque, “*nei metodi di ottimizzazione dei risultati adottati*

²⁵⁴ M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., 419.

²⁵⁵ P. LAZZARA *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell’economica*, cit., 792; M. MIDIRI, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in www.dirittifondamentali.it, 12 gennaio 2018, 5 e ss.; in giurisprudenza, Cons. St., sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291, afferma che “*le misure in questione hanno normalmente non solo una funzione, de praeterito, retributiva di sanzione ma anche la caratteristica de futuro, primaria ed essenziale, di regolazione pubblica di attività economiche a tutela delle condizioni generali di concorrenza*”.

²⁵⁶ Così, F. SALVIA, *La permeabilità della tecnica agli interessi e la sua diversa incidenza nei processi decisionali*, in *Studi economico-giuridici dell’Università di Cagliari, in memoria di Franco Ledda*, Torino, 2004, II, 1091 e ss.; ID. *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 603 e ss..

nel mondo ingegneristico, medico, dell'economia, si può sempre rinvenire alla base una microponderazione di interessi"²⁵⁷.

Nell'esercitare il controllo di una determinata condotta imprenditoriale in un determinato mercato rilevante l'AGCM opera una ponderazione di interessi coesistente alle valutazioni tecniche, che dà luogo ad una "*stratificazione di valutazioni dei fatti fondate sulla tecnica e di soluzioni costruite sulla ponderazione degli interessi*"²⁵⁸.

E proprio dalla complessità della funzione *antitrust*, che si traduce nella convivenza tra le ragioni della tecnica e quella della 'politicalità' proprie della ponderazione di interessi, si desume "*la fine di un mito: quello della pretesa neutralità della funzione antitrust e del suo carattere quasi-giustiziale e non amministrativo*"²⁵⁹.

7. Il doppio binario di tutela: il *private enforcement* ad integrazione del *public enforcement antitrust*

L'efficacia vincolante ascritta dall'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 al provvedimento *antitrust* nel giudizio di risarcimento del danno riflette la peculiarità del sistema di tutela della concorrenza, nel quale la medesima vicenda può beneficiare sia della tutela pubblicistica, attuata dall'AGCM, sia della tutela giurisdizionale, esperita su iniziativa privata dal giudice civile.

Il carattere bifronte del sistema di applicazione delle regole di concorrenza discende dalla nuova geografia dell'*enforcement antitrust*, così come disegnata dal Reg. 2003/1/CE, che ha ampliato i soggetti in grado di contribuire all'emersione delle violazioni del Trattato.

²⁵⁷ Così, F. SALVIA, *La permeabilità della tecnica agli interessi e la sua diversa incidenza nei processi decisionali*, cit., 1099.

²⁵⁸ A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 250.

²⁵⁹ A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 250.

Con la modernizzazione del sistema di attuazione del diritto UE di tutela della concorrenza, infatti, le autorità giudiziarie degli Stati membri sono state contemplate quali parte integrante del sistema di *enforcement antitrust*.

Ne consegue che il livello di applicazione delle norme *antitrust* è duplice, potendo essere affidato non solo alla Commissione e alle ANC, ma anche alle autorità giurisdizionali, ai fini della soluzione di un conflitto interindividuale²⁶⁰.

Si parla di sistema *antitrust* “*a due pilastri*”²⁶¹ (o “*doppio ambito di tutela*”²⁶²), perché si fonda sulla coesistenza della tutela civile e dell’azione pubblica, dovuta al “*carattere astrattamente plurioffensivo della violazione della concorrenza, idonea, al tempo stesso, a ledere un interesse generale, presidiato da una sanzione, e capace di arrecare un pregiudizio ai consumatori o ad altri soggetti privati*”²⁶³.

Il legislatore ha scelto un modello di interazione pubblico-privata, in cui concorrono una pluralità di forme di controllo, perché ritiene che la sinergia tra *public* e *private enforcement* accresca l’effettività complessiva della normativa²⁶⁴.

In quest’ottica si legge il progressivo incremento delle competenze dell’AGCM, che consiste in un ampliamento del controllo amministrativo in settori afferenti alla tutela del mercato, che va ad affiancarsi alla tutela

²⁶⁰ Il rapporto tra l’applicazione pubblica e privata delle regole di condotta è un tema generale, che viene affrontato da G. FONDERICO, *Public e private enforcement*, in *Aida*, 2015, 3 e ss., e che nel diritto UE assume caratteri particolari. Il duplice piano di intervento, pubblicistico-privatistico, è uno degli elementi principali del Reg. 2003/1/CE; in tal senso, la Comunicazione della Commissione recante la Relazione sul funzionamento del regolamento 2003/1/CE (COM (2009) 206 def. del 29 aprile 2009).

²⁶¹ G. MUSCOLO, *Public e private enforcement*, cit., 1015.

²⁶² Cfr. A. ROCCHIETTI MARCH, *Il risarcimento del danno da illecito antitrust*, in A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Milano, 2011, 491.

²⁶³ M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/UE sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all’AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018, 8, 18.

²⁶⁴ Nella sentenza Cass. 2014, n. 11904, in *Foro it.*, I, 2014, 1729, con nota di R. PARDOLESI, *Danno antitrust e (svuotamento dell’) onere probatorio a carico del consumatore*, si legge che “*la sinergia delle due tutele, infatti, accresce l’efficacia complessiva della normativa antitrust*”.

di diritto privato già vigente in materia di pubblicità ingannevole, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie²⁶⁵.

Nel diritto *antitrust*, invece, è stato il *private enforcement* ad aggiungersi al *public enforcement*, configurando un sistema in cui l'*enforcement* pubblico pone fine ad un'alterazione concorrenziale che genera inefficienza, mentre l'*enforcement* privato provvede alla riallocazione delle risorse ottenute da chi ha profittato di tale inefficienza a vantaggio di chi l'ha subita, ripristinando una situazione distributiva ottimale²⁶⁶.

La prima "timida"²⁶⁷ base giuridica di diritto positivo del *private enforcement antitrust* è contenuta nel Reg. 2003/1/CE, che nel considerando 7 riconosce alle giurisdizioni nazionali un ruolo essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza UE, nonché complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri²⁶⁸.

Nel fare ciò, il Reg. 2003/1/CE recepisce la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che già da tempo riconosceva la competenza dei giudici civili ad applicare i divieti *antitrust* sanciti dal Trattato, in quanto per loro natura "sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli"²⁶⁹ e, conseguentemente, fondano posizioni giuridiche individuali azionabili davanti al giudice ordinario.

²⁶⁵ Cfr. L. ROSSI CARLEO, *Clausole vessatorie e tipologie di controllo: il controllo amministrativo*, cit., 6: il doppio binario di tutele "appare ormai un dato costante che caratterizza l'intera disciplina del mercato".

²⁶⁶ A. GAMBARO, *Private enforcement of Antitrust law*, in G. AJANI, A. GAMBARO, M. GRAZIADEI, R. SACCO, V. VIGORITI, M. WAELBROEC (eds.), *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, 721-742.

²⁶⁷ G.A. BENNACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in L.F. PACE (a cura di) *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Padova, 2020, 19.

²⁶⁸ Di analogo tenore la già citata Comunicazione 2004/C 101/4 del 27 aprile 2004.

²⁶⁹ Cfr. C. giust., 30 gennaio 1974, C-127/73, *Belgische Radio on Televisie c. SV Sabam e NV Fonior*, § 16; la diretta applicabilità da parte delle giurisdizioni nazionali dei divieti *antitrust* è stata successivamente affermata C. giust., 28 febbraio 1991, C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henniger Bräu AG*, e 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfood Ltd c. HB Ice cream Ltd*.

Letteralmente, infatti, *private enforcement antitrust* si traduce “*applicazione privatistica delle norme antitrust*”²⁷⁰ e consiste nell’esercizio innanzi ai tribunali nazionali dei diritti soggettivi conferiti ai singoli in forza dell’effetto diretto delle norme sostanziali del diritto dell’UE²⁷¹.

Per quanto concerne le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese ad assicurare la tutela di tali situazioni giuridiche, la regola è l’autonomia procedurale degli Stati membri, dato che la materia processuale non rientra nelle attribuzioni dell’UE²⁷².

Le normative processuali nazionali, però, incontrano due limiti: il primo è rappresentato dal principio di equivalenza, che osta alla previsione di condizioni di tutela dei diritti di derivazione UE più sfavorevoli rispetto a quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna²⁷³, il secondo è costituito dal principio di effettività, in base al quale le norme processuali non possono rendere praticamente impossibile (o eccessivamente difficile) la tutela dei diritti conferiti dall’ordinamento UE²⁷⁴.

Le discipline delle azioni risarcitorie *antitrust*, inoltre, sono state armonizzate dalla Direttiva 2014/104/UE (c.d. Direttiva Danni), la quale intende “*garantire che chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un’impresa o*

²⁷⁰ P. COMOGLIO, *Art. 33 l. 287/1990*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2019, 3687.

²⁷¹ Sul tema cfr. G. SCOCCINI, *Aspetti generali del private enforcement*, in CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di) *Diritto Antitrust*, Milano, 2021, 815.

²⁷² L’art. 19 TUE prevede che “*gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione*”. In giurisprudenza il principio di autonomia procedurale nazionale in mancanza di una specifica disciplina comunitaria è stato sancito per la prima volta da C. giust., 16 dicembre 1976, C-33/76, Rewe.

²⁷³ Così, C. giust., 10 aprile 1997, C-261/95, *Palmisani c. INPS*.

²⁷⁴ I principi di equivalenza e di effettività sono cumulativi e rappresentano i criteri di valutazione della conformità delle norme processuali nazionali rispetto al diritto comunitario, considerato che “*l’obbligo di garantire una protezione adeguata delle situazioni soggettive di origine comunitaria altro non è che l’espressione del loro obbligo generale di assicurare la conformità degli ordinamenti interni al diritto comunitario*”. Sul punto, v. A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni giuridiche soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 42. Nella più recente giurisprudenza europea, cfr. C. giust., 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage v. Crehan*.

un'associazione di imprese possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento di tale danno"²⁷⁵.

L'intervento della Direttiva Danni si deve agli studi comparatistici²⁷⁶, che sottolineano come la disomogeneità tra i regimi di responsabilità civile degli Stati membri comporti incertezza giuridica e inefficienza dell'applicazione delle regole *antitrust*, soprattutto nei casi transfrontalieri²⁷⁷.

Nell'ordinamento italiano la Direttiva 2014/104/UE è stata recepita con il D. Lgs. n. 3/2017, che reca la disciplina delle azioni risarcitorie del danno derivante da una violazione del diritto europeo e nazionale della concorrenza²⁷⁸.

²⁷⁵ Art. 1 Direttiva 2014/104/UE.

²⁷⁶ Ci si riferisce all'attività di studio comparatistico che ebbe ad oggetto le condizioni procedurali cui gli Stati dell'UE subordinavano la soddisfazione delle pretese risarcitorie derivanti dalle violazioni *antitrust*. In particolare, ASHURST, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Bruxelles, 2004, sottolineò che gli ordinamenti nazionali disciplinavano le azioni risarcitorie in maniera assai diversificata e, in generale, sottosviluppata. M. CARPAGNANO, *Private antitrust enforcement: ieri oggi e domani*, in M.C. MALAGUTI, L. OGLIO, S. VANONI (a cura di) *Politiche antitrust ieri, oggi e domani*, 2017, 100 ss., ricostruisce lo sviluppo del fenomeno giuridico del *private antitrust enforcement* secondo tre diversi formanti del diritto (su tale concetto, v., R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1992), ciascuno dei quali corrisponde ad una precisa fase temporale. Il primo momento storico è caratterizzato dal formante giurisprudenziale, dato che l'assetto della tutela civilistica della concorrenza è stato dapprima definito dalla giurisprudenza, soprattutto comunitaria; il secondo stadio temporale si fonda sul formante dottrinale e, in particolare, sull'attività scientifica che ha preceduto la produzione dei documenti di *soft law* per lo sviluppo di un efficace ed armonizzato *private enforcement* nell'ambito comunitario (cfr. il Libro Verde della Commissione relativo alle Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (COM (2005) 672 del 19 dicembre 2005) e il Libro Bianco in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (COM (2008) 165 del 2 aprile 2008); infine, la terza fase evolutiva è proprio quella dell'approvazione della Direttiva 2014/104/UE, che si colloca nel momento di rilievo del formante legislativo del diritto.

²⁷⁷ Le carenze di tutela potevano disincentivare le imprese a stabilirsi o a fornire beni e servizi negli Stati membri più virtuosi, anche considerato che le vittime dell'illecito spesso scelgono di agire dinanzi all'autorità giurisdizionale dello Stato in cui è stabilito il danneggiante (*forum shopping*).

²⁷⁸ L'art. 2, let. b), D.Lgs. n. 3/2017, adottato in attuazione dell'art. 2 della legge di delegazione europea n. 114/2015, precisa che nella nozione di "diritto della concorrenza" rientrano gli artt. 101 o 102 TFUE, gli artt. 2, 3 e 4, L. n. 287/1990, applicati autonomamente o parallelamente al diritto della concorrenza dell'UE, nonché le disposizioni di ogni altro Stato membro che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli artt. 101 e 102 TFUE. Si rammenta, inoltre, che le disposizioni procedurali contenute nel D.Lgs. n. 3/2017 si applicano soltanto ai giudizi che siano stati instaurati successivamente al 26 dicembre 2014.

Un nucleo embrionale di disciplina del *private enforcement*, però, era già contenuto nell'art. 33 L. n. 287/1990²⁷⁹, in base al quale il giudice ordinario (la competenza spetta alle sezioni specializzate in materia di impresa, istituite presso gli uffici giudiziari di Milano, Roma e Napoli)²⁸⁰ può dichiarare la nullità degli accordi *antitrust*, condannare l'autore dell'illecito *antitrust* al risarcimento del danno e adottare un provvedimento diretto a fare cessare le condotte anticoncorrenziali²⁸¹.

Dal punto di vista soggettivo la legittimazione ad agire è riconosciuta a tutti gli operatori economici del mercato, ivi compresi i terzi estranei alla condotta vietata, che sono non solo i consumatori (o in senso ampio, gli utilizzatori dei beni e dei servizi su cui cade la violazione), ma anche le imprese concorrenti.

²⁷⁹ Per questo motivo, G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Verso il recepimento della Direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Conc. merc.*, 2014, 260, avevano prospettato il recepimento della Direttiva 2014/104/UE nella L. n. 287/1990, valorizzando il ruolo di quest'ultima come corpo normativo che raccoglie l'insieme delle disposizioni nazionali in tema di tutela della concorrenza. In particolare, si proponeva di procedere sull'esempio del codice della proprietà industriale, che contiene, dopo le disposizioni sostanziali, un capo dedicato alla tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà intellettuale.

²⁸⁰ L'art. 33 della legge *antitrust* contiene una norma sulla giurisdizione e una norma sulla competenza. La disciplina della competenza del giudice *antitrust* è prevista dall'art. 4, D.Lgs. n. 168/2003; essa è mutata nel tempo ed il numero delle sedi giudiziarie, già limitate a ventuno dall'art. 2, D. L. n. 1/2012 (conv., con modifiche, in L. n. 27/12), è stato ulteriormente ridotto a tre dall'art. 18, D. Lgs. n. 3/2017. Sul punto, V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 104/2014/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, *cit.*, 128 e ss., osserva, però, che il limitato numero dei tribunali competenti potrebbe incidere negativamente sulla frequenza delle azioni individuali dei consumatori, anche tenuto conto che il contributo unificato, *ex art. 2, c. 3, D.L. n. 1/2012*, per le cause instaurate dinanzi alle sezioni specializzate ammonta al doppio rispetto a quello previsto per il giudizio dinanzi alle sezioni ordinarie.

²⁸¹ L'art. 33 L. n. 287/1990 prevede che le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli I-IV della medesima legge sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'art. 1 D. Lgs. n. 168/2003 e ss. mm.; con riferimento all'apparato rimediabile *ivi* previsto, L. NIVARRA, *Il 2° comma dell'art. 33 l. 287/1990. La tutela civile: profili sostanziali*, in F. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto italiano antitrust*, Bologna, II, 1993, 1450, ravvisa un'occasione perduta, dato che "già ad una semplice lettura salta agli occhi la sobrietà della nuova normativa rispetto all'imponente apparato sanzionatorio degli artt. 2599-2601 c.c. dove, accanto al risarcimento danni, sono previsti il mero accertamento, l'inibitoria, la restitutio in integrum, la pubblicazione della sentenza, e dove, altresì, è testualmente sancita la legittimazione ad agire degli enti di categoria e delle associazioni professionali".

Nonostante i contrasti che hanno preceduto l'intervento di Cass., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207, la giurisprudenza è ormai consolidata nel ritenere che anche i consumatori pregiudicati dall'illecito *antitrust* siano legittimati ad agire in giudizio per far valere la violazione della normativa *antitrust*²⁸².

Si pensi, per esempio, al consumatore che stipula un contratto situato "a valle" di un'intesa restrittiva della concorrenza (c.d. *fruit contract*) e subisca l'imposizione di prezzi o clausole (o scelte tecnologiche) che sono state programmate "a monte" nell'ambito del cartello²⁸³.

In tali ipotesi il consumatore – da intendersi "*nell'accezione (ben nota nella teoria microeconomica) di unità decisionale che si presenta sul mercato per acquisire beni e servizi non destinati ad essere reimpiegati come fattori produttivi*"²⁸⁴ – ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno sofferto per essere stato privato della libertà di autodeterminarsi ed autoaffermarsi economicamente sul mercato²⁸⁵.

²⁸² Prima dell'intervento dell'organo nomofilattico la giurisprudenza (cfr. Cass., 2 marzo 1999, n. 1811, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 421, e Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Danno e resp.*, 2003, 390 con commento di S. BASTIANON) adottava una lettura restrittiva dell'art. 33 L. n. 287/1990, fondata sull'idea di un diritto *antitrust* ad uso esclusivo degli imprenditori.

²⁸³ In tema di contratti coinvolti in vicende *antitrust*, R. PARDOLESI, *Controllo e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, I, 2004, 469 distingue i c.d. *fruit contracts* dalle pattuizioni che perseguono frontalmente uno scopo anticompetitivo. Le questioni relative al trattamento giuridico dei contratti "a valle" derivano proprio dalla circostanza che essi hanno una causa e un oggetto propri leciti, essendo viziati soltanto per il fatto che il loro contenuto è stato programmato "a monte" nell'ambito del cartello. Da ultimo, Cass., S.U., 30 dicembre 2021, n. 41994, con riferimento alle fidejussioni bancarie che recepiscono le clausole ABI dichiarate illegittime ex art. 2 L. n. 287/1990 con provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia (allora competente in materia *antitrust* nel settore bancario), ha sancito che i contratti di fidejussione "a valle" di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, c. 2, lett. a), L. n. 287/1990 e 101 TFUE sono parzialmente nulli, ex artt. 2, c. 3, L. n. 287/1990 e 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata - perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza -, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti.

²⁸⁴ Così, A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro it.*, I, 2005, 1014.

²⁸⁵ Cass., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 2, 433, con nota di A. GUARNIERI, L'illecito *antitrust* degli assicuratori, le azioni degli assicurati e una questione di competenza risolta dalle Sezioni Unite, dopo aver ribadito il principio sancito da Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500, per cui la norma sulla responsabilità aquiliana è una norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente subito da un soggetto per effetto dell'attività altrui, afferma che un'intesa vietata può ledere il patrimonio di un singolo non

Le Sezioni Unite n. 2207/2005 hanno comportato l'allineamento e la convergenza dello sviluppo del *private antitrust enforcement* a livello nazionale ed europeo²⁸⁶, accogliendo un'interpretazione della L. n. 287/1990 conforme al diritto UE.

In detta sentenza, infatti, si afferma che “*la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti di mercato, ovvero di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere*”.

Più in generale, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha reso l'Italia sotto molti aspetti già conforme ai principi sanciti dalla Direttiva 2014/104/UE²⁸⁷.

partecipe ad un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, in quanto viola un interesse giuridicamente rilevante. Secondo la Suprema Corte il bene giuridico tutelato dalla legge antitrust eccede quello individuale o esclusivo della classe imprenditoriale, per cui le imprese danneggiate dalle disfunzioni del mercato non sono le sole entità capaci di vantare una posizione giuridica soggettiva attiva avente ad oggetto la conservazione ed il funzionamento del libero mercato; la legge antitrust, infatti, non ignora l'interesse del consumatore, come dimostra l'art. 4 della medesima legge prevedendo una deroga al divieto nel caso di intese produttive di effetti favorevoli per il consumatore. In dottrina G. GUIZZI, *Interessi individuali e interessi collettivi nella disciplina della concorrenza*, in *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2018, 322 e ss. (già pubblicato in A.M. AZZARO (a cura di), *Contratto e mercato*, Torino, 2004, 79 e ss.) osserva che l'esistenza di un interesse giudiziariamente azionabile al rispetto delle regole concorrenziali si rinviene dall'art. 1, c. 2, let. e), L. n. 281/1998 (ora art. 2, c. 2, let. e), D. Lgs. n. 206/2005), che riconosce il diritto fondamentale del consumatore alla “correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi”. Secondo l'A., considerato che le condotte dirette a provocare un'alterazione concorrenziale del mercato non sono conformi allo standard di comportamento corretto, la norma proietta l'interesse dei consumatori alla concorrenza entro una prospettiva di tipo individualistico, che li legittima ad agire in giudizio.

²⁸⁶ Nell'ordinamento giuridico europeo la tendenza ad ampliare l'ambito soggettivo di tutela della normativa *antitrust* risale a C. giust., 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage c. Crehan*, secondo la quale “*la piena efficacia dell'art. 85 del trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza*”. In merito allo sviluppo del *private antitrust enforcement* non del tutto corrispondente in sede europea e italiana, cfr. M. CARPAGNANO, *Private antitrust enforcement: ieri oggi e domani*, cit., 103 ss.

²⁸⁷ G. SCOCCINI, *Aspetti generali del private enforcement*, cit., 824.

Le scelte del legislatore UE in punto di disciplina delle azioni risarcitorie *antitrust* risentono in maniera significativa del modo in cui il *private enforcement* si pone nei confronti del *public enforcement*.

Sul piano funzionale l'applicazione del diritto *antitrust* si differenzia a seconda dell'ambito di tutela in cui si inserisce: al giudice compete la tutela *ex post* delle situazioni giuridiche individuali lese dalle condotte illecite²⁸⁸, mentre l'intervento dell'AGCM è finalizzato al mantenimento (o ristabilimento) delle condizioni di mercato competitive²⁸⁹.

Inoltre, se la cognizione del giudice è accordata su iniziativa privata e vincolata alla prospettazione delle parti, esaurendosi nella dimensione individuale della specifica controversia, l'AGCM, invece, può intervenire d'ufficio anche a fronte di situazioni di mero "pericolo", in cui la violazione è soltanto sospetta, oppure di intese che hanno soltanto per "oggetto" la restrizione della concorrenza, ma che in un'ottica di prevenzione è necessario reprimere²⁹⁰.

Ne segue che, sebbene la medesima condotta anticoncorrenziale possa essere oggetto di due procedimenti distinti (uno dinanzi al giudice e l'altro dinanzi all'AGCM), il giudice valuta gli effetti della condotta in relazione alla singola vittima, la cui posizione potrebbe non essere minimamente considerata dall'AGCM, data la diversità del ruolo di quest'ultima, che deve valutare gli effetti della condotta sul piano generale del mercato²⁹¹.

Alla base del doppio binario di tutela spicca il principio di unitarietà del sistema *antitrust*, secondo cui le azioni di risarcimento danni "possono

²⁸⁸ In tal senso, v. Corte d'Appello Milano, 16 luglio 2008, *Foro it.*, 2009, I, 904.

²⁸⁹ In tal senso, v. Corte d'Appello Milano, *cit.*.

²⁹⁰ Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, cfr. M. TAVASSI, *Il ruolo dei giudici nazionali nel private enforcement, competenze concorrenti e coordinamento con l'azione dell'autorità garante*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, II, 1000.

²⁹¹ Così, M. TAVASSI, *Il risarcimento del danno a seguito della Direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea. XII Convegno*, Bruylant, 2017, 144.

contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza"²⁹².

Il legislatore considera il *public* e il *private enforcement* come piani di tutela complementari tra loro integrati, capaci di generare vantaggi sia a livello (generale) di sistema sia a livello (particolare) di singola azione giudiziale²⁹³.

L'applicazione binaria della normativa, infatti, ne implementa l'effettività, dato che l'azione pubblica: *i*) può intervenire d'ufficio a fronte di fattispecie di mero "pericolo"; *ii*) è svincolata dalla prospettazione degli attori procedimentali; *iii*) dispone di penetranti poteri inquisitori²⁹⁴.

In particolare, il *public enforcement* presenta natura "astratta" in quanto i poteri dell'AGCM prescindono da un'effettiva lesione della sfera giuridica individuale, potendo essere attivati anche a fronte di un danno meramente potenziale, valutato sulla base di un giudizio prognostico *ex ante* avente ad oggetto la potenzialità lesiva del comportamento dell'impresa.

Quanto detto denota l'attitudine del *public enforcement* di operare anche laddove manchino i presupposti per l'attivazione dei rimedi giurisdizionali, quando non vi sia un privato lesa dalla condotta del

²⁹² Il principio risale C. giust., 20 settembre 2001, C-453/99. Nel caso di specie il sig. *Bernard Crehan* aveva stipulato con la società *Courage Ltd* un contratto di locazione che prevedeva un obbligo di acquisto esclusivo di birre a favore della locataria e veniva citato in giudizio per il pagamento delle forniture rimaste insolute; nell'ambito della sua strategia difensiva asseriva che i prezzi praticati dall'attrice per la vendita di birra ai gestori dei pub indipendenti fossero più bassi rispetto a quelli imposti agli esercenti vincolati dalla clausola di esclusiva, domandando il risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust*. La Corte afferma che, se la parte del contratto illecito, suscettibile di restringere o falsare il gioco della concorrenza, non potesse domandare il risarcimento del danno causato dall'accordo, verrebbe pregiudicata la piena efficacia della norma, dato che il rimedio risarcitorio "*rafforza il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza*". Conseguentemente, la legittimazione attiva a far valere in giudizio la violazione *antitrust* viene estesa a qualsiasi singolo, fatta salva la possibilità che il diritto nazionale neghi il risarcimento del danno alla parte che risulti significativamente responsabile della distorsione della concorrenza, in applicazione del principio per cui nessuno può trarre beneficio dall'accertamento del proprio comportamento illecito.

²⁹³ BENNACCHIO, *Le regole antitrust tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 198 e 204.

²⁹⁴ Cfr. artt. 12 e ss. Delibera AGCM, 1 aprile 2015, n. 25411; art. 14 L. n. 287/1990.

professionista o un privato che disponga delle risorse e dei mezzi necessari per tutelare adeguatamente i propri interessi²⁹⁵.

Specularmente, l'azione civile acquista centralità nei casi in cui l'AGCM decida di non intervenire, ritenendo al di fuori delle proprie priorità di intervento le denunce sottoposte al suo sindacato²⁹⁶.

In tali casi, al singolo danneggiato resta aperta la via della giurisdizione, attraverso la quale ottenere una sentenza di condanna al risarcimento del danno, con conseguente riallocazione delle risorse a svantaggio del responsabile della violazione²⁹⁷.

L'azione privata, inoltre, si rivela auspicabile anche sul piano della salvaguardia della concorrenza nei casi in cui tale soggetto rappresenti

²⁹⁵ La giurisdizione del giudice civile, infatti, è diretta alla protezione *ex post* degli interessi privati e soggiace al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.), nonché a quello dispositivo delle prove dei fatti allegati dalle parti (art. 115 c.p.c.). Può accadere che taluni soggetti privati subiscano un danno di entità inferiore agli oneri processuali, da intendersi comprensivi di quelli probatori e di rifusione delle spese nel caso di soccombenza; in queste circostanze, l'“azione di classe”, prevista dal titolo VIII-*bis*, libro IV, c.p.c., rappresenta la forma di aggregazione delle azioni individuali di coloro che, altrimenti, avrebbero rinunciato all'azione giurisdizionale.

²⁹⁶ L'AGCM ha il potere di organizzare l'ordine di priorità dei procedimenti, sia nel senso “positivo” di decidere i casi da avviare in via prioritaria e anche d'ufficio, nonché lo sforzo investigativo da dedicare alla loro istruzione, sia nel senso “negativo” di respingere le denunce dei privati ritenute al di fuori delle prefissate priorità. Quali esempi di c.d. priorità positive: *i*) il termine di conclusione del procedimento, contenuto nel provvedimento di avvio di istruttoria (art. 6, c. 3, d.P.R. n. 217/1998), che è indicativo dell'ordine di priorità con cui è trattato un caso; *ii*) le scelte di quali poteri esercitare e quali strumenti adottare per l'attuazione delle norme *antitrust*; *iii*) la decisione se accettare o meno gli impegni proposti dalle imprese (in questo senso, Tar Lazio, 7 aprile 2008, n. 2902). Quanto alle c.d. priorità negative, cfr. il considerando 23 Direttiva 2019/1/UE (recepita con D. Lgs. n. 185/2021), in base al quale le autorità nazionali garanti della concorrenza “*dovrebbero poter respingere le denunce a motivo del fatto che non costituiscono una priorità*”, e l'art. 4, § 5, della medesima Direttiva, secondo cui laddove tali autorità sono tenute a prendere in considerazione denunce formali esse hanno “*il potere di respingere tali denunce a motivo del fatto che non le considerano delle priorità investigative*”. CODACCI PISANELLI, *Questioni di priorità: la Direttiva ECN+ e la discrezionalità dell'Autorità di concorrenza nella selezione dei casi*, in *Merc. conc. reg.*, 2021, 175 e ss., si sofferma sul rischio che sia, così, conferita alle autorità nazionali *antitrust* un'eccessiva discrezionalità non bilanciata da un successivo controllo giurisdizionale o che quest'ultime si orientino alla tutela dei soli casi di maggiore rilievo, mentre anche casi diversi dai *big cases* potrebbero rivestire un interesse concorrenziale sotto il profilo della deterrenza.

²⁹⁷ L'individuazione delle priorità consente all'AGCM di vigilare sull'osservanza delle norme *antitrust* concentrandosi sulle condotte di maggior gravità dal punto di vista concorrenziale e, sebbene consenta una maggiore efficacia nell'utilizzo delle risorse a disposizione nell'applicazione del diritto della concorrenza, rende fisiologico che la selezione delle fattispecie da reprimere conduca a ritenere talune condotte di trascurabile rilievo sul piano concorrenziale. Cfr., GAMBARO, *Private enforcement of Antitrust law, cit.*, 721-742.

l'attore "più efficiente", perché più vicino all'infrazione e, quindi, in grado di sostenere meglio dell'autorità *antitrust* l'onere di provare gli elementi della fattispecie²⁹⁸.

Tutto ciò considerato, il *private enforcement antitrust* (specie in presenza di forme di tutela collettiva)²⁹⁹ disincentiva le imprese ad agire in violazione dei divieti, inducendole a valutare la "convenienza" delle

²⁹⁸ R. PARDOLESI, *Privatizzazione dell'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e Garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, 2008, 202 e ss.; ID, *Private enforcement: da "com'eravamo" alle prospettive di un futuro incisivo*, in M. CARPAGNANO, A.G. BENNACCHIO (a cura di), *Il Private Enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali. Atti del II Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 8-9 maggio 2009*, Padova, 2009, 19, si sofferma sull'idea che l'iniziativa dei privati può arrivare, sulla base di conoscenze specifiche, là dove le autorità pubbliche non riescono a spingersi; in particolare l'A. richiama il caso statunitense relativo al cartello delle vitamine in "bulk", in cui l'attivazione dei privati ha portato alla condanna in sette settori sfuggiti alla repressione pubblica. Ciò dimostra che il *private enforcement*, se ben costruito, concorre ad aumentare: i) la probabilità che le condotte illecite siano di disvelate; ii) l'accuratezza delle rilevazioni dei sottostanti elementi di fatto; iii) la deterrenza; iv) la complessiva competitività del sistema economico. Siffatta notazione non inficia quanto si dirà in relazione alla tendenziale asimmetria informativa che interessa le posizioni processuali dell'attore privato e dell'impresa convenuta, volendosi semplicemente dare atto che l'argomento secondo cui il *private enforcement* è ridotto di numero perché le vittime dell'illecito hanno una limitata conoscenza del pregiudizio sofferto non deve essere sopravvalutato.

²⁹⁹ La possibilità di aggregare le domande di molti danneggiati consente (almeno nella speranza del legislatore quando ha introdotto l'art. 140bis Cod. cons., oggi trasfuso negli artt. 840bis e ss. c.p.c.) di superare il problema della "apatia razionale", che consiste nel fenomeno per cui a fronte di un danno non particolarmente rilevante se valutato individualmente, il danneggiato preferisce sopportare l'onere piuttosto che affrontare i costi, le difficoltà e i rischi di un'azione civile. Questo fenomeno è presente nel *private antitrust enforcement*, come rilevano M. AMORESE, *Dall'azione individuale all'azione di classe in antitrust*, in S. BASTIANON (a cura di), *La tutela privata antitrust. Italia, Unione europea e Nord America. Atti del convegno tenuto presso l'Università di Bergamo 11 aprile 2011*, Milano, 2012, 44; G. AFFERNI, *Azione di classe e danno antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2010, 3, 493. Il fatto che l'azione di classe favorisca l'accesso alla giustizia anche alle vittime di danni di scarsa entità, così favorendo la duplice funzione risarcitoria e deterrente della responsabilità civile portò la Commissione nel Libro Bianco in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (COM (2008), 165 del 2 aprile 2008), punto 2.1, a riconoscere la "chiara necessità di meccanismi che consentono l'aggregazione delle singole istanze da parte delle vittime delle violazioni delle norme antitrust". Da ultimo la Direttiva 2020/1828/UE ha stabilito le norme volte a garantire che in tutti gli Stati membri sia disponibile una procedura di azione rappresentativa (di tipo inibitorio e risarcitorio) per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Prima di questo intervento si riteneva che la disciplina comune delle *collective redress* fosse "il grande assente" della Direttiva 2014/104/UE, considerata tra le sue "occasioni perse" (cfr. E.A. RAFFAELLI, F. CROCI, *La prova nel private antitrust enforcement*, in M.C. MALAGUTI, L. OGLIO, S. VANONI (a cura di) *Politiche antitrust ieri, oggi e domani*, 2017, 143, e G. VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 3, 301 ss., spec. 304; v. anche V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 104/2014/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1, 119).

condotte illecite tenendo (anche) conto dell'eventuale condanna al risarcimento dei danni, il cui ammontare potrebbe essere superiore a quello della sanzione amministrativa³⁰⁰.

L'implementazione a livello UE della giustizia retributiva degli Stati membri muove proprio dalla considerazione che alla tutela del mercato contribuisce (indirettamente) l'effetto "deterrente" del *private litigation*³⁰¹.

L'esperienza degli Stati Uniti costituisce l'esempio del successo anche in termini macro-economici dell'applicazione del diritto *antitrust* nelle controversie tra privati³⁰². Tuttavia, nell'UE il miglioramento della tutela risarcitoria non ha portato al ribaltamento del rapporto tra *private* e *public enforcement*, che resta lo strumento privilegiato di tutela della concorrenza³⁰³.

³⁰⁰ La questione della probabilità di disvelamento dell'illecito da parte delle autorità preposte alla tutela della concorrenza è affrontata da R. PARDOLESI, *Privatizzazione dell'antitrust?*, cit., 206, che a questo proposito parla di "deterrenza prospettica" risultante dalla moltiplicazione dell'ammontare della sanzione per la probabilità che questa venga effettivamente irrogata. L'A. osserva che in mancanza di deterrenza prospettica la commissione dell'illecito costituisce "un rischio che vale cinicamente la pena di correre".

³⁰¹ Nel Libro Bianco della Commissione in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (COM (2008) 165 del 2 aprile 2008), punto 1.2, si legge che "il miglioramento della giustizia retributiva produrrebbe [...] di per sé conseguenze positive anche in termini di effetto deterrente per le infrazioni future e di maggiore rispetto delle norme antitrust comunitarie". In dottrina, G. ROMANO, *Il ruolo dell'AGCM nei rapporti con i giudici nazionali: disciplina e prassi*, in L. AGOSTINACCHIO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali. Atti del Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Trento, 8-9 maggio 2009*, 2009, 73.

³⁰² Negli Stati Uniti l'azione privata ha un'importante funzione deterrente che si realizza pienamente grazie ad alcune delle regole procedurali che lo connotano. In tal senso si ricordano i *treble damages*, la possibilità del patto di quota lite (*contingency fee*) e l'adozione di un modello di *class actions* di tipo *opt-out*, che coinvolge tutti i componenti della classe, a meno che non si dissociino espressamente dall'azione. Sul punto, V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 104/2014/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, cit., 119. Il successo dell'applicazione del diritto della concorrenza nell'ambito delle controversie tra privati, emerge dai dati secondo cui nel sistema statunitense il *private enforcement* rappresenta il 95% del contenzioso *antitrust*, mentre nell'UE è il *public enforcement* a svolgere circa il 90% dell'attività di applicazione delle norme a tutela della concorrenza. Per maggiori approfondimenti sul tema, cfr. D. GERBER, *Il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale: Stati Uniti ed Europa a confronto*, in *Quaderni del Centro di Documentazione Europea*, Trento, 2010, 10 e ss., e G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di Direttiva UE del 2013*, in *Conc. e mercato*, 2014, 183 e ss..

³⁰³ In tal senso, G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, in *Mercato conc. reg.*, 2017, 1, 13, osservano che

Nell'UE, infatti, l'azione civile non svolge una funzione punitivo-afflittiva³⁰⁴, bensì compensativa, in quanto il risarcimento, per quanto possa essere “temuto” dalle imprese, resta uno “*strumento di riequilibrio economico del danno*”³⁰⁵, secondo il principio del danno effettivo, in forza del quale il danneggiato riceve soltanto quanto necessario a rimuovere gli effetti economici negativi derivanti dall'illecito³⁰⁶.

In questi termini, l'effetto deterrente che ha in sé l'azione civile si correla al fatto che l'ordinamento reagisce alla verifica di un danno

“chi auspicava una riforma radicale del sistema europeo in cui al private enforcement fosse assegnato un'importanza equiparabile a quella che esso riveste negli Stati Uniti, come in qualche modo veniva prefigurato nel Libro verde del 2005, è rimasto insoddisfatto”.

³⁰⁴ Viene qui in rilievo il tema dei *punitive damages* che impongono a carico del responsabile dell'illecito di un sacrificio non commisurato al danno arrecato; la sanzione punitiva può essere determinata in proporzione delle condizioni economiche del responsabile oppure del guadagno ottenuto attraverso l'illecito e comunque non ammette alcuna forma di copertura assicurativa. L'opportunità dei *punitive damages* si avverte nelle ipotesi in cui la violazione del precetto normativo produce per il suo autore benefici superiori ai danni cagionati ai singoli o, comunque, di ridotte dimensioni e diffusi nel pubblico. In dottrina, cfr. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno, cit.*, 10; C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giust. civ. com.*, 2018, 1. Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, ha ammesso la comminatoria di “risarcimenti punitivi” soltanto nei casi previsti dalla legge, secondo il principio di legalità ex artt. 23, 24 e 25 Cost. e art. 7 CEDU; pertanto, la sentenza straniera che impone tali prestazioni economiche può essere riconosciuta nell'ordinamento italiano soltanto se la condanna proviene da una fonte normativa riconoscibile e sia stata adottata su basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità. Con riferimento alla responsabilità civile, inoltre, nella citata sentenza si afferma che “*accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva*”. A tale soluzione la Corte di Cassazione è pervenuta muovendo dalla ricognizione del panorama normativo vigente, che, secondo l'interpretazione accolta, mostrerebbe una “*curvatura deterrente/sanzionatoria*”, da cui poter dedurre il carattere polifunzionale della responsabilità civile extracontrattuale.

³⁰⁵ In tal senso, la concezione della responsabilità extracontrattuale come tecnica di allocazione dei danni; cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 2021, 5, 524.

³⁰⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità, cit.*, spec. 136 e 530. In questo senso, il considerando 13 Direttiva 2014/104/UE dispone che “*il pieno risarcimento a norma della presente direttiva non dovrebbe comportare una sovracompenrazione, che sia a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura*”; del pari, l'art. 2 Direttiva 2014/104/UE pone quale obiettivo della disciplina la realizzazione del risarcimento integrale del danno subito dalla vittima. In questo modo, come sottolinea G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 3, 301, l'effetto deterrente della responsabilità civile rappresenta un risultato soltanto indiretto, realizzato dalla minaccia per il potenziale responsabile di dover sopportare in via definitiva tutto il peso del danno creato; si denota così la distanza tra la Direttiva e il Libro Verde della Commissione in materia di risarcimento del danno *antitrust* (COM(2005) 67.2 def. del 19 dicembre 2005), favorevole a riconoscere alla responsabilità in materia uno scopo deterrente.

ingiusto³⁰⁷, prevedendo un sistema risarcitorio che comporta l'impovertimento del responsabile³⁰⁸.

Quanto sopra esposto conferma che il *private enforcement antitrust* costituisce uno strumento di tutela diverso e non sovrapponibile a quello di *public enforcement*³⁰⁹.

I due sistemi operano su piani autonomi: la funzione tipicamente "punitiva" ed "afflittiva" finalizzata in via primaria a garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati è svolta dall'AGCM, mentre il privato può far valere il diritto soggettivo lesa da una condotta *antitrust* rivolgendosi al giudice civile³¹⁰.

³⁰⁷ Cfr. C. SCONAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *NDI*, VIII, 1962, 171.

³⁰⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità, cit.*, 530. In questi termini, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno, cit.*, 10, sottolinea che la reintegrazione dell'interesse lesa, sia per equivalente o in forma specifica, presenta sempre anche una funzione sanzionatoria, che non coincide né deve essere confusa con la finalità punitiva di quelle sanzioni che producono una deterrenza "forte" di tipo afflittivo.

³⁰⁹ A. SAIJA, *La distinzione tra public e private enforcement del diritto antitrust: un valore da preservare*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il Private Antitrust Enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019*, Trento, 2019, 123 e ss., ribadisce l'importanza di una chiara distinzione dei ruoli tra i due canali di tutela, pur a fronte di alcuni recenti sviluppi. Per quanto riguarda il panorama europeo, l'A. ritiene che sarebbe stata auspicabile una posizione più netta da parte della Corte di Giustizia in merito alle conclusioni dell'Avvocato generale WAHL presentate il 6 febbraio 2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki c. Skanska Industrial Solutions Oy Industry Oy Asfaltmix Oy*, che punta ad estendere la portata dell'azione di danno per consentire che il risarcimento venga approssimato in modo affidabile alla perdita di efficienza subita dal sistema nel suo complesso. L'A. sottolinea, invece, che va considerato che il pregiudizio per la collettività già assume rilievo nella determinazione della sanzione, attraverso la valutazione di gravità dell'illecito anticoncorrenziale, sicché attribuire al risarcimento una funzione punitivo-deterrente porterebbe a un'inappropriata sovrapposizione con lo strumento sanzionatorio.

³¹⁰ Cons. St., sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773: "*la pretesa del privato al corretto esercizio di tale funzione "punitiva", per quanto costituisca [...] un interesse giuridicamente rilevante, non ha, tuttavia, la consistenza e la pienezza del diritto soggettivo che il privato vittima di specifiche condotte anticoncorrenziali può far valere, con l'azione di risarcimento del danno, dinanzi al giudice civile, attivando, appunto, gli strumenti di private enforcement*". Nel senso che l'autorità antitrust verifica nell'interesse generale se è stato compromesso il corretto funzionamento del mercato cfr. il considerando n. 15 Reg. 2003/1/CE. La distinzione tra public e private enforcement è stata messa in luce dal TAR Lazio, sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713, il quale ha sottolineato la "diversità dei presupposti" della tutela pubblica "che soddisfa un'esigenza diversa da quella concessa dal giudice ordinario, laddove quest'ultimo si pronuncia soltanto su ricorso di parte (in genere, imprese concorrenti) per la tutela di un interesse privato, mentre l'Autorità agisce di sua iniziativa per tutelare l'interesse pubblico primario di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale".

Come accennato, però, il *public enforcement* continua ad essere il canale prevalente di applicazione del diritto *antitrust*, in quanto ritenuto superiore in termini di capacità di scoprire gli illeciti (specie i cartelli segreti), che richiedono risorse e poteri inquisitori di cui il giudice civile strutturalmente non dispone³¹¹, oltre al fatto che solo l'AGCM può intervenire d'ufficio senza essere vincolata alle (eventuali) denunce, potendo sia inquadrare il fatto in una differente fattispecie legale sia implicare conseguenze non coincidenti con quelle prospettate³¹².

All'opposto della tutela privata, infatti, quella dell'AGCM va dispiegata “*in via preventiva, con immediatezza e continuità, a mezzo di una ininterrotta attività di sorveglianza, con l'attribuzione all'organo vigilante di una considerevole ricchezza di strumenti di intervento*”³¹³.

Il ruolo centrale delle autorità *antitrust* nella tutela della concorrenza non è mutato a seguito della Direttiva Danni, che in tale senso mira a rafforzare il *private litigation* senza surrogarlo al sistema di *public enforcement*³¹⁴.

Addirittura, si ritiene che il *private enforcement* si sia sviluppato all'“ombra” della componente pubblicistica del diritto *antitrust*, sottolineando come l'implementazione della tutela risarcitoria si presenti “*più come strumento per favorire il rispetto delle regole comunitarie sulla concorrenza [...] che non come strumento civilistico di tutela di posizioni giuridiche soggettive*”³¹⁵.

³¹¹ G. SCOCCINI, *Aspetti generali del private enforcement*, cit., 817.

³¹² Nel procedimento *antitrust* non sussiste una necessaria corrispondenza tra la denuncia e l'avvio dell'istruttoria; cfr. M. ANTONIOLI, *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto antitrust*, cit., 75 e ss., che si sofferma sul tema della doverosità della funzione amministrativa.

³¹³ R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, cit., 133.

³¹⁴ V. Documento di lavoro della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazioni delle norme comunitarie *antitrust*, capitolo 1.B.21: “*the commission objective is to create an effective second pillar of enforcement of EC competition rules as a complement to, and not substitute for, public enforcement*”.

³¹⁵ G.A. BENNACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in L.F. PACE (a cura di) *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2020, Padova, 17. “*Il più forte argomento in pro del private enforcement rinvia dall'insufficienza di quello pubblicistico*”, così, R. PARDOLESI, *Privatizzazione dell'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, cit., 203. Sul fatto che l'*antitrust private*

I segni di una sottesa prevalenza del *public enforcement* si possono rintracciare nella stessa Direttiva Danni, a partire dal contesto in cui avvenne la sua approvazione.

La “svolta” verso l’approvazione della Direttiva Danni fu rappresentata dalla necessità di disciplinare in maniera uniforme la divulgazione delle prove contenute nel fascicolo delle autorità *antitrust* ai fini del loro utilizzo come prova nel processo civile.

Si avvertiva, infatti, la necessità di superare la soluzione accolta da Corte di Giustizia, 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfeiderer*, e 6 giugno 2013, C-536/11, *Donau Chemie*, che affidava ai giudici nazionali la decisione, caso per caso, relativa alla divulgazione del materiale probatorio acquisito in sede di *public enforcement*³¹⁶.

In particolare, il problema si poneva con riguardo alle dichiarazioni di autoincriminazione rese nell’ambito dei programmi di clemenza. L’accesso a tali prove nei processi di *private enforcement*, infatti, diminuiva l’attrattiva di tali programmi, con conseguenze negative sul piano pubblicistico, dato che l’istituto consente di risparmiare risorse utili alla scoperta di altri illeciti, implementando così l’efficienza dell’azione *antitrust*³¹⁷.

enforcement non fosse un mero strumento di tutela di diritti individuali, ma piuttosto una componente essenziale per una efficace applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, cfr. V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 104/2014/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, cit., 119.

³¹⁶ C. giust., 6 giugno 2013, C-536/11, *Donau Chemie*, § 44, precisava che i giudici nazionali, nell’apprezzare l’interesse del soggetto richiedente l’accesso ai documenti, funzionale all’esercizio di azioni di risarcimento, avrebbero dovuto tener conto “*in particolare delle altre possibilità eventualmente a sua disposizione*” in base al diritto nazionale. Il principio espresso dalla Corte di Giustizia poteva, dunque, sintetizzarsi nella prevalenza dell’interesse pubblico sull’interesse privato, salvo circoscrivere in via “residuale” l’accesso ai documenti contenuti nei fascicoli delle autorità di concorrenza alle sole ipotesi in cui non erano disponibili altri strumenti alternativi di raccolta delle prove.

³¹⁷ Il considerando 38 Direttiva 2014/104/UE sottolinea che il ruolo svolto dalle imprese che collaborano con le ANC nell’ambito di un programma di clemenza è determinante nell’individuazione delle violazioni commesse sotto forma di cartelli segreti e nella loro cessazione, permettendo spesso di arginare il danno che sarebbe stato causato se la violazione fosse continuata. I programmi di clemenza esplicano un’efficacia *ex ante*, in quanto consentono di “*innescare tra i partecipanti ad un cartello una sorta di corsa virtuosa al ‘ravvedimento’ ed alla collaborazione (c.d. race to the courthouse)*”. Così, P. CASSINIS, *I programmi di clemenza*

Oltretutto, l'incentivo a collaborare con le autorità *antitrust* si riduceva ancora di più nei casi in cui l'opportunità di un programma di clemenza fosse valutata considerando non solo l'eventualità di un contenzioso civile, ma anche la presenza di altre imprese co-responsabili non collaboranti, che se impugnano il provvedimento rendono l'impresa cooperante "bersaglio preferenziale di contenzioso"³¹⁸.

La Direttiva Danni cerca di conciliare l'esigenza da un lato di garantire il funzionamento dei programmi di clemenza, attraverso la riservatezza delle dichiarazioni confessorie rese dal *leniency applicant*, dall'altro lato quella di assicurare l'effettività del diritto di azione individuale, rimediando all'asimmetria informativa del danneggiato riconoscendogli, a determinate condizioni, il diritto di accedere ai documenti contenuti nel fascicolo dell'autorità *antitrust*³¹⁹.

A tal fine, la Direttiva (recepita dagli artt. 3 e 4 D.Lgs. n. 3/2017)³²⁰ prevede che il giudice civile possa, su istanza di parte, ordinare (alle parti

e il rilievo per l'*antitrust private enforcement*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 571.

³¹⁸ In questi casi la decisione dell'autorità diventa definitiva prima per l'impresa che partecipa al programma di clemenza, perché per le imprese ricorrenti il provvedimento diventa definitivo dopo l'esito del giudizio di impugnazione. Per questo motivo la Direttiva Danni prevede misure di protezione per le imprese beneficiarie del programma di clemenza, tra le quali si annovera l'attenuazione della responsabilità solidale nell'ipotesi di illecito compiuto congiuntamente ad altre imprese. L'art. 11 della Direttiva Danni circoscrive la responsabilità della *leniency applicant* ai soli danni subiti dai propri fornitori e acquirenti, mentre nei confronti degli altri danneggiati risponde in solido soltanto se non sia possibile ottenere il pieno risarcimento dalle altre imprese.

³¹⁹ Sul punto, M. TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in *Aida*, 2015, 206, sottolinea come la disciplina dell'accesso alle prove contenute nel fascicolo *antitrust* sia il luogo di emersione dei due concezioni antagoniste del *private enforcement antitrust*: quella che gli assegna una funzione complementare, ma secondaria rispetto all'azione della Commissione e delle ANC, e quella che, invece, rifiuta di considerarlo come uno strumento subalterno di tutela della concorrenza, ponendolo allo stesso livello dell'azione amministrativa. La prima concezione tende a restringere l'utilizzo in giudizio delle prove acquisite nel procedimento amministrativo a protezione della segretezza e quindi anche dell'efficacia dell'azione pubblica rivolta al ripristino dell'ordine concorrenziale, mentre la seconda tende a favorirlo, così da realizzare una tutela civile il più effettiva possibile. In questa dialettica si pongono le soluzioni accolte dalla Direttiva 2014/104/UE.

³²⁰ Gli artt. 3 e 4 D. Lgs. n. 3/2017, se per un verso ampliano la *disclosure* prevista dagli artt. 210 e 213 c.p.c., escludendo l'onere per l'istante di provare l'effettiva esistenza dei singoli documenti richiesti, per altro verso la circoscrivono, adottando un modello di *disclosure* "temperato o differenziato". Cfr. R. CAIAZZO, *L'azione risarcitoria, l'onere della prova e gli strumenti*

o a terzi) la divulgazione di specifici elementi di prova o di rilevanti categorie di prove, a condizione che la richiesta ostensiva sia motivata con riferimento a fatti ragionevolmente esistenti e comunque sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento³²¹.

A seconda della natura del documento richiesto, poi, l'art. 6 della c.d. Direttiva Danni differenzia la tipologia di *disclosure*, che risulta più o meno "temperata".

Nello specifico i giudici nazionali: *i*) non possono ordinare la divulgazione delle dichiarazioni legate ad un programma di clemenza né le proposte di transazione (c.d. *black list*); *ii*) possono ordinare la divulgazione delle informazioni elaborate specificamente ai fini di un procedimento *antitrust*, quelle comunicate alle parti nel corso del procedimento e le proposte di transazione ritirate (la c.d. *grey list*) solo dopo la conclusione del procedimento.

La necessità di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto *antitrust* emerge, inoltre, dalla disposizione dello stesso art. 6 che indica tale necessità tra i criteri che i giudici nazionali devono impiegare al fine di valutare la proporzionalità della richiesta ostensiva.

processuali ai sensi del diritto italiano, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 483 e ss., per un approfondimento della disciplina prevista dalla Direttiva 2014/104/UE e del D. Lgs. n. 3/2017.

³²¹ Così, l'art. 5 Direttiva 2014/104/UE. Sul punto, A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *Aida*, 2015, 255, osserva che diversamente da quanto dispone l'art. 210 c.p.c., la Direttiva Danni stabilisce che l'esibizione possa disporsi anche con riguardo a categorie di prova, anziché solo a singoli documenti o cose, sicché non potrà applicarsi integralmente il disposto dell'art. 94 disp. att. c.p.c. nella parte in cui prevede l'onere dell'istante di darne indicazione specifica (in questo senso, il considerando 15 della Direttiva Danni chiarisce esplicitamente che non occorre alcuna indicazione specifica). Il riferimento alle allegazioni fattuali risulta dunque necessario per prevenire il ricorso all'istituto in funzione di esplorativa, impedendo così un abuso di *disclosure* in violazione del principio dell'onere della prova (art. 2697 c.c.), che determinerebbe un aumento dei costi del processo. A.D. DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 6, 1495, precisa che più che di un ordine di "divulgazione" in senso stretto, si tratta di un ordine di "esibizione" e "produzione" di documenti e che alla luce del tenore del considerando 15 della Direttiva Danni "non parrebbe azzardato ipotizzare che il legislatore italiano sia tenuto ad introdurre meccanismi di ricerca, ancor prima che della prova, del fatto rilevante", dato che la parte potrebbe accedere agli strumenti processuali in esame con una richiesta motivata anche da una approssimativa conoscenza di circostanze.

Dalle regole sopra esposte in tema di *disclosure* si traggono alcune considerazioni, che riguardano il rapporto di “*vera e propria integrazione*”³²² che sussiste tra *private* e *public enforcement*.

Come visto, l'*enforcement* pubblico e quello privato delle regole di concorrenza costituiscono forme di tutela distinte e parallele³²³, ma ciò non toglie che “*l'autonomia dei due sistemi non deve essere intesa come assenza di rapporti*”³²⁴.

Detti rapporti, che si traducono in momenti di interazione tra i due livelli di applicazione della normativa *antitrust*, informano tutta la disciplina della Direttiva Danni.

Il legislatore UE da un lato assicura che detta interazione non si risolva a danno dell'apparato pubblico di tutela del mercato, dall'altro lato valorizza l'apporto che il *public enforcement* può fornire alla tutela giurisdizionale, attenuando le difficoltà probatorie che connotano i processi *antitrust*.

8. (Segue) Circolarità delle tutele, certezza ed uniformità del diritto *antitrust*. In particolare, l'effetto vincolante ascritto al provvedimento *antitrust* nelle *follow-on actions*

La disciplina sopra esaminata, riguardante l'accesso alle prove contenute nel fascicolo dell'autorità, rappresenta soltanto un esempio della “*circolarità delle tutele*”³²⁵ che connota il sistema *antitrust*.

Vi sono, infatti, ulteriori istituti da cui si trae l'importanza dell'interazione tra i diversi ambiti di tutela *antitrust* e che, soprattutto,

³²² G.A. BENNACCHIO, *Le regole antitrust tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 198.

³²³ Cfr., *ex multis*, Cass., n. 11904/2014, cit.; Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, I, 2010, 1901; Cass., 14 marzo 2011, n. 5942, in *Foro it.*, I, 2011, 1724.

³²⁴ G. SCOCCINI, *Aspetti generali del private enforcement*, cit., 818.

³²⁵ L. ROSSI CARLEO, *Clausole vessatorie e tipologie di controllo: il controllo amministrativo*, cit., 9, ritiene che alla luce del fenomeno di circolarità delle tutele sia “*legittimo domandarsi se – in materia di tutela della concorrenza – la distinzione stessa tra public e private enforcement non possa oggi dirsi superata al di là di finalità meramente classificatorie*”.

evidenziano come il *public enforcement* possa rivelarsi vantaggioso per la singola azione giudiziale³²⁶.

Il riferimento è agli strumenti che il Reg. 2003/1/CE e la Direttiva Danni hanno previsto, ponendosi come obiettivo l'uniforme applicazione del diritto *antitrust* UE.

In particolare, si prendono in esame gli istituti che da un lato consentono ai giudici nazionali di beneficiare delle conoscenze proprie della Commissione e delle ANC, dall'altro lato ascrivono al provvedimento *antitrust* un effetto vincolante nei confronti dei giudici nazionali chiamati a decidere in ordine alle conseguenze civili della violazione delle regole di concorrenza.

Nelle azioni civili in materia *antitrust* l'apporto pubblicistico si declina, in primo luogo, nella cooperazione tra le autorità preposte ai due ambiti di tutela.

Innanzitutto, ai sensi dell'art. 15 Reg. 2003/1/CE i giudici nazionali possono domandare alla Commissione di rendere loro le informazioni detenute o un parere non vincolante in merito alle questioni di applicazione delle norme *antitrust* UE³²⁷.

³²⁶ G.A. BENNACCHIO, *Le regole antitrust tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 204.

³²⁷ La già citata Comunicazione della Commissione 2004/C 101/4 del 27 aprile 2004, punti 21-25, precisa che la trasmissione delle informazioni è obbligatoria, salvo alcune eccezioni, come nel caso in cui siano protette dal segreto d'ufficio e il giudice non si sia impegnato o non sia in grado di garantire la tutela della riservatezza. L'attenzione alla *confidentiality* delle informazioni ha generato alcuni interrogativi sull'interpretazione del testo del regolamento, dato che, se la consultazione informativa può essere senz'altro avviata laddove abbia ad oggetto lo stato dell'eventuale procedura pendente dinanzi alla Commissione, maggiori dubbi sono stati avanzati per l'ipotesi in cui la giurisdizione nazionale richieda informazioni inerenti ai fatti oggetto della procedura. Invero, la questione della riservatezza sembra afferire proprio all'eventualità in cui la Commissione operi assistenza trasmettendo informazioni inerenti ai fatti oggetto dell'istruttoria; tuttavia, accogliendo questa tesi, si consente al giudice di trarre un notevole ausilio per l'accertamento del fatto anticoncorrenziale, che può avere effetti finanche sul riparto dell'onere probatorio. G. MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nelle controversie tra privati: il ruolo dei giudici nazionali*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust. L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008, 227-228. Invece, in relazione al parere la citata Comunicazione, punti 27-30, prevede che sia formulato senza che le parti siano sentite e che nel fare ciò la Commissione si mantenga "neutrale ed obiettiva" (cfr. punti 19 e 30), fornendo gli elementi di fatto o i chiarimenti giuridici o economici richiesti, senza entrare nel merito della controversia.

Al § 3 dello stesso art. 15 si prevede, poi, che la Commissione e le ANC possano intervenire quali *amici curiae* nei processi instaurati dinanzi ai giudici nazionali³²⁸.

Detta disposizione trova specificazione nell'art. 17, § 3, della Direttiva Danni (recepito dall'art. 14, c. 3, D. Lgs. n. 3/2017), in base al quale i giudici nazionali possono chiedere alle ANC di prestare loro assistenza in ordine alla quantificazione del danno derivante dall'illecito *antitrust*, purché l'autorità nazionale garante della concorrenza consideri appropriata tale assistenza.

Come precisa l'art. 14 D. Lgs. n. 3/2017, l'autorità richiesta può rifiutare la collaborazione se ritiene che “*l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza*”.

Pertanto, nel caso in cui la soddisfazione della richiesta priverebbe l'autorità di risorse necessarie alla conclusione di un importante procedimento *antitrust*³²⁹, il legislatore, ancora una volta, antepone l'efficace tutela di *public enforcement* a quella afferente alla controversia civile.

Ad ogni modo, l'attività di assistenza consiste in un ausilio “metodologico” attinente alla conoscenza di nozioni di scienza

³²⁸ L'informazione sulla pendenza del processo, utile ai fini dell'intervento, può giungere alla Commissione per mezzo della trasmissione da parte degli Stati membri della copia delle sentenze pronunciate. In relazione alle autorità garanti, non è prevista alcuna analoga disposizione, ma, quantomeno rispetto all'ipotesi in cui i fatti siano oggetto della cognizione del solo giudice – e quindi sui medesimi non sussista una contestuale pendenza avanti all'autorità di un procedimento – G. MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nelle controversie tra privati: il ruolo dei giudici nazionali*, cit., 229, ritiene che sarebbe stata opportuna una regola che disponesse la notificazione dell'atto introduttivo della causa all'autorità garante della concorrenza.

³²⁹ Sotto tale profilo, G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, cit., 30, osservano che l'interesse dell'AGCM a che le proprie risorse siano concentrate sui propri compiti istituzionali e la tendenza dei giudici a rivendicare l'autonomia di gestione dell'azione risarcitoria potrebbe pregiudicare l'applicazione dell'istituto.

specialistica e non comporta lo svolgimento di attività istruttorie da parte dell'autorità richiesta³³⁰.

Le regole richiamate valgono anche nei processi c.d. *stand alone*, in cui il giudice è chiamato ad accertare la violazione *antitrust* (fonte di responsabilità civile) senza che sulla medesima vicenda si sia già pronunciata la Commissione o un'ANC. In questi casi, il contributo fornito dalle autorità *antitrust* può rivelarsi estremamente utile, in quanto l'unico strumento a disposizione del giudice è rappresentato dalla CTU, che tuttavia rispetto all'autorità di concorrenza non offre le stesse garanzie di specializzazione³³¹.

Nei processi c.d. *follow-on*, invece, colui che chiede il risarcimento del danno può allegare come mezzo di prova della violazione *antitrust* l'accertamento contenuto nel provvedimento adottato in sede pubblicistica.

È in relazione a quest'aspetto che l'art. 16 Reg. 2003/1/CE e l'art. 9 Direttiva 2014/104/UE ascrivono efficacia vincolante al provvedimento adottato rispettivamente dalla Commissione e dalle ANC.

Prima di esaminare nel dettaglio le due diverse discipline, va osservato che la suddetta efficacia vincolante presenta una duplice valenza, in quanto, per un verso, attenua le difficoltà probatorie dell'attore

³³⁰ Il carattere non istruttorio dell'istituto in esame sembra pacifico nella richiesta del Trib. Roma, ord. 26 febbraio 2020, n. 250, che per la prima volta ha fatto ricorso allo strumento, domandando l'assistenza dell'Autorità “*per individuare, in conformità ai criteri previsti dalle Linee Guida della Commissione UE, i benchmark temporali e geografici più adeguati e i criteri metodologici più idonei al fine di assicurare una corretta quantificazione del danno nella specifica ipotesi di illecito antitrust accertato in sede amministrativa dall'AGCM*”. Il carattere non istruttorio della collaborazione si desume anche dall'art. 14 L. n. 287/1990, che prevede l'attivazione degli strumenti di indagine soltanto nell'ambito dei procedimenti istruttori formalmente avviati.

³³¹ Quale strumento di ausilio tecnico al giudice civile, la richiesta di assistenza all'Autorità si affianca all'istituto della consulenza tecnica, ma dal loro confronto emerge che l'Autorità è portatrice dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza e, pertanto non è in una posizione di “terzietà”, soprattutto se l'azione civile è *follow on*. Conseguentemente, A. TROTTA, *Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'Agcm e della Commissione*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 590, ritiene che il rapporto tra l'assistenza dell'Autorità e la consulenza tecnica d'ufficio sia in termini di “complementarietà” e non di “alterità”.

a causa dell'asimmetria informativa che caratterizza la sua posizione³³², per l'altro verso, previene "a monte" un potenziale conflitto tra la portata del provvedimento *antitrust* e la decisione del giudice.

L'obbligo dei giudici nazionali di non contraddire le decisioni di *public enforcement* è stato affermato per la prima volta dalla Corte di Giustizia, valorizzando tra l'altro il principio di leale collaborazione tra l'UE e gli Stati membri (art. 4 TUE).

Con la sentenza, 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfood Ltd c. HB Ice cream Ltd*, la Corte di Giustizia vietò ai giudici nazionali, quando hanno cognizione su una vicenda che è già stata oggetto di una decisione della Commissione, di pronunciare una sentenza contrastante con la decisione di quest'ultima (anche se successiva ad una pronuncia della corte nazionale). Laddove detta decisione fosse stata impugnata con azione di annullamento, il giudice nazionale avrebbe dovuto scegliere tra sospendere il processo, in attesa che il ricorso fosse deciso con sentenza definitiva, oppure sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale avente ad oggetto il principio di diritto applicato dalla Commissione.

Il Reg. 2003/1/CE codifica l'orientamento sviluppatosi in seno alla giurisprudenza UE, in quanto "*per assicurare il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie in un sistema di competenze parallele devono essere evitati i conflitti fra decisioni*"³³³.

Nello specifico, l'art. 16 Reg. 2003/1/CE prevede che "*quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi degli art. 81 o 82 del trattato (oggi artt. 101 e 102 TFUE) che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere*

³³² C. TESAURO, *Recenti sviluppi del private enforcement*, in *Merc. conc. reg.*, 2011, 3, 442 e ss., esamina come le problematiche in materia di prova del danno e del nesso di causalità incidono negativamente sullo sviluppo di *private enforcement*.

³³³ Considerando 22 Reg. 2003/1/CE.

decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione”.

Il divieto di risolvere le controversie civili in senso confliggente agli indirizzi della Commissione, inoltre, si estende (per espressa previsione dello stesso art. 16) alle decisioni “contemplate” dalla Commissione, che non sono ancora sfociate nell’adozione di un provvedimento finale³³⁴. In queste ipotesi il giudice può sospendere il processo, nell’attesa della conclusione del procedimento, che per questo verrà trattato secondo una “corsia preferenziale” dedicata ai procedimenti *antitrust* da cui dipende l’esito di una controversia civile³³⁵.

L’art. 16 Reg. 2003/1/CE rappresenta il precursore dell’art. 9 della Direttiva Danni, che con una formulazione incentrata sul valore dell’accertamento ascrive efficacia vincolante ai provvedimenti *antitrust* delle ANC nei processi di risarcimento instaurati negli Stati in cui ciascuna di esse opera³³⁶.

L’estensione del vincolo *antitrust* alle suddette decisioni dimostra che *“l’effettività e l’uniformità del diritto della concorrenza europea (erano e) sono interessi la cui realizzazione, in un sistema decentrato di*

³³⁴ Cfr. art. 16, § 1, Reg. 2003/1/CE. Il divieto di provvedere in senso contrario ad una decisione “contemplata” della Commissione è circoscritto al giudice, sebbene il divieto di prendere decisioni contrastanti con quella della Commissione sia sancito anche con riferimento alle autorità *antitrust* degli Stati membri, perché l’avvio dinanzi alla Commissione del procedimento *antitrust* priva le autorità garanti degli Stati membri della competenza a conoscere la fattispecie (non è configurabile, pertanto, la contemporanea pendenza di più procedimenti di *public enforcement antitrust*, uno dinanzi alla Commissione e un altro svolto da un’autorità garante nazionale). Sul punto si fa riferimento all’intervento “avocativo” della Commissione nei confronti delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri.

³³⁵ Cfr. la già citata Comunicazione della Commissione 2004/C 101/4 del 27 aprile 2004, punto 12.

³³⁶ L’effetto vincolante previsto dalla Direttiva 2014/104/UE non è nuovo nel panorama europeo, dato che nell’ordinamento di alcuni Stati membri era già prevista la regola per cui il giudice nelle cause di risarcimento del danno *antitrust* non può discostarsi dalla decisione con cui l’autorità garante accerta la violazione alla base della pretesa fatta valere in giudizio. Così, ad esempio, il *UK Enterprise Act* 2002, sezioni 18 e 20, di riforma del *UK Competition Act* 1998, sezioni 47A e 58A; il *German Competition Act*, sezione 33(4), l’*Hungarian Competition Act* (Act LVII of 1996 riguardante le *Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices*), art. 88/B, introdotto dall’*Act LXVIII* of 2005. In Francia, invece, era soltanto prevista una “*présomption irréfragable*” nell’ambito delle azioni di gruppo intentate dalle associazioni dei consumatori (art. L. 423-17, alinea 2, Cod. cons.).

*competenze parallele, non dev'essere compromessa dalle Corti o autorità nazionali*³³⁷.

L'art. 9 della Direttiva Danni (recepita dall'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017) prevede che la decisione definitiva con cui una ANC constati una determinata violazione *antitrust* o la sentenza passata in giudicato che dichiara infondato il ricorso avverso tale decisione sia vincolante nei confronti del giudice nazionale in cui ha sede l'ANC.

Nei casi in cui l'azione giudiziale sia intentata in uno Stato diverso da quello ove risiede l'ANC che ha rilevato l'infrazione (o dove è stato impugnato il suo provvedimento), il § 2 dello stesso art. 9 non ascrive un effetto vincolante alla decisione dell'ANC, ma prevede che ad essa sia riconosciuto “almeno” il valore di prova *prima facie* e che possa essere valutata insieme alle altre prove acquisite nel processo.

La limitazione spaziale dell'effetto vincolante si deve alla “*sfiducia latente*”³³⁸ avvertita nei confronti delle ANC istituite negli Stati di recente adesione all'UE.

Si riteneva, infatti, che tali Stati non garantissero né una sufficiente indipendenza delle ANC né un'adeguata effettività del diritto ad impugnare i provvedimenti di quest'ultime³³⁹, sicché riconoscere al provvedimento *antitrust* un effetto vincolante *cross border* (o totale), cioè in grado di vincolare i giudici di qualsiasi Stato membro, avrebbe

³³⁷ G. CAROVANO, *Art. 16(1), Regolamento n. 1/2003: un revirement nécessaire. L'uniformità del diritto europeo della concorrenza e il valore giuridico delle Decisioni della Commissione Europea*, in *Mercato conc. reg.*, 2019, 3, 404.

³³⁸ Sul punto, M. TAVASSI, *Le controversie civili in materia antitrust tra diritto nazionale e indicazioni della Direttiva 104/2014*, in F. MUNARI, C. CELLERINO (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, 2016, 60; ID., *Il risarcimento del danno a seguito della direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, *cit.*, 152.

³³⁹ Sotto entrambi i profili è intervenuta la Direttiva 2019/1/UE, che, però, secondo F. GHEZZI, B. MARCHETTI, *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, *cit.*, spec. 1019, 1038, dedica poco spazio al tema delle garanzie. Gli A. rilevano l'eccessiva generalità ed il carattere in parte pleonastico dell'art. 3 della proposta di direttiva (che nel suo contenuto è sostanzialmente identica al testo finale), in quanto si limita a disporre che l'esercizio dei poteri da parte delle ANC sia soggetto a garanzie adeguate, richiamando la CDFUE.

compreso eccessivamente il diritto dell'impresa ritenuta responsabile in sede di *public enforcement* di difendersi nel processo civile *follow-on* o (almeno) in sede di ricorso avverso il provvedimento³⁴⁰.

La Direttiva Danni, ad ogni modo, ha lasciato gli Stati liberi di optare per un'equiparazione fra gli effetti delle decisioni nazionali e di quelle di altri Stati membri attraverso una vincolatività ad efficacia ultranazionale³⁴¹. L'Italia, però, ha prudentemente accolto la soluzione minima dettata dalla Direttiva, riconoscendo al provvedimento *antitrust* delle ANC diverse dall'AGCM (o confermato dal giudice di un altro Stato membro) il valore di prova valutabile insieme ad altre prove (art. 7 D. Lgs. n. 3/2017)³⁴².

³⁴⁰ *Contra* la Commissione sostiene che la limitazione dell'effetto vincolante incida negativamente sulla libertà di scelta del foro in cui domandare il risarcimento (come nei casi in cui il danneggiato preferisca rivolgersi al giudice dello Stato membro dove risiede l'impresa convenuta, oppure quando l'infrazione, avendo interessato più Stati membri, è stata accertata da più ANC e il danneggiato abbia interesse a proporre un'azione di risarcimento dinnanzi al giudice di un solo Stato membro), sottolineando che l'inconfutabilità del provvedimento consente in sede giurisdizionale di evitare una duplicazione dell'analisi fattuale e giuridica della vicenda. Inoltre, l'autorità *antitrust*, avendo la sede nello Stato in cui si è verificata la distorsione concorrenziale, si trova nella posizione migliore per svolgere le indagini sulla violazione. Sul punto cfr. *Staff working paper accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules* (SEC(2008) 404 del 2 aprile 2008), punti 167 e ss.; il Libro Bianco della Commissione in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie (COM(2008) 165 def. del 2 aprile 2008), punto 2.3; la Proposta di direttiva relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'UE (COM(2013) 404 def. dell'11 giugno 2013), punto 4.3.1. Il carattere non vincolante delle decisioni provenienti da altri Stati membri suscita perplessità anche secondo B. NASCIMBENE, *La vincolatività del provvedimento di condanna dell'Autorità garante successivamente alla direttiva sul private enforcement (Direttiva 2014/104/UE)*, in *www.eurojus.it*, 24 gennaio 2017, 6 e ss., perché il principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri e i rispettivi sistemi giuridici è elemento essenziale per la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 3, § 2, TUE e art. 67 TFUE).

³⁴¹ La Spagna ed il Granducato di Lussemburgo, invece, nel trasporre la direttiva si sono spinti ad equiparare gli effetti delle decisioni rese dai membri della rete di autorità *antitrust*. A livello nazionale, il *German Competition Act*, sezione 33(4), già prevedeva l'effetto vincolante delle decisioni di qualsiasi autorità garante, anche appartenente ad altro Stato membro.

³⁴² Sul punto, nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva 2014/104/UE, reperibile in *www.osservatorioantitrust.eu.*, punto 11, si afferma che si tratta di un valore di prova "attenuato" rispetto all'efficacia vincolante di cui al primo comma; comma; è inoltre ribadito che la decisione definitiva dell'autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro è valutabile insieme agli altri elementi di prova presentati dalle parti. Il legislatore nazionale ha quindi riconosciuto alle parti il diritto di fornire la prova contraria.

Traendo le conclusioni di quanto esposto va osservato che il vincolo *antitrust* (a prescindere che derivi dal provvedimento della Commissione o da quello di una ANC) incide sia sul piano processuale-civilistico sia su quello pubblicistico.

Esso, infatti, per un verso, facilita la prova della responsabilità civile da illecito *antitrust*, con effetti positivi anche in termini di economia processuale³⁴³; per altro verso, favorisce un'uniforme e non contraddittoria applicazione delle norme della concorrenza nello spazio UE³⁴⁴.

Non solo, l'introduzione nell'ordinamento di un vincolo nei confronti del giudice civile, che non può discostarsi da quanto accertato in sede di *public enforcement* denota proprio la scelta di riservare l'accertamento dell'antigiuridicità di una condotta ai sensi del diritto *antitrust* all'*expertise* delle autorità preposte alla tutela pubblica della concorrenza³⁴⁵.

L'inconfutabilità di quanto accertato dal provvedimento *antitrust* nel successivo processo civile fa pensare, inoltre, ad un ribaltamento di prospettiva: è davvero il *private enforcement* ad integrare il *public enforcement* (e non viceversa)?

È vero che il *private enforcement* è stato previsto per operare laddove il *public enforcement* non riesca e, quindi, per contribuire all'applicazione delle regole di tutela della concorrenza, tuttavia è innegabile che l'effetto vincolante ascrivito al provvedimento *antitrust*, ma anche la disciplina

³⁴³ L'inconfutabilità del provvedimento consente in sede giurisdizionale di evitare una duplicazione dell'analisi fattuale e giuridica della vicenda. L'apertura dell'attività istruttoria nel processo, al fine di accertare l'esistenza della violazione *antitrust*, richiede costi e tempi evitabili, qualora il giudice sia vincolato al risultato delle indagini svolte dall'autorità garante già pronunciatasi sull'infrazione.

³⁴⁴ Cfr. considerando n. 34 Direttiva 2014/104/UE.

³⁴⁵ Autorevole dottrina ravvisa a questo riguardo "il rischio di trasformare impropriamente il procedimento amministrativo che si svolge dinanzi all'Autorità garante in una vera e propria fase del giudizio sulla responsabilità civile, idonea a generare preclusioni nel successivo processo giurisdizionale". Cfr. R. RODORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Le Società*, 2014, 7, 787.

dell'accesso alle prove contenute nel fascicolo *antitrust* e i meccanismi di cooperazione tra le autorità di *public* e di *private enforcement*, siano tutti espressione di un “*favor culturale*”³⁴⁶ verso la tutela pubblica della concorrenza.

³⁴⁶ G.A. BENNACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in L.F. PACE (a cura di) *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Padova, 2020, 21.

CAPITOLO II

LE FATTISPECIE DI TUTELA DELLA CONCORRENZA, DEL CONSUMATORE E DELLE SINGOLE IMPRESE

1. **Influenza del diritto UE sulle fattispecie *antitrust* previste dalla L. n. 287/1990. In particolare, la nozione di mercato rilevante**

Nel nostro ordinamento la tutela della concorrenza tra imprese è disciplinata in maniera organica nella L. n. 287/1990, che vieta le intese anticoncorrenziali (art. 2) e l'abuso di posizione dominante (art. 3) riproducendo pressoché integralmente le norme materiali previste dagli artt. 101 e 102 TFUE¹.

Sulla base del principio per cui “*ogni operatore economico deve determinare autonomamente la propria condotta sul mercato*”², l'art. 2 L. n. 287/1990 proibisce alle imprese “*di instaurare con i concorrenti ogni contatto, diretto o indiretto, volto a influenzare il reciproco comportamento sul mercato o mettersi reciprocamente al corrente dei comportamenti che si intendono porre in atto*”³, mentre l'art. 3 della medesima legge vieta lo sfruttamento abusivo del potere economico detenuto dall'impresa in grado di assumere “*comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e (...) dei consumatori*”⁴.

¹ Gli artt. 2 e 4 L. n. 287/1990 corrispondono alla “traduzione” dell'art. 101 TFUE, mentre l'art. 3 della medesima legge riproduce la struttura dell'art. 102 TFUE. Inoltre, gli artt. 5, 6, 7 L. n. 287/1990 si rifanno al testo del Reg. 1989/4064/CEE (attualmente sostituito dal Reg. 2004/139/CE), mentre l'art. 8 L. n. 287/1990 riproduce l'art. 106 TFUE, in tema di parità di trattamento tra impresa pubblica e privata e di applicazione della disciplina *antitrust* alle imprese che svolgono specifiche missioni di interesse economico generale.

² Tale principio è stato sancito, tra le altre, da C. giust., 8 luglio 1999, *Commissione c. Anic Partecipazioni*.

³ Cfr. *ex multis* Cons. St., 13 febbraio 2019, n. 1025; 31 dicembre 2018, n. 7320; 21 marzo 2019, nn. 1900, 1551, 1160, 1883. Nello stesso senso, già C. giust., 16 dicembre 1975, cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Suiker Unie c. Commissione*, §§ 173-174.

⁴ C. giust., 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, § 38. La nozione di posizione dominante rileva anche ai fini della disciplina delle operazioni di concentrazione, che,

La convergenza dell'ordinamento nazionale a quello europeo riguarda sia la formulazione testuale delle norme materiali *antitrust* sia la loro interpretazione, che ai sensi dell'art. 1, u. c., L. n. 287/1990, deve essere conforme ai principi dell'ordinamento *antitrust* UE⁵.

L'obbligo di interpretare le disposizioni nazionali secondo i principi elaborati dalle istituzioni comunitarie e, in particolare, dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia, soddisfa l'esigenza di unificazione del mercato europeo, il cui sviluppo dipende anche dall'uniformazione del diritto e, quindi, dall'unificazione del procedimento logico-interpretativo di applicazione delle norme *antitrust*⁶.

In una prospettiva storica, il rinvio all'esperienza europea ha facilitato l'applicazione delle fattispecie *antitrust*, che negli anni Novanta costituivano una novità sia per l'AGCM sia per gli operatori economici.

Il processo di assimilazione fu favorito dall'allora vigente art. 1 L. n. 287/1990, che circoscriveva l'ambito applicativo della legge *antitrust* alle fattispecie di rilievo esclusivamente interno (teoria della "barriera unica" o "reciproca esclusione)⁷; detta disposizione, infatti, comportava che

ai sensi dell'art. 2, Reg. 2004/139/CE, sono incompatibili con il mercato comune nei casi in cui "ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante". Tuttavia, mentre il divieto ex artt. 102 TFUE presuppone l'esistenza attuale di una posizione dominante, che viene constatata *ex post*, il controllo delle concentrazioni è preventivo e riguarda una situazione *in fieri*.

⁵ Ai sensi dell'art. 1, u.c., L. n. 287/1990 le norme sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione devono essere interpretate secondo i principi dell'ordinamento *antitrust* europeo. Tale criterio interpretativo era stato previsto già nei lavori preparatori della legge *antitrust*, come emerge dalla relazione al d.d.l., 26 luglio 1988, n. 1240, (c.d. Battaglia) e dalla relazione al d.d.l., 10 maggio 1988, n. 1012, (c.d. Rossi), che prevedevano, rispettivamente all'art. 9 e all'art. 12 una norma di analogo tenore all'attuale art. 1, u.c., L. n. 287/1990.

⁶ Così, A. FRIGNANI, *Art. 1. Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario*, cit., 106.

⁷ Il legislatore, all'insegna della preminenza del diritto europeo, aveva preferito evitare che in relazione al medesimo fatto storico, rilevante sia a livello nazionale sia europeo, potessero instaurarsi procedimenti paralleli dinanzi alla Commissione e all'AGCM, anche a rischio di sovraccaricare il lavoro della Commissione e determinare un "vuoto applicativo". L'orientamento favorevole all'opposto criterio della "doppia barriera", sosteneva che il "concorso" delle normative nazionali ed europee fosse da preferire, perché avvertiva il timore che altrimenti alcune fattispecie anticoncorrenziali potessero essere conosciute in maniera non adeguata dalla Commissione oppure del tutto non perseguite. Sul tema, F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., 36.

l'AGCM si confrontasse quotidianamente con il diritto *antitrust* UE, al fine di verificare la base giuridica di ciascuna fattispecie sottoposta al suo esame.

Come già esposto, con l'entrata in vigore dell'art. 3 Reg. 2003/1/CE il sistema di ripartizione delle competenze *antitrust* è mutato, riconoscendo anche in capo alle ANC e ai giudici nazionali il potere di applicare le norme *antitrust* UE, se del caso contestualmente a quelle nazionali, che devono essere interpretate (e applicate) in modo coerente con i principi stabiliti dalla giurisprudenza e dalla prassi decisionale delle istituzioni UE⁸.

Il recepimento degli orientamenti europei ha interessato, in particolare, le nozioni di impresa, mercato rilevante, intesa, posizione dominante e abuso.

Con riferimento alla prima, basti osservare che la Corte di Giustizia ha ricavato dal sistema europeo di tutela della concorrenza una nozione di impresa sostanziale e funzionale all'applicazione *ratione personae* delle norme *antitrust*⁹, che si riferisce a tutti soggetti i quali, a prescindere dallo

⁸ L'adeguamento dell'art. 1 L. n. 287/1990 al Reg. 2003/1/CE è avvenuto con l'art. 17 D. Lgs. n. 3/2017 e oggi la disposizione modificata prevede che l'AGCM “*applica anche parallelamente in relazione a uno stesso caso gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e gli articoli 2 e 3 della presente legge*”. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., 36, osservano che i provvedimenti dell'Autorità recentemente adottati in esclusiva applicazione della L. n. 287/1990 sono assai ridotti ed hanno riguardato, ad esempio, le indicazioni di prezzo del pane casereccio da parte dell'associazione dei panificatori di Roma (AGCM, n. 18443, *Listino prezzi del pane*, in *Boll.*, n. 22/2008), le clausole di una società consortile volte a limitare la concorrenza nell'attività di trasporto di persone disabili nel distretto di Reggio Calabria (AGCM n. 21162, *Transcoop-Servizio Trasporto disabili*, in *Boll.*, n. 22/2020) e, più di recente, alcune decisioni di ordini professionali a livello locale (AGCM, n. 26625, *Condotte restrittive del Consiglio Notarile di Roma, Velletri, Civitavecchia*, in *Boll.*, n. 24/2017; n. 27874, *Condotte restrittive del Consiglio Notarile di Milano*, in *Boll.*, 32/2019).

⁹ Il TFUE non contiene una definizione di impresa, che però deve essere interpretata ed applicata in modo uniforme in tutta l'Unione, e non può dipendere dalle particolarità del diritto societario nazionale degli Stati membri. Cfr. le Conclusioni di A.G. KOKOTT, nella causa *Schindler Holding Ltd c. Commissione*, 18 aprile 2013, C-501/11 P, §76. I confini del concetto di impresa, infatti, sono fondamentali in materia di concorrenza, perché consentono di identificare le categorie di attori del mercato cui si applicano le norme antitrust (Cfr. C. giust., 27 aprile 2017, C-516/15, *Azko Nobel c. Commissione*, § 46). Cfr. S. FIORENTINO, A. GIORGI, *La nozione di impresa*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 55).

stato giuridico e dalle modalità di finanziamento, svolgano un'attività economica, cioè risultino “attivi” in uno specifico mercato¹⁰⁻¹¹.

¹⁰ L'assoggettamento ai divieti *antitrust* discende dallo svolgimento di un'attività economica, intesa come offerta di beni e servizi rivolti ad un mercato, e non da criteri formali di qualificazione giuridica degli operatori, né dal loro assetto proprietario o di controllo. Cfr., C. giust., 23 aprile 1991, C-41/90, *Hofner e Elser c. Macroton GmbH*, § 21; 12 settembre 2000, C-180/98, *Pavel Pavolv/Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, § 75, con riferimento all'organizzazione rappresentativa dei medici specialisti che forniscono sul mercato servizi medici a pagamento e con assunzione dei rischi connessi all'esercizio dell'attività; 19 febbraio 2002, C-309/99, *Wouters c. Algemene Raad van de Nederlandsche Orde Van Advocaten*, §§ 48 e ss., con riferimento all'organizzazione professionale degli avvocati che adottano un regolamento espressione della volontà di ottenere dai propri membri l'adozione di un determinato comportamento nell'ambito della loro attività economica (nel caso di specie, relativamente alla collaborazione tra gli avvocati e altre professioni liberali). Lo *status* di diritto pubblico di un organismo nazionale, infatti, non osta all'applicazione delle norme *antitrust*, come statuito dalla C. giust., 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione c. Italia*, § 39, a proposito di un'organizzazione professionale di spedizionieri doganali, che aveva adottato una tariffa vincolante dei prezzi da applicare per i servizi resi dai propri membri. Il principio per cui un ente pubblico può essere considerato un'impresa unicamente per quanto riguarda una parte delle sue attività, se queste corrispondono a quelle che devono essere qualificate come attività economiche, è enunciato dalla C. giust., 24 ottobre 2002, C-82/01, *Aéroports de Paris c. Commissione*, con riguardo all'attività di gestione delle infrastrutture aeroportuali e, precisamente, la messa a disposizione delle compagnie aeree e dei prestatori di servizi, contro il pagamento di un canone il cui tasso è liberamente fissato, di installazioni aeroportuali. Sfuggono, invece, all'applicazione delle regole di concorrenza del Trattato, le attività che, anche in considerazione delle norme alle quali vengono assoggettate dagli Stati membri, esulano dalla sfera degli scambi economici (v., in questo senso, C. giust., 17 febbraio 1993, C-159-160/9, *Poucet c. Assurances Générales de France*, §§ 18-19, esclude dalla nozione di impresa gli enti che svolgono un'attività esclusivamente sociale, basata sul principio di solidarietà nazionale e priva di ogni scopo di lucro, come la gestione del pubblico servizio di previdenza sociale) o costituiscono esercizio di prerogative dei pubblici poteri (v., in tal senso, C. giust., 19 gennaio 1994, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, § 30, sul carattere non economico delle attività di controllo e di polizia dello spazio aereo svolte da un'organizzazione internazionale, che riscuoteva i contributi di rotta dagli utenti; 18 marzo 1997, C-343/95, *Diego Cali e Figli*, §§ 22 e 23, sull'attività svolta da una società, sulla base di una concessione dell'Autorità portuale, avente ad oggetto la sorveglianza antinquinamento in un porto marittimo, finanziata da un contributo degli utenti del porto). Più di recente, la C. giust., 12 luglio 2012, C-138/11, *Compass-Datebank GmbH c. Austria*, ha affermato che l'attività di una pubblica autorità consistente nella raccolta di dati relativi ad imprese, legalmente obbligate a fornirli, e la loro messa a disposizione del pubblico rientra nell'esercizio di pubblici poteri e di conseguenza non configura un'attività economica; in tal senso, la circostanza che la consultazione e/o la fornitura di copie dei dati, a favore degli interessati, avvenga dietro un corrispettivo determinato dalla legge e non dall'ente interessato, non modifica la qualificazione giuridica di tale attività. In dottrina, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 109 e ss.; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., 61 ss.; R. PARDOLESI, *Art. 2. Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano: commento alla legge 10 ottobre 1990*, n. 287, Bologna, 1993, I, 154 e ss.

¹¹ La nozione *de qua* mira a identificare un'unità economica, che può essere tale anche qualora, sotto il profilo giuridico, sia costituita da più persone, fisiche e giuridiche (in tale senso, C. giust., 12 luglio 1984, C-170/83, *Hydrotherm c. Compact*, § 11). La dottrina dell'unica unità economica consente, in determinate circostanze, di ascrivere la condotta *antitrust* materialmente attuata dalla controllata alla società controllante; sul punto F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra responsabilità personale e finalità dissuasive*, in *Riv. soc.*, 2014, spec. 4. Gli A. individuano una “valenza esterna” del gruppo di imprese, che

Anche la nozione di mercato rilevante, come quella di impresa, assume una rilevanza trasversale nel diritto della concorrenza, essendo funzionale all'applicazione del divieto sia di intese *antitrust* sia di abuso di posizione dominante.

È pur vero che il legislatore non impone l'individuazione del mercato rilevante come momento distinto nella valutazione sulla legittimità di un'intesa o di un abuso, ma la prassi e la giurisprudenza *antitrust* la utilizzano per selezionare le informazioni rilevanti ai fini della decisione relativa all'infrazione¹².

L'apprezzamento dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta la condotta anticoncorrenziale riveste nell'analisi della fattispecie un ruolo diverso a seconda del tipo di illecito *antitrust*.

Per le intese, la definizione del mercato rilevante rappresenta una fase logicamente successiva rispetto all'accertamento dell'intesa, essendo dedicata alla verifica del grado di offensività della stessa, che deve essere in grado di alterare “*in maniera consistente*” il gioco della concorrenza¹³.

risiede nelle radici economiche del diritto *antitrust*, penetrate nella nozione di impresa; quest'ultima è intesa come agente economico che decide come agire nel mercato, eventualmente ponendosi come un unitario centro di interessi economici convergenti, a prescindere dalla veste giuridica che ricopre ai sensi del diritto civile e del diritto commerciale. Da ultimo, Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2019, nn. 5558, 5559, 5560, 5561, 5562: “*nel diritto antitrust rileva la nozione sostanziale di impresa che si basa sulla nozione di unità economica unitaria che può essere destinataria di sanzioni amministrative. Nella logica delle categorie civilistiche interne vengono in rilievo la nozione di società capogruppo e società controllate. In questi casi per avere una nozione sostanziale unitaria di impresa, è necessario che la società capogruppo controlli le altre società e sia in grado di esercitare un'influenza dominante*”.

¹² G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, Roma, 1995, 13.

¹³ L'individuazione del mercato rilevante delimita l'ambito nel quale le imprese interessate sono in concorrenza tra loro e dunque il contesto economico e giuridico nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale, consentendo di verificare il grado di offensività dell'intesa (cfr. *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211; 1 ottobre 2019, n. 6565). A sua volta, come osservano S. LAMARCA, A. AGUGGIA, *Gli elementi costitutivi della fattispecie*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 165, il requisito della sensibile restrizione della concorrenza (art. 2 L. n. 287/1990) delimita l'ambito di applicazione del divieto, così razionalizzando le risorse a disposizione dell'AGCM. Cons. St., sez. VI, 29 novembre 2019, n. 8191, sottolinea che “*il mercato rilevante lungi dal coincidere (ex ante) con aree geograficamente circoscritte, è individuabile (...) solo (ex post): all'esito della ricognizione delle caratteristiche (merceologiche e dei servizi resi) del settore e delle dinamiche economiche, giuridiche e sociali nelle quali operano le aziende nel segmento dell'attività di impresa preso in considerazione*”. Cfr. altresì, Cons. St., sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7991; 23 settembre 2019, n. 6314; 30 giugno 2016, n. 2947, 11 luglio 2016,

Invece, nel caso di abuso di posizione dominante, l'operazione logica di delimitazione del mercato rilevante rappresenta una fase preliminare all'accertamento dell'esistenza di una dominanza nel mercato, quale presupposto del giudizio sull'abusività del comportamento¹⁴.

Il dominio economico di un'impresa, infatti, viene accertato attraverso un'analisi che prende in considerazione anche la dimensione della quota di mercato¹⁵, con la precisazione che tale fattore strutturale risulta tanto più significativo quanto più consistente e lungo risulta il tempo in cui la quota di mercato viene detenuta¹⁶.

n. 3047; 24 ottobre 2014, n. 5274; 13 giugno 2014 n. 3032; 8 aprile 2014, n. 1673. L'individuazione del mercato rilevante è necessaria ai fini dell'applicazione del divieto di intese, in quanto come osserva M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea, cit.*, 94, consente di collocare l'accordo fra due o più imprese all'interno di un reticolo di relazioni (in cui sono coinvolti i fornitori, i concorrenti diretti e i clienti), all'esito della cui valutazione un certo tipo di accordo, malgrado il suo contenuto, può essere considerato non restrittivo della concorrenza, perché neutralizzabile dalla reazione degli altri soggetti del mercato (ad es., l'accordo fra due studi legali di una grande città di uniformare i prezzi).

¹⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2837. In dottrina, G. D'IPPOLITO, *Il mercato rilevante*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 479, sottolinea come ogni fattispecie potenzialmente abusiva dovrà sempre essere declinata con riferimento ad uno specifico mercato.

¹⁵ TAR Lazio, 17 ottobre 2019, n. 11954. C. giust., 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands Company c. Commissione*, "l'abuso di posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero stati necessariamente decisivi". La dimensione della quota di mercato, inoltre, deve essere valutata alla luce della struttura del mercato cui si riferisce; ad esempio, occorre tenere conto della differenza rispetto alle quote detenute dagli altri maggiori concorrenti, dell'eventuale esistenza di barriere per l'entrata sul mercato e della disponibilità da parte dell'impresa leader di vantaggi tecnologici o commerciali esclusivi. A proposito dei criteri "supplementari" dalla cui combinazione può risultare l'esistenza di una posizione dominante, cfr. C. giust., 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, §§ 40 e ss., in relazione ai mercati delle vitamine non confezionate utilizzate dall'industria farmaceutica e dell'alimentazione. In dottrina, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea, cit.*, 280-284. Gli Orientamenti della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del quadro normativo dell'UE per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (2018/C 159/01 del 7 maggio 2018), punto 58, precisa che i criteri per misurare il potere di mercato sono i seguenti: i) ostacoli all'accesso; ii) ostacoli all'espansione; iii) dimensione assoluta e relativa dell'impresa; iv) controllo di infrastrutture difficili da duplicare; v) vantaggi o superiorità tecnologica e commerciale; vi) mancanza o insufficienza di contropotere da parte degli acquirenti; vii) accesso facile o privilegiato ai mercati finanziari/alle risorse finanziarie; viii) diversificazione dei prodotti/servizi (ad es. offerta di servizi o prodotti aggregati); ix) economie di scala; x) economie di diversificazione; xi) effetti diretti e indiretti della rete; xii) integrazione verticale; xiii) una rete di distribuzione e vendita molto sviluppata; xiv) la conclusione di accordi di accesso sostenibili e a lungo termine; xv) l'avvio di relazioni contrattuali con altri operatori del mercato che potrebbero portare alla chiusura del mercato; xvi) mancanza di concorrenza potenziale.

¹⁶ Cfr. i già citati Orientamenti della Commissione 2018/C 159/01 del 7 maggio 2018, punto 55.

Inoltre, tanto nell'art. 101 TFUE quanto nell'art. 102 TFUE (e nelle analoghe fattispecie previste dalla L. n. 287/1990), l'individuazione del mercato rilevante consente di verificare se l'intesa o l'abuso rilevino sul piano sovranazionale, pregiudicando il commercio tra gli Stati membri¹⁷.

In relazione agli accordi di minore importanza, che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza, la Commissione, con la Comunicazione “*de minimis*”¹⁸, ha individuato (in negativo) le ipotesi in cui l'incidenza dell'intesa può considerarsi apprezzabile.

¹⁷ Il requisito del pregiudizio al commercio esplica la propria funzione primaria quale criterio di giurisdizione, essendo volto soprattutto a stabilire se una certa intesa sia soggetta al diritto europeo della concorrenza oppure alle equivalenti disposizioni nazionali. Così, M. DE VITA, *Il pregiudizio al commercio tra Stati membri*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 78. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 129, sottolinea che il requisito del pregiudizio al commercio tra Stati membri rispecchia il fine originale della politica comunitaria della concorrenza, ossia l'integrazione fra mercati nazionali, con la precisazione che, con il passaggio dalla concezione del mercato comune europeo quale mera somma dei mercati nazionali alla creazione di un mercato unico globalmente inteso, si sono registrati alcuni mutamenti interpretativi. La Comunicazione della Commissione recante le Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio fra Stati membri di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, ora artt. 101 e 102 TFUE (2004/C 101/07 del 27 aprile 2004) illustra i principi sviluppati dalla giurisprudenza comunitaria e chiarisce che il requisito, limitativo del campo di applicazione delle norme *antitrust* agli accordi ed agli abusi che possono avere “un livello minimo di effetti transfrontalieri all'interno della Comunità”, costituisce un autonomo criterio di diritto comunitario. In primo luogo, precisa che la nozione di commercio deve essere intesa in senso ampio, non soltanto riferita ai flussi di scambio di beni o servizi tra Stati membri, ma comprensiva di tutta l'attività economica transfrontaliera e, quindi, anche dell'eventuale ostacolo allo stabilimento di imprese straniere in un determinato Stato, che può essere realizzato anche attraverso accordi o abusi relativi ad un singolo Stato (v. §§ 19-22). In secondo luogo, evidenzia che non è necessario stabilire se vi sia stata un'effettiva incidenza sul commercio tra gli Stati membri, essendo sufficiente la dimostrazione dell'idoneità ad avere un effetto pregiudizievole (v. §§ 23-24). In terzo luogo, declina il requisito in termini dimensionali, sottolineando che interessa soltanto le fattispecie che possono avere effetti di una certa portata, non trascurabile; l'accordo o l'abuso ha rilevanza comunitaria se l'incidenza sul mercato comune è “sensibile”, secondo la combinazione del criterio relativo al fatturato aggregato annuo, inferiore a 40 milioni di euro, con quello che fa riferimento alla quota di mercato aggregata, inferiore al 5%, delle imprese interessate (v. §§ 44-57). Inoltre, neppure gli accordi fra piccole o medie imprese (PMI), così come definite nella Raccomandazione della Commissione relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese (2003/361/CE del 6 maggio 2003), sono solitamente di natura tale da influenzare sensibilmente il commercio tra Stati membri.

¹⁸ Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'art. 101, § 1, TFUE (2014/C 291/01 del 30 agosto 2014) La Comunicazione, però, non è vincolante per le ANC, che possono vietare intese le cui parti detengono quote di mercato inferiori alle soglie ivi previste, qualora le ritengano comunque produttive di una sensibile restrizione della concorrenza (in tal senso, C. giust., 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavel Pavlov c. Stichting Pensioenfond Medische Specialisten*).

A tal fine la Commissione ha individuato alcune soglie di “tolleranza” entro le quali presumere insignificante l’impatto dell’intesa sul buon funzionamento del mercato (*safe harbour*)¹⁹, precisando che il mancato superamento di dette soglie dipende (anche) dall’individuazione del mercato rilevante, che viene utilizzato ai fini di calcolare il potere di mercato detenuto dalle imprese²⁰.

Il concetto di mercato rilevante coincide con l’area merceologica e territoriale, attuale o potenziale, in cui le imprese operano in regime di concorrenza²¹. Più precisamente, esso rappresenta “*il più piccolo contesto*

¹⁹ Sul tema, A. ASSENZA, F. GHEZZI, *Art. 101 sez. III parr. XIV-XXVI*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2019, 3063 e ss.; la Commissione delinea una zona di sicurezza (*safe harbour*) entro la quale l’intesa non è sanzionata, perché automaticamente considerata inidonea a causare effetti concorrenziali nel mercato. La Commissione, tuttavia, esclude l’applicazione dei principi sanciti dalla citata Comunicazione alle intese che: 1) abbiano “per oggetto” di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno (si citano ad esempio le intese orizzontali che hanno per oggetto la fissazione dei prezzi in caso di vendita dei prodotti a terzi, la limitazione della produzione o delle vendite e la ripartizione dei mercati o della clientela); 2) contengono restrizioni definite fondamentali o elencate come tali in regolamenti di esenzione per categoria e che, quindi, sono generalmente considerati dalla Commissione “restrizioni per oggetto”. Si tratta di intese (c.d. *hard-core restrictions*) connotate da un elevato disvalore, che per questo non possono beneficiare del “porto franco” stabilito dalla Commissione, sebbene ciò non significhi che sono destinatarie di un divieto per sé, bensì che la valutazione dell’intensità della restrizione da loro prodotta deve avvenire caso per caso.

²⁰ Oltre al parametro del potere di mercato la Commissione richiama la natura dell’intesa e il contesto economico e giuridico di riferimento. I parametri relativi alla forza competitiva e al contesto di mercato sono estrinseci, mentre quello concernente la natura dell’intesa si basa sul grado di restrittività intrinseco alla stessa, a seconda che si tratti di intese orizzontali o verticali. La citata Comunicazione combina i menzionati criteri prevedendo che non limitano in modo apprezzabile la concorrenza le intese orizzontali fra imprese la cui quota di mercato aggregata non supera il 10% su nessuno dei mercati rilevanti né le intese verticali fra imprese, laddove ciascuna delle partecipanti detenga sui mercati interessati dall’accordo una quota di mercato inferiore al 15%. Il riferimento al contesto economico e giuridico emerge nella parte in cui dispone che l’ammontare di tali soglie sia ridotto al 5% nei casi in cui la concorrenza nel mercato rilevante risulti limitata dall’effetto cumulativo di accordi relativi alla vendita di beni o servizi posti in essere da più fornitori o distributori (effetto cumulativo di preclusione dovuto a reti parallele di accordi aventi effetti simili sul mercato). La Commissione nella già citata Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell’art. 101, § 1, TFUE (2014/C 291/01 del 30 agosto 2014) ravvisa un impatto trascurabile dell’intesa sulla concorrenza: “*a) quando la quota di mercato aggregata detenuta dalle parti dell’accordo non supera il 10% su nessuno dei mercati rilevanti interessati dall’accordo, se l’accordo è concluso tra imprese che sono concorrenti effettivi o potenziali su uno di tali mercati (accordi tra concorrenti); oppure b) quando la quota di mercato detenuta da ciascuna delle parti all’accordo non supera il 15% su nessuno dei mercati rilevanti interessati dall’accordo, se l’accordo è concluso tra imprese che non sono concorrenti effettivi o potenziali su uno di tali mercati (accordi tra non concorrenti o verticale)*”.

²¹ Così, in dottrina, A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007, 37 e 409 ss.; in giurisprudenza, cfr. Cons. St., sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2203, che in modo ancor più

(insieme di prodotti ed area geografica) nel cui ambito sono possibili, tenuto conto delle esistenti possibilità di sostituzione [...], restrizioni consistenti della concorrenza”²².

Il carattere essenziale della definizione in esame è quello di sostituibilità (o intercambiabilità)²³ di un prodotto o servizio, che può riguardare sia il “lato della domanda”²⁴ sia il “lato dell’offerta”²⁵, entro una zona geograficamente circoscritta (dimensione geografica del mercato)²⁶.

sintetico definisce il mercato rilevante come “*quella zona geograficamente circoscritta dove le imprese che forniscono un dato prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza*”.

²² Così, Cons. St., n. 2199/2002, *cit.*.

²³ Nella definizione del mercato rilevante deve essere accertato un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso tra tutti i prodotti o servizi che ne fanno parte, non richiedendosi una totale intercambiabilità dei prodotti (C. giust., 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, punto 28).

²⁴ La sostituibilità sul lato della domanda sussiste quando i clienti sono in grado di passare agevolmente a prodotti sostitutivi disponibili sul mercato (o a fornitori siti altrove) e “*costituisce il vincolo più immediato ed efficace che condiziona i fornitori di un determinato prodotto, specie in ordine alle loro decisioni in materia di prezzo*”. Così, la Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (97/C 372/03 del 9 dicembre 1997), punto 13, che precisa come “*Un’impresa o un gruppo di imprese non possono esercitare un’influenza significativa sulle condizioni di vendita correnti, e in particolare sui prezzi, se i clienti sono in grado di passare agevolmente a prodotti sostitutivi disponibili sul mercato o a fornitori siti altrove*”. Per analizzare la sostituibilità dal lato della domanda, le autorità *antitrust* cercano di comprendere i gusti e le abitudini di consumo delle persone, per poi aggiungere a questi elementi qualitativi un’analisi quantitativa solitamente incentrata su un indice come l’elasticità incrociata del prezzo, che permette di apprezzare se due prodotti siano tra loro sostituti, simulando cosa accadrebbe alle vendite dell’uno all’aumentare del prezzo dell’altro. Sul punto, cfr. M. MAGGIOLINO, *La tutela della concorrenza*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell’economia*, Milano, 2019, 497.

²⁵ Si parla di sostituibilità sul lato dell’offerta quando “i fornitori sono in grado di modificare il loro processo produttivo in modo da fabbricare i prodotti in causa e immetterli sul mercato in breve tempo, senza dover sostenere significativi costi aggiuntivi o affrontare rischi eccessivi, in risposta a piccole variazioni permanenti dei prezzi relativi”. Così, la già citata Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante (97/C 372/03), punto 20. Per analizzare la sostituibilità dal lato dell’offerta, ossia se due o più imprese si contendano i medesimi consumatori, le autorità *antitrust* verificano se e come un’impresa potrebbe incrementare la sua produzione, utilizzando per esempio una capacità produttiva quiescente, o potrebbe convertirla, qualora un’altra impresa incrementasse il prezzo dei suoi prodotti o servizi. Sul punto, cfr. M. MAGGIOLINO, *La tutela della concorrenza*, *cit.*, 497.

²⁶ Il mercato rilevante corrisponde alla zona geograficamente circoscritta in cui, dato un prodotto (o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili), le imprese che lo forniscono si pongono fra loro in rapporto di concorrenza. Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047, 13 giugno 2014, n. 3032; sez. VI, 13 giugno 2014 n. 3032. Sul punto si richiama anche la Delibera AGCOM 61/06/CONS del 9 febbraio 2006, secondo cui “*la definizione del mercato è quel processo il cui fine ultimo è di individuare un insieme di prodotti/servizi e loro fornitori (attuali o potenziali) che siano effettivamente alternativi per la soddisfazione di un determinato bisogno economico – delimitandone al tempo stesso l’ambito geografico di riferimento*”.

Sotto questo profilo il mercato rilevante non può essere inteso in senso meramente spaziale come se fosse un dato descrittivo e neutro²⁷, bensì assume un'accezione economica risultato di un'analisi tutt'altro che semplice²⁸.

La definizione del mercato rilevante presuppone, infatti, un'analisi puntuale di una pluralità di elementi, tra cui si annoverano le caratteristiche²⁹, i prezzi, l'uso finale del prodotto o del servizio³⁰, l'esistenza di ostacoli all'entrata sul mercato³¹, le preferenze dei consumatori e le eventuali differenze territoriali³².

Attraverso l'individuazione del mercato rilevante è possibile capire quale sia, in quel determinato mercato, il grado della pressione

²⁷ Come sottolinea la COMMISSIONE, Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (97/C 372/03), in G.U.C.E., n. C372 del 9 dicembre 2003, "il concetto di mercato rilevante è diverso da altre nozioni del mercato, frequentemente impiegate in altri contesti". Cfr. Cons. St., sez. VI, 21 giugno 2017, n. 3057; 30 giugno 2016, n. 2947; 11 luglio 2016, n. 3047; 26 gennaio 2015, n. 334; 4 novembre 2014, n. 5423: "un mercato esiste laddove vi siano una domanda e un'offerta di determinati prodotti e servizi e non già e non solo da norme legislative o regolamentari che detto mercato specificamente predefiniscano e caratterizzino".

²⁸ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 87.

²⁹ A titolo esemplificativo si menziona la C. giust., 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands Company c. Commissione*, relativa ad un'ipotesi di abuso di sfruttamento da parte dell'impresa dominante *Chiquita*, consistente nell'applicazione di prezzi eccessivi a consumatori residenti in Germania, Danimarca, Olanda, Belgio e Lussemburgo. Nella decisione la Corte di Giustizia ha condiviso la decisione della Commissione che ha circoscritto il mercato rilevante a quello delle sole banane, accertando uno scarso grado di sostituibilità sulla base delle caratteristiche specifiche del frutto (aspetto, sapore, consistenza polposa, assenza di semi, maneggevolezza, regolarità di produzione) e della sua capacità di soddisfare le esigenze permanenti e le preferenze di un notevole strato di popolazione, composto di bambini, anziani e malati (c.d. domanda *captive*, cioè con preferenze rigide).

³⁰ Per un esempio cfr. il caso A484, *Unilever/Distribuzione Gelati* (concluso con il provvedimento n. 26822 del 31 ottobre 2017) in cui l'AGCM ha circoscritto il mercato del gelato confezionato monodose (canale distributivo dei pubblici esercizi e luoghi di intrattenimento) destinato ad essere consumato fuori casa (OOH – out of home) e, quindi, ad un consumo c.d. da "impulso".

³¹ M. MAGGIOLINO, *La tutela della concorrenza*, cit., 498, la quale precisa che "per un verso, lo studio delle quote di mercato e delle relazioni contrattuali serve a stabilire quanto un'impresa possa dirsi libera di fare il prezzo, potendo prescindere da condizionamenti provenienti dai suoi concorrenti e controparti commerciali attuali. Per altro verso, l'individuazione delle barriere all'ingresso serve a comprendere quanto quel potere di mercato sia protetto dall'eventuale aggressione di potenziali entranti e, dunque, quanto esso possa durare nel tempo".

³² L'intercambiabilità o la sostituibilità non si valuta unicamente in relazione alle caratteristiche oggettive dei prodotti e dei servizi di cui trattasi, giacché si devono prendere in considerazione anche le condizioni della concorrenza, nonché la struttura della domanda e dell'offerta nel mercato (Corte di Giustizia, 9 novembre 1983, C-322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione*, punto 37).

concorrenziale, al fine di stabilire se le imprese godano di una certa autonomia e indipendenza nella definizione delle scelte commerciali da opporre agli altri operatori economici (siano essi clienti, fornitori, concorrenti attuali o potenziali)³³.

Una volta stabilito il livello della pressione concorrenziale, è possibile valutare se il potere di mercato detenuto da un'impresa (cioè la capacità di aumentare in maniera durevole e profittevole il prezzo di un prodotto o servizio al di sopra del prezzo concorrenziale)³⁴ possa essere utilizzato per eliminare la concorrenza³⁵.

³³ La verifica della pressione concorrenziale rappresenta lo scopo della definizione del mercato rilevante; cfr. la già citata Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato (97/C 372/03), punto 1. In giurisprudenza, Con. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Foro it.*, III, 2019, 533, con nota di L. ARNAUDO, R. PARDOLESI, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, afferma che “*Fondamentalmente, la definizione del mercato deve consentire di individuare concorrenti effettivi delle imprese interessate che sono in grado di condizionare il comportamento di quest'ultima ed impedire loro di operare in modo indipendente da effettive pressioni concorrenziali*”. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che “*appurato che l'impiego off label dell'Avastin non era vietato dalla normativa di settore, e che neppure poteva ritenersi vietata o preclusa l'attività di confezionamento del prodotto, l'autorità ben poteva procedere ad una valutazione di sostituibilità (e conseguente riconduzione al medesimo mercato) degli usi off label di Avastin con quelli on label di altri prodotti. Il provvedimento impugnato, quindi, ha correttamente definito il mercato rilevante dei farmaci per la cura di patologie della vista dovute a disordini vascolari oculari nel quale ricondurre sia prodotti tipicamente autorizzati per tale uso, come il Lucentis, e sia prodotti impiegati off label per le medesime finalità terapeutiche come l'Avastin*”.

³⁴ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., 29. In termini economici G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, cit., 15, definisce il potere di mercato come la capacità di un'impresa di alzare profittevolmente il proprio prezzo al di sopra del prezzo concorrenziale, senza che ciò determini una riduzione delle vendite tale da rendere il rincaro operato non proficuo. Cfr. anche M. MAGGIOLINO, *La tutela della concorrenza*, cit., 496: “*un'impresa che produce un determinato bene gode di potere di mercato quando, per un certo intervallo di tempo, risulta libera di trarre profitto dall'offrire quel bene a un prezzo superiore al suo costo marginale; ossia quando, praticato detto prezzo sovra-competitivo, i ricavi che perde a causa dei consumatori che la abbandonano non superano, in valore assoluto, i ricavi che guadagna applicando il prezzo maggiorato ai consumatori rimastile fedeli*”. La misura più nota del potere di mercato è il c.d. indice di Lerner, (P-Pc)/P, dove P è il prezzo applicato dall'impresa e Pc è il prezzo concorrenziale.

³⁵ Per questa ragione, P. SABBATINI, *Sulla (ir)rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, 3, 497, osserva che la definizione di mercato rilevante non assolve ad una funzione meramente descrittiva, ma piuttosto svolge un ruolo analitico nell'analisi della fattispecie. La relazione tra mercato rilevante e potere di mercato è stata esplicitata nella XXIII Relazione della Commissione sulla politica della concorrenza del maggio 1994, ove si rileva, con riferimento alle operazioni di concentrazione, che “*I mercati rilevanti, del prodotto e geografico, determinano l'ambito entro il quale deve essere valutato il potere di mercato (della nuova entità)*”.

Alla luce di quanto esposto, la definizione di mercato rilevante si dimostra un’*“operazione altamente controversa”*³⁶, incentrata sull’applicazione combinata di teorie giuridiche ed economiche, che non assolve ad una funzione meramente descrittiva ma svolge un ruolo analitico nell’analisi della fattispecie³⁷.

2. (Segue) *L’efficiency defence* nei casi di intese *antitrust* e di abuso di posizione dominante

L’analisi economica delle fattispecie *antitrust* è apprezzabile sotto un duplice profilo: non solo nell’ambito della fase tesa a stabilire se un certo fatto integra gli estremi del divieto, ma anche in chiave scriminante, al fine di constatare l’eventuale esenzione dell’illecito.

La disciplina delle esenzioni, infatti, si fonda sull’esame della condotta *antitrust* alla luce degli effetti da essa complessivamente prodotti sul mercato di riferimento, sottraendo al campo di applicazione del divieto quelle fattispecie concrete che, per quanto anticoncorrenziali, sono in grado di produrre un risultato di efficienza nel mercato.

Nella disciplina delle intese il diritto *antitrust* (artt. 101 TFUE e art. 4 L. n. 287/1990) prevede espressamente la possibilità che le imprese beneficino di un’esenzione dal divieto, dovendo a tal fine provare che gli effetti pro-competitivi dell’intesa prevalgono rispetto a quelli anticoncorrenziali (*efficiency defence*).

³⁶ Cfr. G. BRUZZONE, *L’individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, cit., 9.

³⁷ Si pensi ad esempio al *test* del monopolista ipotetico che viene utilizzato per misurare l’elasticità della domanda (c.d. S.S.N.I.P. (*Small but Significant and Non-transitory Increases of Price*) *test*). Si tratta di uno strumento analitico, che viene impiegato nella valutazione delle reazioni possibili dei consumatori all’aumentare del prezzo; si basa su un’analisi di tipo “iterattivo” consistente nell’ipotizzare incrementi di prezzo piccoli ma significativi e non transitori applicati ad un prodotto da parte di un ipotetico monopolista verificando se si tratti di azioni di prezzo profittevoli. I confini del «mercato rilevante» si estendono progressivamente a ricomprendere prodotti alternativi man mano che i consumatori, a seguito degli aumenti di prezzo, scelgono prodotti alternativi e finché non sia possibile individuare un insieme di prodotti non sostituibili. Per un approfondimento cfr. M. CARPAGNANO, *Il mercato rilevante*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 83.

Come già esaminato, il § 3 dell'art. 101 TFUE (nella sostanza riprodotto dall'art. 4 L. n. 287/1990)³⁸ stabilisce le condizioni che devono essere soddisfatte affinché un'impresa possa beneficiare di tale esenzione.

In particolare, la liceità dell'intesa è subordinata al fatto che (in positivo) migliori l'offerta o produca benefici per gli utilizzatori del prodotto e/o servizio cui si riferisce e (in negativo) apporti restrizioni indispensabili e comunque non tali da eliminare buona parte della concorrenza³⁹.

L'inapplicabilità del divieto presuppone una serie di valutazioni connesse, da un lato, alla presenza nel testo normativo di concetti giuridici indeterminati, dall'altro lato, all'assenza nella disciplina stessa dell'esenzione di limitazioni dell'area di significato della disposizione⁴⁰.

³⁸ La normativa nazionale riproduce la norma del TFUE, delineando, quale fattispecie meritevole di autorizzazione, l'intesa che migliora le condizioni di offerta sul mercato, aumentando la produzione o il livello qualitativo della stessa o della distribuzione ovvero incrementando il progresso tecnico o tecnologico. F. GHEZZI, *Art 4 l. n. 287/1990*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2019, 3477, osserva che l'art. 4 L. n. 287/1990 delinea una fattispecie generale rispetto all'art. 101, § 3, TFUE, le cui condizioni sono riconducibili entro l'ambito applicativo della norma nazionale. L'art. 4 prevede l'esenzione dell'intesa che dà luogo "a miglioramenti delle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori". Inoltre, prevede che tali miglioramenti "siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico". Le due discipline differiscono in relazione al procedimento di esenzione, dato che l'art. 4 L. n. 287/1990 prevede un sistema di notifica e di autorizzazione in deroga ad opera dell'AGCM, mentre il Reg. 2003/1/CE delinea un sistema di esenzione legale. Si tratta, però, di una distinzione che ha perso rilievo a seguito del decentramento del diritto *antitrust* europeo, in quanto la norma interna viene ormai interpretata alla luce del sistema previsto a livello europeo. n dottrina, P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., 91. M. LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, cit., 83, ritiene che l'art. 2 L. n. 287/1990, nella parte in cui vieta le intese che restringono in maniera consistente il gioco della concorrenza, possa rappresentare un criterio utile che, se valorizzato come una sorta di *rule of reason* nazionale, può far venir meno la necessità di applicare la procedura di autorizzazione in deroga.

³⁹ A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., 156, distingue tali condizioni "negative" da quelle "positive".

⁴⁰ L'art. 101, § 3, TFUE è considerato alla stregua di una clausola generale e la riconduzione dell'area di significato della disposizione entro precisi confini risulta più complessa ove si consideri la varietà delle forme o tipi di cooperazione. Così, G. MASSAROTTO, F. GHEZZI, *Art. 101 TFUE sezz. IV-V*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2019, 3114, il quale al contempo osserva come, però, sia improbabile che un'intesa orizzontale, avente ad oggetto la fissazione dei prezzi o delle quote produttive oppure la ripartizione del mercato, soddisfi i requisiti previsti dall'art. 101, § 3, TFUE,

Come precisato dalla Commissione, a fronte delle argomentazioni economiche eccepite dalle imprese⁴¹, l'ANC e i giudici nazionali competenti devono comparare gli effetti complessivamente prodotti dall'accordo, tenendo conto: *a)* delle caratteristiche e della struttura del mercato; *b)* della natura e della rilevanza in termini di efficienza; *c)* dell'elasticità della domanda; *d)* della rilevanza della restrizione in termini competitivi⁴².

Un'attività di valutazione economica, inoltre, non è esclusa neppure nei casi in cui l'intesa rientri in astratto in un Regolamento di esenzione degli accordi verticali n. 330/2010⁴³, perché alla luce dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia, 22 ottobre 1986, *Metro SB-Großmärkte GmbH c. Commissione*, C-75/84, sono esclusi dal suo ambito applicativo gli accordi di distribuzione selettiva che non risultano: *i)* necessari per le caratteristiche del prodotto; *ii)* implementati senza discriminare soggettivamente tra i distributori che aspirino a far parte della rete; *iii)* rispettosi di un principio di strumentalità e proporzionalità⁴⁴.

dal momento che di regola non crea benefici economici oggettivi né vantaggi per gli utilizzatori. Tuttavia, non si può escludere a priori che un'intesa, pur contenente restrizioni *hard core*, possa comunque soddisfare i requisiti per l'applicazione dell'art. 101, § 3, TFUE e, quindi, beneficiare dell'esenzione. Cfr. Trib. UE, 15 luglio 1994, T-17/93, *Matra Hachette c. Commissione*, punto 85: "non vi può essere, in via di principio, una prassi anticoncorrenziale la quale, quale che sia l'intensità dei suoi effetti su un determinato mercato, non possa essere esentata, qualora siano cumulativamente soddisfatte le condizioni stabilite dall'art. [101 § 3] del Trattato".

⁴¹ Le imprese per rispondere ad una contestazione di restrizione concorrenziale invocano a titolo di eccezione (nel senso procedurale del termine) l'inapplicabilità del divieto, provando che il loro specifico accordo soddisfa ciascuna delle condizioni sopra esaminate. Cfr. C. giust., 11 settembre 2014, C-382/12 P, *Mastercard c. Commissione*.

⁴² I fattori principalmente considerati nell'esame dell'art. 101, § 3, TFUE sono così definiti dalla Commissione nelle *Linee guida sull'applicazione dell'art. 101.3, cit.*, § 96.

⁴³ Dal punto di vista dell'onere probatorio, nel caso in cui l'intesa ricada nell'ambito applicativo di un regolamento di esenzione per categoria l'impresa interessata deve provare che l'intesa beneficia di tale esenzione. In questi casi, infatti, la Commissione, esercitando la potestà normativa conferitale dal Consiglio con i Reg. 1965/19/CEE e 1971/2821/CEE adottati ai sensi dell'art. 103 TFUE, stabilisce in via preventiva che determinate categorie di accordi si presumono leciti in quanto produttivi di effetti compatibili con l'art. 101, § 3, TFUE. Tali regolamenti e le esenzioni dal divieto che essi garantiscono sono vincolanti per autorità e giudici nazionali, in ragione dell'effetto diretto ad essi attribuito dai Trattati. Cfr. G. MASSAROTTO, F. GHEZZI, *Art. 101 TFUE sez. IV-V, cit.*, 3116.

⁴⁴ Così, Trib. Milano, sez. spec. impresa, ord. 19 ottobre 2018, in M. TAVASSI, G.A. BELLOMO, P. CAPRILE, *Rassegna di giurisprudenza civile in materia antitrust (anno 2018)*, in *Conc. mer.*, 2019/2020, 1, 497, richiamando la giurisprudenza europea in materia di compatibilità degli accordi di distribuzione selettiva con il Reg. 2010/ 330/UE, ha ritenuto che le misure restrittive

Si tratta di valutazioni connotate da un elevato coefficiente di complessità, dovuto al carattere altamente tecnico delle nozioni in esse impiegate, che sembrano difficilmente compatibili con il bagaglio culturale tipico degli organi giurisdizionali, come confermato dall'assenza nella realtà dei fatti di dichiarazioni giudiziali di esenzione⁴⁵.

Sebbene non contemplata sul piano normativo, la possibilità per le imprese di invocare un'*efficiency defence* a fronte di un'inculpazione per abuso di posizione dominante è riconosciuta in via interpretativa dalla giurisprudenza UE⁴⁶, che richiama a tal fine l'identità di obiettivo degli artt. 101 e 102 TFUE.⁴⁷

del commercio *on line* contenute negli accordi che Sisley stringeva con i propri distributori per implementare la propria rete di distribuzione selettiva, violassero il criterio di proporzionalità e strumentalità stabilito dalla giurisprudenza *Metro* e, pertanto, esulassero dall'ambito di applicazione dell'esenzione. In particolare, il divieto assoluto di vendite *on line*, unito a quello di destinare i prodotti unicamente alla rivendita al dettaglio e al cliente finale, venivano giudicati eccessivi rispetto alla finalità di preservare l'*allure* di lusso e la qualità dei prodotti e in aperta violazione del divieto previsto dall'art. 4, let. d), Reg. 2010/330/UE, che qualifica come restrizione fondamentale (quindi incompatibile con il beneficio dell'esenzione dall'art. 101 TFUE) il divieto di vendite incrociate tra i distributori all'interno di un sistema di distribuzione selettiva.

⁴⁵ Cfr. S. GAMBUTO, *Le esenzioni*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, Milano, 2021, 243.

⁴⁶ Nei casi *Michelin II* (Trib. UE 30 settembre 2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin/Commissione*, T-203/01, § 98), *British Airways* (C. giust. 15 marzo 2007, C-95/04, *British Airways/Commissione*, §§84-86), *Microsoft* (Trib. UE, 17 settembre 2007, *Microsoft Corp./Commissione*, T-201/04, §§ 1114 ss.) i giudici UE ritengono che una condotta unilaterale possa essere oggettivamente giustificata se gli effetti escludenti sono compensati da incrementi d'efficienza, che si traducono in un vantaggio per i consumatori; in tali casi, però, la difesa non può essere accolta se l'effetto escludente non ha alcun nesso con i benefici per il mercato e i consumatori, oppure va oltre quanto necessario per ottenerli. G. FAELLA, *Le efficienze nei casi di abuso: un'analisi economica e comparata*, in F. DI CIOMMO, O. TROIANO (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Treviso, 2018, 437, osserva che, tuttavia, nonostante la possibilità di avvalersi di un'*efficiency defense* nei casi di abuso sia ormai pacificamente accettata dalle istituzioni UE, simili allegazioni sono state analizzate in modo specifico e trasparente in pochissimi casi e, di fatto, sono sempre state rigettate dalla Commissione (sulla prassi decisionale UE, cfr. H.W. FRIEDERISZICK, L. GRATZ, *Hidden Efficiencies: The relevance Of Business Justifications*, in *Abuse of Dominance Cases*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2015, 671). L'A. osserva che anche in Italia giustificazioni efficientistiche sono state avanzate dalle imprese dominanti in un numero relativamente limitato di casi e, comunque, non hanno svolto un ruolo significativo nell'analisi delle pratiche contestate, incentrata sugli effetti escludenti attuali o potenziali.

⁴⁷ Ci si riferisce all'obiettivo consistente nella protezione dei consumatori attraverso una concorrenza non falsata. Cfr. C. giust., 21 febbraio 1973, C-6/72, *Europemballage e Continental Can c. Commissione*, § 25. Cfr., *inter alia*, C. giust., 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lèlos kai Sia c. GlaxoSmithKline*, § 68; 15 marzo 2007, C-95/04, *British Airways c. Commissione*, §110; 17 febbraio 2011, C-52/09, *Konkurrenverket/TeliaSonera*, §76.

Nel corso degli ultimi decenni, infatti, il diritto UE della concorrenza si è mostrato più aperto a valutare il rilievo sostanziale delle condotte e dei loro effetti e quindi più sensibile ai risultati dell'analisi economica, soprattutto nella direzione di una restrizione delle fattispecie di illecito⁴⁸.

In base agli Orientamenti della Commissione le pratiche unilaterali dell'impresa dominante sono giustificabili qualora gli effetti anticompetitivi siano bilanciati da efficienze specifiche, sostanziali e necessarie. In particolare, l'impresa deve provare che: *i*) le efficienze sono causalmente riconducibili alla condotta contestata; *ii*) quest'ultima è indispensabile per conseguire gli effetti benefici di tali efficienze (non devono esistere soluzioni alternative meno anticoncorrenziali); *iii*) le probabili efficienze prevalgono sui possibili effetti negativi della condotta sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori nei mercati interessati; *iv*) la condotta non elimina la concorrenza effettiva rimuovendo tutti o la maggior parte dei vincoli concorrenziali attuali e potenziali⁴⁹.

L'approccio della Commissione risulta conforme ai parametri dell'art. 101, § 3, TFUE, sia per la sostanziale coincidenza delle condizioni giustificative sia per l'inquadramento teorico dell'efficienza, che viene considerata una possibile scriminante di una condotta di per sé limitativa della concorrenza.

A dispetto della struttura dell'art. 101, § 3, TFUE una parte della dottrina ritiene, però, che nel caso di abuso di posizione dominante sia più

⁴⁸ F. CINTIOLI, *Diritti di difesa e determinatezza dell'illecito antitrust*, cit., 42.

⁴⁹ Gli Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato, ora art. 101 TFUE, al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (COM(2008) 832 def. del 5 dicembre 2008), punto 30. Cfr. C. giust., 6 settembre 2017, C-413/14 P, *Intel c. Commissione*, § 137-138, la quale ha affermato che alcune condotte, come le politiche degli sconti fidelizzanti, producono di norma effetti anti-competitivi, ma l'impresa può superare questa presunzione mediante la produzione di dati quantitativi che dimostrano l'inidoneità della condotta a escludere i concorrenti altrettanto efficienti. In particolare, l'impresa dominante deve dimostrare che la produzione di effetti anticoncorrenziali non è possibile nel caso concreto perché i concorrenti possono reagire (ad es. praticando a loro volta sconti senza finire in perdita), oppure che gli stessi effetti non dipendono esclusivamente dalla sua condotta (ad es. manca il nesso causale perché l'impedimento concorrenziale è attribuibile ad altra fonte, come un regime legale di monopolio, che avrebbe comunque impedito l'ingresso di concorrenti).

corretto anticipare l'esame della *efficiency defence* alla fase di verifica della stessa sussistenza di un abuso.

Infatti, da un lato la struttura dell'art. 102 TFUE non contempla alcuna deroga al divieto da esso previsto, dall'altro lato la nozione di abuso presuppone l'assenza di virtù salvifiche correlate alla condotta investigata, che è da valutare secondo un approccio integrato basato sui suoi complessivi effetti⁵⁰.

Alla luce di ciò lo scarso numero di decisioni che si occupano dell'*efficiency defence* negli abusi di posizione dominante potrebbe essere spiegata in ragione del fatto che l'analisi degli effetti della condotta unilaterale già incorpora la valutazione di eventuali giustificazioni efficientistiche⁵¹.

3. (Segue) Il regime probatorio dell'intesa *antitrust* alla luce della tutela oggettiva del mercato. In particolare, la pratica concordata e l'utilizzo delle *rules of reason*

Come già sottolineato le condotte illecite sotto il profilo *antitrust* sono descritte in termini generali, essendo il diritto della concorrenza nato “*per provvedere a situazioni flessibili, indefinite, in corso di variabile assestamento, così come flessibile e in movimento è il mercato*”⁵².

⁵⁰ G. FAELLA, *Le efficienze nei casi di abuso: un'analisi economica e comparata*, cit., 447 e ss.; l'A. osserva che l'esperienza italiana sembra confermare che le efficienze sono normalmente analizzate solo nel quadro di una valutazione integrata degli effetti della pratica. Infatti, gli unici casi in cui le considerazioni d'efficienza sono state accettate sono ipotesi di presunti prezzi predatori in cui i giudici (cfr. Trib. Milano 4 giugno 2013, n. 7825) e le autorità garanti della concorrenza (AGCM, decisione n. 23065 del 14 dicembre 2011, A413, TNT Post Italia/Poste Italiane, in Bollettino n. 48/2011) hanno concluso che in realtà la pratica contestata non aveva reali effetti anticoncorrenziali.

⁵¹ Le imprese non avrebbero bisogno di ricorrere alla scriminante in questione perché i possibili benefici sarebbero già stati presi in considerazione nel valutare se la pratica contestata sollevi problemi concorrenziali. Cfr., *inter alia*, E. ROUSSEVA, *Efficiency defence under Article 102 TFEU: Retrospective and Prospective*, in *Concurrences*, 2014, n. 2-2014.

⁵² F. CINTIOLI, *Diritti di difesa e determinatezza dell'illecito antitrust*, cit., 30, per dimostrare quanto la variabilità, l'adattamento e l'innovazione siano tratti caratteristici degli illeciti *antitrust* si riferisce al dibattito sull'utilizzabilità del diritto *antitrust* per intervenire sulle distorsioni nei mercati digitali e sulle manifestazioni di potere di alcune piattaforme *web*.

Al contempo, proprio il contesto di mercato caratterizzato da forme di collusione sempre più sofisticate e non sempre immediatamente percepibili, ha messo in rilievo l'esigenza di facilitare sul piano probatorio l'intervento pubblico e, quindi, la tutela oggettiva del mercato⁵³.

L'apertura alla prova logica (o presuntiva) del diritto *antitrust* trova riscontro nello stesso art. 101 TFUE (e art. 2 della L. n. 287/1990), laddove, invece di fornire una precisa definizione di intesa anticoncorrenziale, si limita ad indicarne alcune tipologie, tra cui quella della pratica concordata⁵⁴.

Detta figura implementa il carattere flessibile della nozione di intesa, che indica la situazione in cui più operatori economici (intesi come distinti centri decisionali)⁵⁵, trovano un qualche intendimento avente per oggetto o per effetto il loro conformarsi ad una logica distorsiva del mercato, che li renda "concorrenti apparenti"⁵⁶.

Così facendo, le imprese si impegnano reciprocamente a non decidere in modo autonomo e indipendente le proprie iniziative

⁵³ Su quest'aspetto si sofferma M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 2, 350.

⁵⁴ Oltre alle pratiche concordate il legislatore fa riferimento agli accordi e alle decisioni di associazioni di imprese. Per quanto riguarda gli accordi, si sottolinea che l'accordo non si esaurisce nell'istituto contrattuale, potendosi realizzare anche attraverso un impegno tra imprese vincolante soltanto sul piano sociale. Sul tema, cfr. M. D'OSTUNI, *Il concetto di intesa*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 86, che richiama Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, I, 1999, 831 e ss., con nota di L. LAMBO, nella parte in cui considera la nozione di intesa "oggettiva e [...] tipicamente comportamentale anziché formale". Per quanto concerne le decisioni di associazioni di imprese, si osserva che sono vietate quanto l'organizzazione collettiva adottata, in qualunque forma, una deliberazione idonea a produrre effetti nei confronti delle imprese partecipanti, realizzando "in via istituzionale" un coordinamento dei loro comportamenti economici. Non rilevano solo gli atti deliberativi formali, ma anche le circolari e le raccomandazioni interne che incidano sui comportamenti degli associati (cfr., C. giust., 12 luglio 1979, C-32/78, *BMW c. Belgium*; 27 gennaio 1987, C-45/85, *Verband der Sachversicherer c. Commissione*).

⁵⁵ Cfr., A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., 66.

⁵⁶ Gli artt. 101 TFUE (e 2 L. n. 287/1990) vietano le interazioni tra imprese "che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza". La tripartizione delle modalità con cui l'intesa può incidere negativamente sul gioco della concorrenza è considerata una "superfetazione normativa", da R. PARDOLESI, *Art. 2. Intese restrittive della libertà di concorrenza*, cit., 188, in quanto il concetto di "restrizione" è assorbente ed unitario in tal senso. Si riferisce al concetto di concorrenza "apparente" Cass. n. 827/1999, cit.; in dottrina, M. MAGGIOLINO, *La tutela della concorrenza*, cit., 498.

economiche, con ripercussioni negative sugli operatori interessati ad entrare nel mercato (o ad accrescervi la propria posizione), nonché sul consumatore “*privato sistematicamente dei benefici che gli derivano dalla tendenza fisiologica di ogni impresa concorrente a conquistarsi fette di mercato offrendo condizioni più favorevoli rispetto ad altre imprese*”⁵⁷.

Il riferimento legislativo alla pratica concordata risponde alla necessità di reprimere qualsiasi forma di collusione; infatti, la pratica concordata, pur condividendo con gli accordi la natura collusiva⁵⁸, costituisce una fattispecie residuale, che opera quando non vi è un’espressa manifestazione di volontà reciproca tra le imprese, che non si spingono a formalizzare un vero e proprio accordo⁵⁹.

Nello specifico, la pratica concordata consiste in una forma cosciente e volontaria di coordinamento e cooperazione (concertazione) tra imprese, che ha come obiettivo un danno ingiusto alla concorrenza⁶⁰.

Il tratto caratterizzante della fattispecie in esame riguarda il regime della prova, poiché fin dalla sua origine la pratica concordata è apprezzata come una “*fattispecie strumentale operante sul piano probatorio*”⁶¹.

La figura è nata alla luce della prassi delle imprese di non concludere veri e propri accordi, aumentando così la difficoltà per le autorità *antitrust*

⁵⁷ Come precisa Cons. St., 13 febbraio 2019, n. 1025 (ma v. anche Cons. St., 31 dicembre 2018, n. 7320; Cons. St., 21 marzo 2019, nn. 1900, 1551, 1160, 1883) se i contatti di natura anticoncorrenziale tra le imprese fossero ammessi “*si sostituirebbe all’alea della concorrenza il vantaggio della concertazione*”.

⁵⁸ Per questo motivo la giurisprudenza ritiene che l’eventuale qualificazione, da parte dell’autorità *antitrust*, di una determinata situazione di fatto come accordo, anziché come pratica concordata, non vale a modificare la sostanza dei fatti materiali addebitati alle imprese sanzionate per un’intesa restrittiva della concorrenza (cfr. *ex multis* Cons. St., 13 febbraio 2019, n. 1025; 10 luglio 2018, n. 4211; 12 ottobre 2017, n. 4733).

⁵⁹ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., 73, sottolineano come le pratiche concordate operino come clausola di chiusura del sistema, atta a comprendere le vicende non immediatamente qualificabili come accordi o decisioni di associazioni di imprese.

⁶⁰ Da ultimo, Cons. St., sez. VI, 17 novembre 2020; 10 luglio 2018, n. 4211; 2 luglio 2018, n. 4010; 29 maggio 2018, n. 3197; 21 marzo 2018, n. 1822. Nella giurisprudenza UE, cfr. C. giust., 16 dicembre 1975, cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Suiker Unie* c. Commissione, § 26.

⁶¹ Cons. St., sez. VI, 17 novembre 2020; 13 febbraio 2019, n. 1025.

di acquisire, in mancanza di un documento o di una confessione, una prova “piena” dell’intesa⁶².

Per evitare che un atteggiamento troppo rigoroso comportasse la “vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust”⁶³, si ammetteva che l’accordo potesse essere provato a partire da una serie di elementi significativi, sulla base di un ragionamento induttivo. È iniziato così un processo di “costante erosione dell’onere della prova dell’intesa”⁶⁴ a vantaggio delle autorità antitrust.

Il diritto antitrust si è “aperto” alla prova logica, potendo l’azione pubblica fondarsi su una serie di indizi seri, precisi e concordanti⁶⁵.

⁶² Nella pratica concordata non è rintracciabile un accordo espresso e ciò è dovuto al fatto che gli operatori, essendo consapevoli dell’illiceità della pratica, tentano con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. In tal senso, Cons. St., sez. VI, 31 luglio 2019, n. 5401, sottolinea come sia frequente che “le attività derivanti da pratiche ed accordi anticoncorrenziali si svolgano in modo clandestino e (...) la documentazione relativa sia ridotta al minimo, sicché, anche qualora l’Autorità scopra documenti attestanti in modo esplicito un contatto illegittimo tra operatori, essi saranno di regola solo frammentari e sporadici, di modo che si rivela spesso necessario ricostruire taluni dettagli per via meramente deduttiva”.

⁶³ Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2514.

⁶⁴ S. LAMARCA, A. AGUGLIA, *Gli elementi costitutivi della fattispecie*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 175. Rileva qui sottolineare che nel quadro delle indagini antitrust trova applicazione il principio di presunzione di innocenza, in quanto principio generale del diritto dell’UE ex art. 6, § 2, CEDU e riaffermata dall’art. 48, § 1, CDFUE con specifico riguardo all’applicazione di sanzioni di natura amministrativa di particolare gravità che fanno seguito all’accertamento di una violazione di norme in materia di concorrenza.

⁶⁵ La prova logica (o critica) è una prova indiretta che si connota per la modalità in cui si esprime il rapporto tra il fatto da provare (*factum probandum*) e l’oggetto della prova (*factum probans*). La valutazione della prova indiretta è doppiamente ipotetica: posta l’ipotesi che il *factum probans* (fatto secondario) sia provato, esso costituisce la premessa di una possibile inferenza relativa al fatto da provare (fatto principale); cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, cit., 429, 430, 439; S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in (a cura di) G. IUDICA, P. ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 2010, 2. Il meccanismo probatorio di riferimento è quello della presunzione semplice (c.d. *hominis* o *iudicis*), che consiste nell’operazione logico-inferenziale attraverso cui da un “fatto noto” possono essere tratte conseguenze per risalire ad un “fatto ignoto” (cfr. art. 2727 c.c.). In materia di illeciti antitrust Cons. St., sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153, ribadisce che “l’accertamento dell’intesa... non richiede la prova documentale (o altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali), atteso che la volontà convergente delle imprese volta alla restrizione della concorrenza può essere idoneamente provata attraverso qualsiasi congruo mezzo (Cons. St. sez. VI, 15/2/2018, n. 1821) ...” sicché “...la prova della pratica concordata oltre che documentale può essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi precisi e concordanti, con la precisazione che la circostanza che la prova sia indiretta (o indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa abbia una forza probatoria attenuata (Cons. St., sez. VI, 12/10/2017, n. 4733; 11/7/2016, n. 3047; 30/6/2016, n. 294; 18/5/2015, n. 2514)”. Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2019: “Quanto alla prova dell’illecito, in conformità ai principi generali in tema di prova contenuti nell’art. 2729 c.c., è necessario che

In forza di questo principio la contestazione di un'intesa può fondarsi sulla prova di elementi "esogeni" che dimostrino l'intervento di sistematici contatti qualificati tra le parti, potendosi ragionevolmente sostenere (attraverso una presunzione *iuris tantum*) che lo scambio di informazioni strategiche (come quelle sui prezzi o sulle condizioni di vendita) tra imprese concorrenti attui un'intesa "a monte"⁶⁶.

In questi casi la prova del contatto qualificato sposta in capo alle imprese l'onere di dimostrare la liceità della condotta e cioè che tale condotta è stata il frutto di una precisa e plausibile strategia di mercato autonomamente determinata e rispondente a razionali scelte economiche⁶⁷.

dell'intesa vietata esistano indizi gravi, previsti e concordanti". Sulla valutazione del quadro probatorio complessivo, cfr. Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2019, n. 6985; 31 luglio 2019, n. 5401. Sulla capacità dell'insieme degli elementi di provare la violazione *antitrust*, cfr. Cons. St., sez. VI, 29 marzo 2018, n. 2002.

⁶⁶ Lo uno scambio di informazioni tra imprese può essere interpretato come condotta implicante una concertazione, dato che consente alle imprese di conoscere il funzionamento del mercato e, di conseguenza, adottare la strategia commerciale convenuta, nonché controllare il rispetto dell'accordo. Cfr. C. giust., 28 maggio 1998, C-7/95 P, *John Deere Ltd c. Commissione*, che ha riconosciuto decisivo rilievo alla natura delle informazioni scambiate (che garantivano la trasparenza in ordine alle vendite effettuate), alla periodicità dello scambio (a scadenza ravvicinata e sistematicamente), nonché alla destinazione delle informazioni (a vantaggio unicamente dei principali fornitori e ad esclusione dei consumatori). Inoltre, C. giust., 4 giugno 2009, C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, §§ 44-62, precisa che, in via di principio, a seconda della struttura del mercato, anche un solo contatto può essere sufficiente affinché le imprese concordino i rispettivi comportamenti sul mercato. Per quanto concerne la divulgazione di informazioni da parte di una sola impresa, le Linee Diretrici della Commissione sull'applicabilità dell'art. 101 TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale (2011/C 11/01 del 14 gennaio 2011) individuano una pratica concordata anche quando una sola impresa divulghi informazioni strategiche ai propri concorrenti, i quali le accettino, essendo tale circostanza in grado di ridurre l'incertezza strategica sul futuro funzionamento del mercato per tutti i soggetti coinvolti.

⁶⁷ Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925. Come osserva F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, Torino, 2019, 168, la prova liberatoria può tradursi in una *probatio diabolica*, essendo difficile dimostrare sul piano della razionalità economica che ragioni lecite abbiano indotto un comportamento analogo a quello oggetto di concertazione. Ciò non toglie comunque che se non c'è una collaborazione consapevole gli operatori economici hanno il diritto "di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei loro concorrenti" (così, C. giust., 16 dicembre 1975, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, *Suiker Unie c. Commissione*, §§ 173-174), per cui l'allineamento delle condotte sconfina nell'illecito quando al dato oggettivo del comportamento economico si unisce una concertazione, intesa come ogni forma di contatto, confronto o dialogo, tra imprese.

Laddove, invece, la contestazione si basi su elementi di prova “endogeni”, che evidenziano un’intrinseca anomalia nella convergenza di certe condotte (ad es., quando in una gara con pluralità di lotti, le offerte dei principali *competitors* si separano a scacchiera, in modo da concorrere separatamente ciascuna per propri lotti, evitando sovrapposizioni e concorrenza)⁶⁸, l’autorità ha onere di provare che l’esistenza di un’intesa anticoncorrenziale è l’unica spiegazione possibile del parallelismo di condotte⁶⁹.

In questi casi, l’intesa deve essere provata sulla base di un’analisi economica, che dimostri l’incompatibilità delle condotte con una logica razionale di mercato, “*tenuto conto della natura dei prodotti, dell’entità e del numero delle imprese e del volume del mercato stesso*”⁷⁰⁻⁷¹; alle imprese, invece, è rimessa la prova liberatoria, che può essere soddisfatta attraverso l’allegazione di circostanze in grado di porre “*sotto una luce*

⁶⁸ F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, cit., 166.

⁶⁹ Si dice che in via eccezionale, il parallelismo dei comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l’unica spiegazione plausibile. Cfr. C. giust., 31 marzo 1993, C-89/95, *Woodpulp*.

⁷⁰ C. giust., 14 luglio 1972, C-48/69, *Imperial Chemical Industries c. Commissione* in cui la Corte di Giustizia chiarisce che alla luce della struttura non oligopolistica del mercato, in cui erano attivi numerosi fornitori, del carattere sufficientemente eterogeneo dei prodotti e dei costi diversificati, i comportamenti emulativi di aumento del prezzo non erano plausibili se non preceduti da un esplicito coordinamento. Nel successivo caso *WoodPulpII*, invece, la Corte perviene ad una soluzione opposta, pur applicando i medesimi principi: la C. giust., 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö c. Commissione*, §§ 64-65, con riguardo alla prassi commerciale degli “annunci trimestrali” con cui i produttori di pasta di legno garantivano ai propri clienti la possibilità di acquistare trimestralmente un quantitativo minimo di pasta ad un prezzo che non avrebbe superato quello annunciato all’inizio del trimestre, ha ritenuto che le peculiarità del mercato fossero tali da giustificare la generalizzata similitudine di prezzi pur in assenza di un’intesa. In questa occasione la Corte di Giustizia ha sancito il principio per cui “il *parallelismo di comportamento può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l’unica spiegazione possibile*”.

⁷¹ Nel caso in cui l’elemento “endogeno” non sia del tutto univoco nel senso di rimandare ad un’intesa vietata, la sua valutazione va condotta congiuntamente a quella degli elementi esogeni eventualmente riscontrati, secondo un approccio volto a valutare nell’insieme “la tenuta” degli elementi probatori adottati. Di norma, quindi, la valutazione degli elementi endogeno ed esogeno va fatta congiuntamente: in presenza di un elemento endogeno per così dire sospetto, anche se non assolutamente univoco, sarà l’esame degli eventuali elementi esogeni a far propendere per la sussistenza o l’insussistenza di un’intesa vietata. Cfr. Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2019, n. 1160; 31 dicembre 2018, n. 7320.

diversa” i fatti accertati in sede di *public enforcement*, dimostrano che il parallelismo *de quo* si giustifica alla luce di scelte economiche determinate in via unilaterale⁷².

Un'altra importante distinzione in materia di intese che trova fondamento normativo nell'art. 101 TFUE (e art. 2 L. n. 287/1990) è quella relativa alle intese “per oggetto” o “per effetto” anticoncorrenziale⁷³.

Anche questa suddivisione ha conseguenze specifiche sull'onere della prova che l'autorità pubblica deve soddisfare per contestare l'illecito *antitrust*.

Nel caso di intese vietate per l'oggetto anticoncorrenziale l'indagine sulla produzione in concreto degli effetti che si sono prefissate le imprese non è necessaria, in quanto si tratta di intese per loro natura dannose per il buon funzionamento delle dinamiche concorrenziali⁷⁴.

In queste fattispecie, infatti, è la stessa “ragion d'essere” dell'intesa a colorarsi di illiceità, trattandosi di accordi che nascono già con l'obiettivo di limitare la concorrenza⁷⁵.

⁷² Trib. UE, 12 aprile 2013, *Cisac*, T- 442/08. Questi principi sono stati confermati anche dalla giurisprudenza nazionale; cfr. Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123.

⁷³ Il carattere anticompetitivo di un'intesa può concernere alternativamente l'oggetto o l'effetto dell'intesa (come dimostra la disgiuntiva “o” impiegata negli artt. 101 TFUE e art. 2 della L. n. 287/1990). La differenza afferisce all'onere probatorio dell'autorità che contesta l'illecito. Cfr. M. MAGGIOLINO, *La tutela della concorrenza, cit.*, 501.

⁷⁴ L'intesa per oggetto rende inessenziale ai fini del decidere l'esame in ordine al se l'intesa medesima abbia sortito nella pratica gli effetti prefissati dai partecipanti. Sul punto, cfr. *ex multis* Cons. St., 21 dicembre 2017, n. 5998 e 5997; 22 marzo 2016, n. 1164; 3 giugno 2014, n. 2837; 8 febbraio 2008, n. 424, il quale osserva che ai sensi dell'art. 2 della L. n. 287/1990 è sufficiente la sola presenza dell'oggetto anticoncorrenziale e non anche necessariamente di un effetto. Cfr., altresì, C. giust., 16 luglio 2015, C-172/14, *ING Pensii c. Consiliul Concurenței*, § 31; 11 settembre 2014, C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Commissione*, §§ 49 e 50.

⁷⁵ Per “oggetto” si intende la funzione dell'intesa, che deve essere apprezzata alla luce dei fini obiettivamente perseguiti nel contesto economico e giuridico, tenuto conto della natura dei beni e dei servizi interessati, nonché della struttura e del funzionamento del mercato di riferimento. Sulla nozione di “oggetto” dell'intesa, cfr. C. giust., 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services c. Commissione*, §§ 36, 58; 13 dicembre 2012, C-226/11, *Expedia*, § 21.

Emblematiche sono le intese orizzontali con cui più imprese operanti allo stesso stadio del processo economico si accordano sui prezzi, sulle quantità di vendita⁷⁶ o sulla ripartizione delle quote di mercato⁷⁷.

Tali accordi sono considerati per definizione una “restrizione essenziale della concorrenza”⁷⁸, rappresentando una delle “violazioni più gravi dell’art. 101 TFUE”⁷⁹.

⁷⁶ In giurisprudenza, con riguardo all’oggetto anticoncorrenziale delle intese orizzontali aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi fra operatori economici, cfr. C. giust., 11 settembre 2014, C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Commissione*, § 51; 19 marzo 2015, C-286/13 P, *Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe c. Commissione*, § 115.

⁷⁷ La ripartizione dei mercati può avvenire secondo diverse modalità, tra cui la suddivisione per aree geografiche, quella per quote di produzione o di vendita e la ripartizione della clientela, che comprende gli accordi di manipolazione delle gare di appalto (c.d. *bid ridding*). Sul tema, cfr. M. SIRAGUSA, L. RUOCCO, *Le intese orizzontali*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 104. In giurisprudenza, cfr. C. giust., 28 gennaio 2018, C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd c. AGCM*, che ha qualificato come intesa “per oggetto” il comportamento di due imprese farmaceutiche che commercializzano due medicinali concorrenti, avente ad oggetto la diffusione di informazioni ingannevoli sugli effetti collaterali negativi dell’uso di uno di tali medicinali per le indicazioni non coperte dall’AIC di quest’ultimo, al fine di ridurre la pressione concorrenziale derivante da tale uso su un altro medicinale coperto da un’AIC per dette indicazioni. La Corte ritiene che tale forma di coordinamento sia per sua stessa natura dannosa per il buon funzionamento del mercato, essendo prevedibile che la divulgazione di simili informazioni spinga i medici a rinunciare a prescrivere il primo medicinale determinando così l’auspicato calo della relativa domanda. Da ultimo, C. giust., 30 gennaio 2020, C-307/18, *Generics (UK) c. Competition and Markets Authority*, con riguardo ad un accordo di composizione amichevole di un procedimento giurisdizionale pendente tra un produttore di farmaci originari e un produttore di medicinali generici, in situazione di concorrenza potenziale, in merito alla validità di un brevetto di processo di fabbricazione del principio attivo di un farmaco originario divenuto di dominio pubblico, di cui è titolare il primo produttore, nonché alla natura contraffatta di una versione generica di tale farmaco; la Corte ritiene l’accordo, mediante il quale il produttore di medicinali generici si impegna a non entrare nel mercato del medicinale contenente tale principio attivo e a non proseguire la sua azione di nullità di tale brevetto durante il periodo di validità dell’accordo, in cambio di trasferimenti di valore a suo favore da parte del fabbricante di medicinali originari, abbia un oggetto anticoncorrenziale, se risulta che il saldo positivo dei trasferimenti di valori trova spiegazione unicamente nell’interesse commerciale delle parti dell’accordo a non esercitare una concorrenza fondata sui meriti.

⁷⁸ In tal senso, Dec. Comm., 18 luglio 2001, COMP/37.444, *SAS c. Maersk Air*, § 76.

⁷⁹ In tal senso la già citata Comunicazione della Commissione relativa all’immunità delle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11 dell’8 dicembre 2006), punto 1.

A questo riguardo si richiama spesso il concetto di illecito *per se rule*, che pur provenendo dall'esperienza statunitense⁸⁰, è entrato nel lessico del diritto della concorrenza europeo ed italiano⁸¹.

Con tale espressione si indicano le condotte che corrispondono a violazioni che nella prassi si sono consolidate e sono trattate in modo tale che, quando solo vi sia una corrispondenza del caso concreto con quel tipo, allora l'illecito è ritenuto sussistente a prescindere dalla valutazione del caso fatta secondo l'analisi economica e l'effettiva lesione del *consumer welfare*.

Va osservato, però che nel nostro sistema il diritto *antitrust* non conosce divieti assoluti *per se* (a parte, secondo alcuni, la costituzione di un'organizzazione comune di cartello)⁸², essendo la terminologia americana utilizzata in un'accezione in cui il termine *per se* ha valenza presuntiva e non esclude l'astratta possibilità di un secondo livello di valutazione *ex art. 101, § 3, TFUE* (e art. 4 L. n. 287/1990)⁸³.

⁸⁰ Lì in un primo momento erano state introdotte le c.d. *per se rules*, impositive del divieto di monopolizzazione e di qualsiasi patto limitativo della libertà economica (*Section 2* dello *Sherman Act*), ma successivamente l'applicazione rigida dei limiti *antitrust* alle imprese è stata abbandonata e si è optato per le c.d. *rules of reason*, proibitive di condotte solo a seguito di un accertamento in ordine alla loro concreta idoneità a produrre effetti negativi sulla concorrenza. L'evoluzione è ben illustrata da F. DENOZZA, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, in *Giur. comm.*, 1991, 365 ss., 374-375 e da M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, *cit.*, 210 ss..

⁸¹ F. CINTIOLI, *Diritti di difesa e determinatezza dell'illecito antitrust*, *cit.*, spec. 31 e 41, sottolinea che si tratta di illeciti tipizzati, in un'accezione di tipicità di secondo grado, cioè cristallizzata in una serie di precedenti che offrono un affidabile *standard* di tipicità.

⁸² Secondo LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, 144, il solo divieto veramente assoluto (e implicito), ricavabile dalla *ratio* dell'art. 101 TFUE, è quello avente ad oggetto la costituzione di cartelli, cioè di organizzazioni private permanenti (o comunque durevoli), aventi come oggetto quello della programmazione della produzione e dell'attività delle imprese partecipanti, al fine di coordinare i comportamenti di mercato nell'interesse della categoria. M. SIRAGUSA, L. RUOCCO, *Le intese orizzontali*, *cit.*, 97, sottolineano che rispetto al più ampio *genus* delle intese orizzontali collusive i "cartelli" si connotano per la maggiore complessità in termini strutturali e organizzativi, necessaria al fine di coordinare il comportamento di un numero spesso elevato di partecipanti; la molteplicità e la varietà degli atti e condotte *antitrust* realizzate; la regolare previsione di strumenti di monitoraggio, sanzione e compensazione, miranti a rendere stabile nel tempo l'accordo collusivo ed evitare deviazioni dalla condotta prestabilita.

⁸³ LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, *cit.*, 144, sottolinea che anche se l'esperienza applicativa ha portato ad individuare una serie di *hard core restrictions*, rimane una certa differenza con i divieti americani *per se*, rispetto ai quali la presunzione è stata prevalentemente intesa come assoluta.

Laddove nel tenore oggettivo dell'intesa non sia possibile rintracciare un pregiudizio concorrenziale, la contestazione dell'illecito richiede di accertare che tale intesa produca effetti (anche solo potenziali)⁸⁴ sull'assetto del mercato⁸⁵.

A tal fine è necessaria una complessa indagine controfattuale, comparando il contesto giuridico-economico successivo all'intesa con lo scenario che si sarebbe verificato in assenza della stessa⁸⁶.

Richiamando nuovamente i concetti sviluppatasi nel diritto statunitense, le intese vietate "per effetto" possono essere concettualmente assimilate alle c.d. *rules of reason*.

Si tratta degli illeciti che più si avvicinano ad una vasta zona grigia tra il lecito e l'illecito e nei quali l'analisi economica gioca il suo ruolo, dovendo l'autorità analizzare gli effetti economici concreti a cui l'intesa può dare luogo.

In ogni caso, (anche) la linea tra infrazioni per oggetto e infrazioni per effetto è rimessa all'autonomia dell'interprete, il che può portare ad una sua "mobilità", come è accaduto nel caso *Intel*, nel quale la Corte di

⁸⁴ L'intesa integra sempre una fattispecie di pericolo, dato che il *vulnus* al libero gioco concorrenziale può essere soltanto potenziale anche nei casi di restrizioni "per effetto", in cui non deve essersi necessariamente consumato. Come sottolinea C. giust., 23 novembre 2006, C-238/05, *Asnef-Equifax e Administracion del Estado*, il bene tutelato dall'art. 101 TFUE non è solo la concorrenza attuale, ma anche quella potenziale, senza la quale non potrebbe realizzarsi l'ingresso di nuove imprese sul mercato (v. Conclusioni AG KOKOTT, 22 gennaio 2020, C-307/18, *Generics (UKK) c. Competition and Markets Authority*). Sul piano nazionale, cfr. *ex multis*, Cons. St., 15 febbraio 2018, n. 1821; 13 giugno 2014, n. 3032.

⁸⁵ L'iter di accertamento dell'intesa è un "*procedimento a due stadi*", come osserva A. ASSENZA, F. GHEZZI, *Art. 101 TFUE sez. III, parr. XIV-XXVI, cit.*, 3052. A questo proposito, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea, cit.*, 127, ritiene che "oggetto" ed "effetto" siano dati omogenei e nella prospettiva sequenziale in cui vengono letti "*l'oggetto anticoncorrenziale è la stessa cosa dell'effetto concorrenziale, visto però come effetto potenziale e non ancora attuale*". Sul punto cfr. altresì F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2019, 114. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, C. giust., 24 maggio 2012, T-111/08, *MasterCard c. Commissione*, § 139; 14 marzo 2013, C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító*, § 34; 20 novembre 2008, C-209/07, *Competition Authority c. Beef Industry Development Society e Barry Brothers*, § 15; 4 giugno 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, § 28.

⁸⁶ Cfr. la Comunicazione della Commissione recante le Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale (2011/C 11/01 del 14 gennaio 2011), punto 29. In giurisprudenza cfr. C. giust., 11 settembre 2014, C-382/12 P, *MasterCard c. Commissione*. In dottrina, sulla necessità che le autorità antitrust articolino una convincente *theory of harm* cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2019, 118.

giustizia ha riconosciuto che fosse necessario l'ingresso di un'analisi economica e un'istruttoria più attenta che nel passato anche in relazione a pratiche di sconto articolato prevalentemente su congegni di esclusiva⁸⁷.

4. (Segue) L'abuso di posizione dominante

L'art. 102 TFUE (e 3 della L. n. 287/1990) vieta la condotta unilaterale dell'impresa che abusa della posizione di forza economica detenuta sul mercato⁸⁸, influenzando in maniera significativa sulle modalità di esplicazione della concorrenza.

L'abuso può essere integrato da una condotta di "sfruttamento", volta a trarre profitti sopracompetitivi, oppure di "esclusione", se l'effetto della condotta è quello di eliminare le imprese attive sul mercato o di impedire l'ingresso nel mercato alle potenziali concorrenti⁸⁹.

A differenza delle situazioni di monopolio (o quasi-monopolio)⁹⁰, la dominanza sul mercato non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, sostanziandosi nel potere dell'impresa *leader* di comportarsi senza temere la reazione degli altri operatori economici; le sue decisioni, infatti, sono

⁸⁷ C. giust. (Grande sezione), 6 settembre 2017, C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. c. Commissione*.

⁸⁸ Il divieto di abuso di posizione dominante differisce dal divieto di intese anticoncorrenziali sotto il profilo del numero di imprese coinvolte nell'illecito. Invero, l'unilateralità della fattispecie di divieto di abuso di posizione dominante è stata messa in discussione dal riferimento normativo all'ipotesi di detenzione della posizione dominante da parte di più imprese (c.d. posizione dominante collettiva). Tuttavia, occorre considerare che quest'ultime si presentano sul mercato come un'entità monopolistica compatta produttiva di effetti "unilaterali" e, a tal riguardo M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea, cit.*, 293, ha osservato che l'intenzione del legislatore era probabilmente quella di comprendere nel divieto il fenomeno dell'impresa di gruppo. L'A. non condivide la tesi che considera la posizione dominante collettiva alla stregua di un cartello fra imprese e sottolinea come tale interpretazione determini l'inutilità della nozione stessa, dato che il divieto di abuso di posizione dominante collettiva nulla aggiungerebbe alla portata normativa del divieto di intese.

⁸⁹ M. MAGGIOLINO, *La tutela della concorrenza, cit.*, 505.

⁹⁰ L'art. 102 TFUE si applica alle imprese che detengono un forte potere di mercato, anche se in presenza di una certa concorrenza; la situazione di monopolio, invece, è disciplinata dall'art. 106 TFUE, che sottopone le imprese monopolistiche alle regole di concorrenza, nei limiti in cui non ostino all'adempimento della specifica missione legalmente conferitagli.

“per lo più insensibili alle azioni e reazioni dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”⁹¹.

Di per sé è lecito detenere una posizione dominante sul mercato, in quanto le imprese hanno il diritto di competere sul mercato e, sulla base dei propri meriti, conquistarsi una posizione di supremazia⁹²; il legislatore, infatti, non vieta il rafforzamento (o il mantenimento) del potere di mercato attraverso l’eliminazione delle altre imprese, qualora ciò avvenga con i mezzi propri di una sana competizione⁹³.

Ciò che il legislatore vieta è unicamente l’“abuso” della posizione dominante all’interno del mercato (o in una sua parte rilevante)⁹⁴.

⁹¹ In tal senso, la Comunicazione della Commissione recante gli Orientamenti sulle priorità nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti (2009/C 45/02 del 24 febbraio 2009), punto 10. Il comportamento degli altri operatori non è in grado di pregiudicare le scelte dell’impresa dominante, diversamente da quanto accadrebbe in una situazione di normale concorrenzialità, in cui, ad esempio, l’impresa che decide di aumentare i prezzi o mutare le condizioni contrattuali deve fare i conti con il timore che un’offerta migliore da parte degli altri concorrenti le cagioni una perdita di risultati economici.

⁹² L’art. 102 TFUE descrive una fattispecie tipica del diritto *antitrust* europeo, che non corrisponde alla *monopolization*, prevista dalla Sec. 3 dello *Sherman Act*, il quale vieta la condotta di “*every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce*”. Il legislatore europeo, attraverso la previsione del divieto di abuso di posizione dominante, ha scelto di non vietare *ex se* la dominanza delle imprese, come aveva proposto la Francia durante i lavori per l’approvazione dell’art. 86 TCEE (cfr. L.F. PACE, *La nascita del diritto della concorrenza in Europa*, cit., 12), bensì ha preferito aderire all’impostazione della Germania, che proponeva il divieto del solo abuso e la permanenza delle grandi imprese (c.d. campioni nazionali o imprese *leader* in determinati settori dell’industria o del commercio) che avevano caratterizzato l’esperienza economica del XIX secolo.

⁹³ La concorrenza basata sui meriti può portare all’eliminazione dal mercato dei concorrenti meno efficienti, perché la loro offerta può risultare meno interessante agli occhi dei consumatori, per quanto riguarda i prezzi praticati, la qualità o l’innovazione dei prodotti o servizi sul mercato. Cfr., *ex multis*, C. giust., 27 marzo 2012, C-209/10, *Post Danmark c. Konkurrencerådet*, §§ 21-24; 6 dicembre 2012, C-457/10 P, *AstraZeneca AB c. Commissione*, § 75. In tal senso, i già citati Orientamenti della Commissione sulle priorità della Commissione nell’applicazione del divieto di abuso di posizione dominante nel mercato (2009/C 45/02 del 24 febbraio 2009).

⁹⁴ M. SIRAGUSA, *Abuso di posizione dominante* (§5), in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di) *Diritto antitrust italiano: commento alla legge 10 ottobre 1990*, n. 287, Bologna, 1993, 357, sottolinea come la teoria economica sottesa agli artt. 101 TFUE e 3 L. n. 287/1990 sia quella secondo cui anche un mercato formato da colossi economici può essere efficiente e, pertanto, possono esistere situazioni di dominanza perfettamente lecite, in quanto determinate dalla sola efficienza dell’impresa in posizione di monopolio.

Per quanto concerne il contenuto precettivo del divieto, va osservato che la fattispecie in esame presenta una formulazione “aperta”, che rimette all’interprete la specificazione del concetto generale di “abuso”.

Sotto questo profilo, il legislatore ha cercato di colmare il “deficit” di determinatezza della fattispecie in esame dettando un elenco esemplificativo di condotte che possono integrare un abuso.

In particolare, l’art. 102 TFUE considera abusive le pratiche che consistono: “a) *nell’imporre direttamente od indirettamente prezzi d’acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell’applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all’accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l’oggetto dei contratti stessi*”.

Anche nel descrivere queste tipologie di condotte il legislatore, tuttavia, fa uso di concetti giuridici indeterminati, che vengono implementati in sede di recepimento da parte dell’art. 3 della L. n. 287/1990, che utilizza le espressioni “*condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose*” o “*ingiustificati svantaggi nella concorrenza*”.

Si tratta, oltretutto, di concetti giuridici il cui significato dipende da valutazioni schiettamente valoriali⁹⁵, come dimostra la giurisprudenza UE e nazionale.

⁹⁵ M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., 18, ricordano la distinzione interna alla categoria dei concetti giuridici indeterminati e cioè tra concetti empirici o descrittivi e concetti normativi o di valore, tra i quali rientra la buona fede.

La Corte di Giustizia ha apportato un contributo esegetico fondamentale nella definizione dei confini del concetto di abuso, in particolare, con la sentenza 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffman La Roche*, secondo cui la violazione dell'art. 102 TFUE sussiste quando la condotta dell'impresa *leader* incide sull'andamento del mercato in maniera "impropria" e, cioè, non giustificata da necessità economiche, tecniche o industriali dell'impresa stessa⁹⁶, né conforme ai normali criteri di concorrenza.

Il criterio di "giustificabilità" (o razionalità economica) a sua volta, è ricondotto alla più generale categoria dell'abuso di diritto, inteso come quella situazione in cui il titolare di una posizione giuridica soggettiva, astrattamente esercitabile secondo più modalità non rigidamente predeterminate, si comporta in modo formalmente rispettoso del precetto normativo, ma secondo modalità che nella sostanza sono censurabili rispetto ad un criterio di valutazione ulteriore.

La linea di demarcazione tra "uso" e "abuso" (e, cioè, tra le pratiche, sia pure aggressive, che rientrano nell'ambito di una concorrenza nel merito e quelle vietate che, invece, ne esulano)⁹⁷ viene così tracciata riconoscendo in capo all'impresa *leader* una "speciale responsabilità"⁹⁸, che le impone di osservare un particolare grado di "*diligenza e*

⁹⁶ M. SIRAGUSA, *Abuso di posizione dominante*, cit., 362 sottolinea la correlazione che lega il criterio della "giustificabilità", e quello di "efficienza", dato che "un comportamento efficiente da parte dell'impresa dominante rende tale comportamento giustificato. Se giustificato, esso non è abusivo".

⁹⁷ In questi termini, TAR Lazio, sez. I, 17 ottobre 2019, n. 11954, 11957.

⁹⁸ Il riferimento è al criterio dell'*Als Ob*, elaborato dalla dottrina tedesca ordoliberal, la quale affermava che la legittimazione del potere economico delle grandi imprese deriva dall'assunzione di una speciale responsabilità nei confronti della società civile e del benessere generale. Sul tema, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 277-278, sottolinea che in questa prospettiva il potere di mercato viene concepito come un "fenomeno sociale", in quanto atto a determinare il comportamento altrui, mentre le regole di correttezza e imparzialità, cui è soggetta la libertà contrattuale dell'impresa dominante, sembrano speciali e "*vagamente ispirate a quelle che governano tradizionalmente l'azione di soggetti di diritto pubblico*". C. giust., 2 aprile 2009, C-202/07, *France Télécom SA c. Commissione*, § 105, fa espresso riferimento alla "*speciale responsabilità*" dell'impresa dominante.

precauzione”⁹⁹, nonché di rispettare gli “*obblighi di trasparenza, equità [e] non discriminazione*”¹⁰⁰.

5. **L’abuso “relazionale” (o di dipendenza economica) nel diritto *antitrust***

L’abuso di posizione dominante non è l’unica fattispecie ai fini della cui applicazione AGCM si trova a confrontarsi con il concetto giuridico indeterminato di “abuso”. L’art. 9 della L. n. 192/1998 affida, infatti, all’AGCM l’esercizio dei poteri di diffida e sanzionatori previsti dall’art. 15 della L. n. 287/1990 nei casi in cui un’impresa “forte” abusi della forza negoziale detenuta nei confronti di un’impresa “debole” (o “dipendente”), con effetti sul funzionamento delle dinamiche concorrenziali.

Si tratta delle fattispecie di abuso di dipendenza economica, rispetto alle quali il legislatore prevede un “doppio binario” di tutela (pubblicistica e privatistica), lasciando alla giurisdizione ordinaria i rimedi inibitori e risarcitori.

Ciò che il legislatore vieta non è di per sé lo squilibrio negoziale che può connotare un determinato rapporto tra imprese¹⁰¹, bensì l’utilizzo di tale asimmetria come mezzo di abuso nei confronti della parte “debole”¹⁰².

⁹⁹ Cons. St., 13 settembre 2012, n. 4873.

¹⁰⁰ Cons. St., 10 marzo 2006, n. 1271.

¹⁰¹ Cass. 2009 n. 2638: “*non è sufficiente comprovare l’esistenza di disparità di trattamento contrattuale per affermare l’esistenza di abusi in un mercato specifico*”.

¹⁰² La libertà d’iniziativa economica sussiste finché lo scopo (eventualmente) lucrativo sia perseguito imponendo ai concorrenti sacrifici a tal fine adeguati e necessari; in questo modo, “*la libertà di movimento dell’impresa dipendente si confronta con la speculare libertà della controparte dominante*”. Così, il Trib. Bassano Grappa, 2 maggio 2013, con nota di D. ARCIDIACONO, *Abuso di dipendenza economica e mercato rilevante. Il caso della delocalizzazione produttiva*, in *Giur. Comm.*, 2015, fasc. 4, 786. Sul tema si è osservato che il divieto di abuso di dipendenza economica non può funzionare alla stregua di una “assicurazione sociale”, perché l’impresa “forte” deve essere ammessa a sciogliersi dal rapporto in essere, avvisando per tempo l’impresa dipendente dell’intenzione di interrompere (in tutto o in parte) le relazioni commerciali, così concedendole il tempo necessario per reperire altre controparti e, quindi, di “sganciarsi” dall’impresa fino a quel momento dominante, senza subire contraccolpi eccessivi per la propria posizione competitiva. Così, il Trib. Bassano Grappa, 2 maggio 2013, con nota di D. ARCIDIACONO, *Abuso di dipendenza economica e mercato rilevante. Il caso della delocalizzazione produttiva*, in *Giur. Comm.*, 2015, 4, 786. Allo stesso modo, il Trib. Torino 6 giugno 2017 n. 2952 ha sottolineato che non sussiste un “diritto” all’assegnazione di altri diversi,

In altri termini, è vietato lo sfruttamento della posizione di dominanza c.d. relazionale che in uno specifico rapporto negoziale un'impresa detiene nei confronti della controparte.

La previsione di un doppio binario di tutela in materia riflette il raccordo che sussiste tra il diritto privato (e in particolare quello dei contratti) e le regole di buon funzionamento del mercato.

Richiamando concetti in parte già esposti e in parte ancora da approfondire, va osservato che l'intima connessione tra la dimensione micro-economica del singolo rapporto e quella macro-economica del mercato riguarda non solo i consumatori, ma anche le imprese considerate anch'esse parti "deboli".

Anche lo sfruttamento della dipendenza economica di un'impresa nei confronti di un'altra può, infatti, ripercuotersi al di fuori del singolo rapporto negoziale sul sistema complessivo del mercato, sicché mediante la tutela delle imprese "deboli" è possibile raggiungere anche risultati di rilievo macro-economico¹⁰³; ciò può accadere qualora la condotta dell'impresa "forte" metta a rischio la capacità dell'impresa "debole" di operare profittevolmente sul mercato (ad es. di innovare il prodotto offerto), così ostacolando il miglioramento delle condizioni di scelta dei consumatori¹⁰⁴.

futuri e del tutto indeterminati ed indeterminabili rapporti di fornitura, giacché se così fosse si determinerebbe una compressione della libertà di iniziativa economica dell'impresa "forte".

¹⁰³ Cfr. A.L. BITETTO MURGOLO, *Abuso di dipendenza economica: dal private al public enforcement*, in F. DI COIMMO, O. TROIANO (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Treviso, 2018, 409.

¹⁰⁴ In tal senso l'AGCM, nel caso A525 con riferimento all'interruzione arbitraria dei rapporti contrattuali, realizzata da un distributore nazionale di quotidiani e periodici nei confronti del distributore locale, che intendeva cedere la propria attività, ha ritenuto che tale condotta producesse l'effetto di indebolire il mercato, perché, impedendo al distributore locale di acquistare circa il 60% dei prodotti editoriali distribuiti nell'area di riferimento, lo avrebbe fatto escluso, impedendo, così, l'ingresso nel mercato di un operatore concorrente. Il rilievo *antitrust* dell'abuso di dipendenza economica è stato ravvisato anche nel caso A539, in cui l'Autorità ha ritenuto ingiustificatamente gravose un insieme di condizioni contrattuali relative al rapporto in essere tra Poste Italiane e la società che per suo conto svolgeva il servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza. In particolare, l'AGCM ha ritenuto che il divieto di trasportare e consegnare i prodotti di Poste Italiane congiuntamente a quelli di terzi, nonché la facoltà di Poste di ridurre, a proprio piacimento, i quantitativi minimi e di modificare la tipologia dei prodotti, producessero un effetto escludente nel mercato di riferimento, impedendo alla

Come visto per l'abuso di posizione dominante, anche per l'abuso di dipendenza economica è necessaria una specificazione concreta della nozione di "abuso".

Anche in questo caso, infatti, il legislatore ha costruito gli elementi costitutivi della fattispecie attraverso l'impiego di concetti giuridici indeterminati.

La dipendenza economica è descritta dall'art. 9 L. n. 192/1998 come la situazione di "eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi" nell'ambito di un rapporto negoziale tra imprese, in cui una delle parti non ha la possibilità di reperire sul mercato "alternative soddisfacenti"¹⁰⁵.

Detta nozione non è definibile *ex ante*, richiedendo l'apprezzamento della "ragionevolezza" delle alternative dal punto di vista dell'impresa "dipendente"¹⁰⁶, che non deve avere la possibilità di rimanere altrimenti competitiva e, cioè di mantenere una non significativamente peggiore rispetto a quella in cui si trova nell'ambito del rapporto con l'impresa "forte".

società fornitrice di rafforzarsi, anche affrancandosi dalla condizione di sostanziale monocommitenza, potendo prestare la propria attività a favore di operatori postali alternativi a Poste Italiane o costituire essa stessa per quest'ultima un potenziale vincolo concorrenziale a livello locale. Per un approfondimento dottrinale, cfr. R. NATOLI, voce *Abuso di dipendenza economica*, in *Dig. comm.*, Milano, 2003; E. SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica e la sua rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, Milano, 2021, 548.

¹⁰⁵ Sul punto, l'orientamento prevalente ritiene che la mancanza di alternative costituisca un elemento necessario e ulteriore rispetto all'asimmetria delle posizioni giuridiche e, pertanto, l'accertamento della possibilità di reperire sul mercato una molteplice serie di alternative esclude *de iure* la configurabilità di uno stato di dipendenza economica. Si ritiene, infatti, che parlare di dipendenza economica non possa che implicare anche l'assenza di reali alternative per la fornitrice, costretta non solo a subire le condizioni contrattuali inique, ma anche ad operare con il cliente forte, in mancanza di altri. La mera imposizione di condizioni contrattuali non equilibrate, pertanto, non implicherebbe una dipendenza: se il fornitore può scegliere di operare con terzi, può di fatto sottrarsi alle condizioni contrattuali inique e, dunque, non ha una vera e propria dipendenza. In tal senso, Trib. Roma, 2 luglio 2019 n. 13840; Trib. Lecce, settembre 2018 n. 2964; Trib. Ascoli Piceno 21 gennaio 2019 n. 27.

¹⁰⁶ Si tratta della "dipendenza soggettiva". L'accertamento del criterio della mancanza di alternative si può, infatti, dividere in due fasi (v. Trib. Roma, 24 gennaio 2017, n. 1239): la prima tesa a verificare se sul mercato sussistano alternative oggettive, a prescindere dalla condizione individuale dell'impresa dipendente (dipendenza cd. oggettiva); la seconda volta a stabilire se le alternative in astratto disponibili siano anche reali e soddisfacenti, cioè ragionevoli dal punto di vista dell'impresa dipendente (dipendenza cd. soggettiva).

La mancanza di alternative viene accertata alla luce dei seguenti fattori: *i)* la convertibilità e l’ammortamento degli investimenti¹⁰⁷; *ii)* la possibilità di altri metodi di fabbricazione; *iii)* l’esistenza di specifici vincoli contrattuali¹⁰⁸; *iv)* la durata del rapporto con l’impresa “forte”; *v)* l’affidamento nella sua prosecuzione; *vi)* l’importanza, rispetto al volume totale degli affari, degli utili (e delle commesse) da esso derivanti; *vii)* il grado di identificazione dell’impresa “dipendente” con l’immagine commerciale della controparte.

Una volta accertata la dipendenza economica dell’impresa “debole” nei confronti della controparte predominante, viene in rilievo il secondo elemento identificativo della fattispecie, che consiste nell’abusività della condotta.

Ricalcando l’art. 3 L. n. 287/1990, l’art. 9 L. n. 192/1998 prevede che l’abuso di dipendenza economica possa manifestarsi *“nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto”*¹⁰⁹.

¹⁰⁷ La reale possibilità di reperire alternative soddisfacenti corrisponde alla possibilità dell’impresa dipendente di riconvertirsi (o riorganizzarsi) in tempi adeguati, in base alla effettiva situazione di mercato (v. Trib. Bassano Grappa, 2 maggio 2013). A questo riguardo, rilevano, tra l’altro, l’importanza e la specificità degli investimenti effettuati per far fronte agli obblighi derivanti dal rapporto contrattuale, la destinazione preminente degli impianti e della capacità produttiva alle esigenze della controparte e l’entità dei costi di commutazione o riconversione per spostarsi verso altra relazione contrattuale.

¹⁰⁸ Trib. Torino, 6 giugno 2017, n. 2952, menziona i seguenti: 1) la politica degli “sconti imposti”; 2) i c.d. “*ordini anomali*”, cioè la previsione che i quantitativi e i tempi di consegna dei componenti oggetto dei rapporti commerciali fra le imprese siano stabiliti unilateralmente nel corso del rapporto, con conseguente stato di incertezza per l’impresa che subisce la dipendenza economica; 3) metodologie organizzative che intensificano il grado di coordinazione e di asservimento produttivo dei fornitori; 4) emissione delle “note di debito” per pretesi ritardi a titolo di penale, applicate unilateralmente e senza contraddittorio. Con riferimento a questa rassegna, v. B. CALABRESE, *Subfornitura tra gruppi di società e abuso di dipendenza economica*, in *Giur. comm.*, 2019, 4, 840.

¹⁰⁹ In particolare, l’esemplificazione contenuta nell’art. 9 L. n. 192/1998 ricalca quella dell’art. 3, lett. *a)* e *c)*, L. n. 287/1990 (e, dunque, anche il corrispondente art. 102 TFUE). Si aggiunga che l’art. 9, c. 3 *bis*, l. n. 192/1998 (come modificato dall’art. 10, c. 2, l. n. 180/2011) prevede che la violazione reiterata e diffusa della disciplina sui termini di pagamento, di cui al D. Lgs. n. 231/2002, configuri un abuso senza che sia necessario accertare la dipendenza economica.

La norma in esame descrive una fattispecie “aperta” (come gli artt. 102 TFUE e 3 della L. n. 287/1990), indicando in via esemplificativa una serie di condotte abusive, che presuppongono la concretizzazione di concetti giuridici indeterminati.

Anche in questo caso la giurisprudenza ha fornito le coordinate esegetiche per riempire di contenuto delle formule legislative, riconducendo (di dipendenza economica) nel *genus* dell’abuso del diritto.

Sotto questo profilo, si è fatta spesso applicazione della clausola generale di correttezza e buona fede¹¹⁰, onde stabilire se la condotta dell’impresa “forte” fosse diretta all’ottenimento di vantaggi diversi da quelli derivanti dal legittimo esercizio dell’autodeterminazione economica.

Alla luce di tali coordinate, l’applicazione dell’art. 9 della L. n. 192/1998 si regge su un’analisi *case by case* economicamente orientata, al fine di disvelare una situazione di dipendenza economica, e, nel caso di esito positivo, ricostruire la causa concreta della condotta, con specifico riguardo alla sua proporzionalità.

Quanto precede consente di comprendere i motivi dell’accostamento tra l’art. 9 della L. n. 192/1998 e gli artt. 102 TFUE e 3 della L. n. 287/1990, ritenuti espressione del medesimo principio di condanna degli abusi del potere economico, che caratterizza l’intero sistema dei rapporti di mercato.

¹¹⁰ In tal senso, Cass., sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1184. Non tutta la dottrina però ritiene che sia consentito accostare la nozione di abuso del diritto a quella di buona fede, in quanto l’accertamento dell’abuso atterrebbe alle finalità perseguite dal titolare del diritto, che vanno al di là di quelle che l’ordinamento persegue con la norma attributiva del diritto stesso mentre la buona fede riguarderebbe le modalità contrarie ai canoni di correttezza con cui il diritto viene esercitato. L’abuso di dipendenza economica, quindi, sarebbe un concetto meglio assimilabile a quello di abuso del diritto, perché consiste nell’esercizio di una facoltà prevista nel contratto con finalità diverse da quelle per le quali è stata pattuita o comunque tutelata dall’ordinamento. Sul punto Cass., sez. lav., 15 giugno 2018, n. 15885, ritiene che l’abuso del diritto sia configurabile “*allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti*”.

In particolare, l'istituto della dipendenza economica andrebbe a completare e supportare l'impianto normativo dell'abuso di posizione dominante, ampliando lo spettro dei poteri economici sottoposti alla lente dell'*antitrust*, includendo nel suo perimetro applicativo anche quelli detenuti dalle imprese nei rapporti verticali¹¹¹.

In questa prospettiva, la differenza tra le due fattispecie risiede nella diversa intensità del potere di mercato detenuto dall'impresa responsabile dell'abuso, in quanto nella dipendenza economica è sufficiente una posizione di predominanza nel rapporto negoziale, mentre nella posizione dominante si è al cospetto di un dominio assoluto sul mercato di riferimento¹¹².

6. **Pratiche commerciali scorrette, pubblicità ingannevole e clausole vessatorie**

La correlazione tra la disciplina privatistica (in particolare, quella contrattuale) e la competitività del mercato¹¹³, si riscontra anche nella

¹¹¹ L'art. 9, c. 3 *bis*, L. n. 192/1998, fa salva l'eventuale applicazione dell'art. 3 della legge *antitrust* e, quindi, il legislatore, in pratica, avrebbe conferito all'Autorità *antitrust* un "potere aggiuntivo" rispetto a quello concernente il divieto di abuso di posizione dominante. Cfr. E. SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica e la sua rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, Milano, 2021, 547. In coerenza con tale interpretazione, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 291, ritiene che un abuso di dipendenza economica rilevante ai sensi del diritto *antitrust* si possa verificare: *I*) quando l'impresa produttrice ha un potere "verticale" nei confronti dei distributori, che necessitano del prodotto stesso nel proprio assortimento, al fine di concorrere nel proprio livello di mercato (e analogamente quando il potere è detenuto da una grande impresa produttrice di servizi, nei confronti delle imprese produttrici di servizi ausiliari); *II*) quando il potere "verticale" di un'impresa si esplica nei mercati derivati (cioè "a valle") dei propri prodotti (c.d. *aftermarkets*, ad es. quelli dell'assistenza tecnica e dei pezzi di ricambio) nei confronti delle imprese ivi operanti; *III*) quando il potere "verticale" di un'impresa dipende dal fatto che la stessa è titolare unico (o quasi) della domanda presente in mercati minori (assistenza, manutenzione, riparazione), che richiede la formazione di piccole imprese.

¹¹² A.L. BITETTO MURGOLO, *Abuso di dipendenza economica: dal private al public enforcement*, cit., 409.

¹¹³ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, 2001, 903: "la regolazione dei contratti è [...] un momento decisivo della regolazione del mercato, specie quando parti del contratto siano soggetti che hanno ruolo di protagonisti istituzionali del mercato stesso: le imprese, che sul mercato offrono beni e servizi; e i consumatori, che sul mercato domandano beni e servizi". Si riferiscono alla comunanza teleologica tra il diritto dei contratti e il diritto del mercato, R.

normativa contro le pratiche commerciali scorrette e la pubblicità ingannevole e comparativa (di seguito, comprensivamente, anche “pratiche commerciali scorrette” o “PSC”) e le clausole vessatorie, che persegue un duplice obiettivo: la protezione dei consumatori e il rafforzamento del mercato¹¹⁴.

Il rapporto tra la dimensione individuale e quella collettiva degli interessi coinvolti nei processi di acquisto e di consumo¹¹⁵ si pone alla base del “doppio binario” previsto anche in questa materia, ai rimedi di *private enforcement* affianca quelli attribuiti alla competenza dell’AGCM¹¹⁶.

La punizione delle pratiche commerciali scorrette *ex art. 18 e ss. cod. cons.* è stata una delle prime competenze non-*antitrust* che hanno ampliato la missione istituzione dell’AGCM, nell’intento di “*predisporre ‘sanzioni’ e ‘mezzi’ volti alla tutela (non già del singolo consumatore concretamente*

NATOLI, voce *Abuso di dipendenza economica*, cit., 4; M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso – Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 65 e 492

¹¹⁴ F. CARONNA, *La tutela del consumatore nell’ordinamento nazionale*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 1261, osserva che l’art. 1 del Cod. cons. fa esplicito riferimento ai Trattati UE e alla normativa UE, fornendo rilevanti indicazioni per una lettura sistematica della materia. L’A. rammenta, così, che gli artt. 12 e 169 TFUE (già art. 153 TCE, espressamente richiamato dal citato art. 1 del Codice) costituiscono, a livello primario, le principali fonti del diritto UE in materia di tutela dei consumatori: il primo prevede che “*nella definizione e nell’attuazione di altre politiche o attività dell’Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori*”; il secondo esplicita l’impegno dell’Unione a “*promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un elevato livello di protezione*” contribuendo “*a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori, nonché a promuovere il loro diritto all’informazione, all’educazione, all’organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi*”. Per il conseguimento dei suddetti obiettivi l’Unione può fare ricorso alle misure adottate *ex art. 114 TFUE* per la realizzazione del mercato interno.

¹¹⁵ Infatti, non sempre è agevole distinguere tra la dimensione collettiva e quella individuale degli interessi dei consumatori, dato che, come osserva R. ORESTANO, *Interessi seriali, diffusi e collettivi: profili civilistici di tutela*, in S. MENCHINI (a cura di), *Le azioni seriali*, Napoli 2008, 21, nella materia dei consumatori la nozione di interesse collettivo tende a manifestarsi quale “*serialità di interessi individuali, consegnati alla dimensione del rapporto, in quanto relativi a beni e servizi suscettibili di appropriazione e fruizione individuale, e soltanto occasionalmente ed artificiosamente aggregati dal carattere della condotta lesiva altrui, idonea per i suoi caratteri ripetitivi o plurioffensivi ‘a massificare, un universo di monadi dispersi’*”.

¹¹⁶ La Direttiva 2005/29/CE aveva lasciato gli Stati membri liberi di scegliere se affidare i poteri di *enforcement* ad un’autorità giurisdizionale o ad un’autorità amministrativa; il nostro ordinamento, seguendo l’esempio statunitense, la competenza è stata affidata all’Autorità competente in materia *antitrust*.

vittima di una pratica commerciale scorretta, bensì) del mercato, e con esso, dei consumatori collettivamente considerati, nonché, indirettamente, anche dei concorrenti ‘corretti’ che su dato mercato operano”¹¹⁷.

L’interesse superindividuale protetto dalla disciplina in esame prescinde dallo specifico rapporto negoziale, nonché da un effettivo pregiudizio individuale, ed è considerato complementare al buon funzionamento dei mercati¹¹⁸.

Ciò si evince dagli artt. 20 e 27 del D. Lgs. 206/2005 (così sostituito dal D. Lgs. n. 146/2007), che legittima l’AGCM ad esercitare, anche d’ufficio, i poteri istruttori, inibitori e sanzionatori ad essa attribuiti, se la pratica commerciale “è falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico (...) del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo, qualora sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”¹¹⁹.

La potenzialità lesiva della pratica commerciale rispetto all’autodeterminazione dei potenziali destinatari, individuati in base al criterio del consumatore “normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici”¹²⁰, rappresenta il punto di raccordo tra la dimensione individuale e quella collettiva di *public enforcement*¹²¹.

¹¹⁷ C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della Direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 777.

¹¹⁸ Cfr. E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, in A. CATRICALÀ, G. CASSANO, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritti dei consumatori*, Milano, 2018, 1234.

¹¹⁹ Art. 20, c. 2, Cod. cons..

¹²⁰ Così, considerando 18 Direttiva n. 2005/29/CE, che consolida “codificandolo” un principio costantemente affermato dalla giurisprudenza eurounitaria (cfr. C. giust., 8 febbraio 2017, C-562/15, *Carrefour Hypermerchés SAS*, §§31 e 40; 26 ottobre 2016, C- 611/14, *Canal Digital*, §§ 40-41).

¹²¹ Cfr. C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 777-778, che richiama l’art. 11 Direttiva 2005/29/CE, nella parte in cui prevede l’adozione di tali provvedimenti “anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito, oppure in merito all’intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista”. La giurisprudenza (cfr. Cons. St., 27 febbraio 2020, n. 1428; 15 luglio 2019, n. 4976; 23 maggio 2019, n. 3347; 10 ottobre 2014, n. 6050) sottolinea che le pratiche commerciali scorrette costituiscono un “illecito di pericolo”, con la conseguenza che deve essere effettuato un giudizio prognostico *ex ante*, avendo riguardo alla potenzialità lesiva del comportamento posto in essere

L'interazione tra le suddette dimensioni si individua quando la pratica è idonea a “*alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*”¹²².

La fattispecie in esame, però, non implica soltanto una valutazione dell'incidenza della pratica commerciale sulla platea dei potenziali contraenti, ma anche una concretizzazione della nozione di diligenza professionale, che assurge a parametro di valutazione della condotta¹²³.

Il rispetto del dovere di diligenza professionale nel caso concreto deve essere valutato in relazione alla natura dell'attività dell'operatore economico e alle caratteristiche specifiche della pratica commerciale, a meno che la pratica rientri in una delle fattispecie tipiche, che il legislatore considera “*in ogni caso*” scorrette (c.d. lista nera)¹²⁴.

Recependo le indicazioni del legislatore UE, che rinvia alle regole di comportamento corrispondenti ad un determinato livello di conoscenza

dal professionista, indipendentemente dal pregiudizio causato in concreto dal comportamento dei destinatari.

¹²² Art. 18, let. e), D. Lgs. n. 206/2005. Il legislatore alla let. m) del medesimo art. 18 definisce anche la nozione di «decisione di natura commerciale», come quella “*relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto*”. A questo riguardo, Cons. St., 2 settembre 2019, n. 603, ha osservato che la pratica commerciale scorretta è tale quando “*costituisce, nel suo insieme e in ragione delle singole modalità di sviluppo, il presupposto idoneo ad ingannare in qualsiasi modo le scelte del consumatore, ovvero a fuorviarle inquinando la sua libera scelta*”.

¹²³ Cfr. la definizione generale di cui all'art. 20 Cod. cons. e le norme che la concretizzano, prevedendo che sono scorrette e, quindi vietate, sia le azioni o le omissioni ingannevoli (artt. 21, cc. 1 e 2, e 22 del Codice) sia le pratiche aggressive (art. 24 e 25 del Codice). Le pratiche ingannevoli sono in grado di indurre in errore il consumatore, ad esempio in merito all'esistenza del prodotto, mentre le fattispecie di pratiche aggressive mirano a condizionare il consumatore con l'uso di molestie o coercizione, compreso il ricorso a forza fisica.

¹²⁴ Sul rapporto tra norma generale e fattispecie speciali, cfr. E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, in A. CATRICALÀ, G. CASSANO, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritti dei consumatori*, Milano, 2018, 1237. Si tratta delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive di cui agli artt. 23 e 26 Cod. cons.; delle azioni qualificate ingannevoli dall'art. 21, c. 3 (pratica relativa ai prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza), 3bis (pratica legante mutuo-polizza assicurativa e mutuo-conto corrente), 4 (minaccia alla sicurezza di bambini e adolescenti), 4bis (sovrapprezzo dei costi per completare una transazione elettronica) Cod. cons.; della pubblicità delle tariffe marittime, considerata ingannevole dall'art. 22bis Cod. cons..

specialistica di cura e attenzione, il Codice del consumo definisce la diligenza professionale come “*il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*”¹²⁵.

Il senso complessivo della normativa sulle pratiche commerciali scorrette consiste, pertanto, nella regolazione dell’attività commerciale entro i confini volta per volta individuati in applicazione dei principi generali di correttezza e buona fede¹²⁶.

La portata dell’intervento pubblico in materia emerge dalla nozione di pratica commerciale, la cui ampiezza consente all’AGCM un esteso margine di intervento nel diritto economico dei consumi¹²⁷, potendo reprimere qualsiasi condotta realizzatasi prima, durante o dopo un’operazione negoziale, ivi incluse le fasi della pubblicità e quelle relative alla fase patologica del rapporto¹²⁸.

Il controllo compiuto dall’AGCM riguarda, dunque, l’intera “attività negoziale” del professionista, il che si riscontra anche nella disciplina prevista dal D. Lgs. n. 145/2007 in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

La normativa pubblicitaria viene idealmente ricompresa nell’ambito della tutela contro le pratiche commerciali scorrette, sebbene a differenza

¹²⁵ Art. 18, let. *h*), D. Lgs. n. 206/2005, che recepisce art. 2, let. *h*), Direttiva 2005/29/CE.

¹²⁶ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, in A. CATRICALÀ, G. CASSANO, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritti dei consumatori*, Milano, 2018, 1232. S. ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012, 150, afferma che tale disciplina “è intesa ad assicurare una tutela preventiva e generale delle precondizioni di negoziabilità dei contratti e degli atti di esercizio dei diritti contrattuali dei consumatori, a fronte della valutazione dell’esistenza di circostanze ostacolanti consistenti nelle pratiche commerciali sleali o scorrette largamente diffuse nel mercato”.

¹²⁷ F. CARONNA, *La tutela del consumatore nell’ordinamento nazionale*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 1270.

¹²⁸ Con l’espressione pratiche commerciali scorrette si intende “qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale (...) posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori” (art. 18, let. *d*), D. Lgs. n. 206/2005). Cfr., ex multis, C. giust., 23 aprile 2009, C-261/07 e C-299/07, VTB c. VAB.

di quest'ultima riguarda i rapporti *business to business*¹²⁹, in quanto anch'essa è finalizzata alla protezione dei destinatari delle pratiche commerciali dagli errori o interferenze che possano incidere sulle loro scelte e sui riflessi economici delle stesse, a prescindere dall'effettiva lesione di una situazione giuridica individuale.

Anche in questo caso, il nesso tra la dimensione micro-economica del singolo e quella macro-economica del mercato, che giustifica l'intervento dell'AGCM si rintraccia nel testo della legge, come dimostra il riferimento alla potenzialità lesiva della diffusione della pratica; nello specifico, la pratica è ingannevole se "*in qualunque modo (...) è idonea a indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente*"¹³⁰.

Alla luce di quanto detto l'AGCM e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che l'accertamento dell'illiceità di una pratica pubblicitaria, sia essa realizzata nell'ambito di un rapporto *business to consumer* (Cod. cons.) o *business to business* (D. Lgs. 145/2007), deve essere condotto secondo i criteri di chiarezza e completezza¹³¹.

¹²⁹ Non si ravvisa una differenza ontologica tra le pratiche commerciali scorrette consistenti in comunicazioni ingannevoli rivolte ai consumatori, rilevanti ai sensi del Codice del consumo, e i messaggi pubblicitari destinati alle imprese, che rilevano ai sensi del D. Lgs. n. 145/2007. La medesima linea di condotta tenuta da un'impresa può integrare distinte fattispecie in violazione tanto della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, prevista dal Codice del consumo, quanto della disciplina in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita, di cui al D. Lgs. n. 145/2007. Sul tema, cfr. V. MOSCA, *Pubblicità ingannevole e comparativa illecita*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 1458, che cita la prassi decisionale dell'AGCM (ad es., il provv. AGCM, 28 gennaio 2015, *Flavofort 1500-Comparazione tra farmaco e integratore*, PS9528, avente ad oggetto la promozione di un integratore sia su un sito Internet rivolto anche ai consumatori, sia su opuscoli informativi destinati solamente ai medici).

¹³⁰ Art. 2, c. 1, let. b), D. Lgs. n. 145/2007. L'art. 3 D. Lgs. n. 145/2007, inoltre, elenca i principali elementi di valutazione dell'ingannevolezza della pubblicità tra imprese, che si riferiscono essenzialmente alle caratteristiche dei beni o servizi, al prezzo e alle altre condizioni di fornitura, all'identità e alle caratteristiche dell'impresa. Per quanto concerne la pubblicità «comparativa», invece, l'art. 2, c. 1, let. d), D. Lgs. n. 145/2007, prevede che sia tale "*qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente*".

¹³¹ Cfr. provv. AGCM, 22 aprile 2010, *EON Energia-Prezzo bloccato*, PB489, che evidenzia come "*la circostanza che la fruizione del servizio avvenga nell'esercizio di un'attività*

Da ultimo, il D.L. n. 1/2012, conv. in L. n. 27/2012, ha inserito nel Codice del Consumo l'art. 37bis, che predispone una tutela amministrativa nei confronti delle clausole vessatorie inserite nei contratti conclusi mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari, tra professionisti e consumatori (rapporto *business to consumer*).

L'intervento dell'AGCM consiste nel potere di dichiarare la vessatorietà di tali clausole¹³², anche in via preventiva, qualora sia interpellata dalle imprese interessate.

Sul piano sostanziale l'*enforcement* pubblico in materia di clausole vessatorie non concerne il profilo dinamico dell'attività d'impresa, bensì quello statico rappresentato dal contenuto del contratto e, in particolare, dallo squilibrio in danno del consumatore dei diritti e degli obblighi derivanti dalla regolamentazione pattizia¹³³.

professionale o industriale non renda immuni i destinatari di una comunicazione pubblicitaria che non sia chiara e completa da possibili fraintendimenti o induzioni in errore in ordine alle caratteristiche e condizioni economiche dell'offerta tariffaria prospettata [...]. Occorre infatti evidenziare che i messaggi oggetto di valutazione si rivolgono ad un ampio spettro di professionisti che includono anche liberi professionisti, esercizi commerciali e piccole aziende che, pertanto, presentano un grado di conoscenza settoriale simile a quello dei consumatori finali e versano in analoghe situazioni di asimmetria informativa". In giurisprudenza, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 16 dicembre 2014, n. 12733, che ha condiviso il principio per cui la circostanza che il messaggio sia rivolto a una platea professionale specializzata, non determina l'adozione di criteri meno severi di quelli abituali; TAR Lazio 28 luglio 2015, n. 10352; TAR Lazio 16 maggio 2019, n. 6092. Infine, sull'onere dell'operatore economico di chiarezza nella redazione della propria comunicazione di impresa, cfr. Cons. St., 14 settembre 2018, n. 5396.

¹³² L'AGCM, qualora accerti il carattere vessatorio della clausola contrattuale, non può inibire l'uso delle clausole vessatorie o dichiararne la nullità. Sul piano della tutela, la pubblicazione e, quindi, la diffusione del provvedimento tra gli operatori del mercato rappresenta una sanzione reputazionale e svolge una funzione persuasiva nei confronti del professionista. Sul tema, L. ROSSI CARLEO, *Clausole vessatorie e tipologie di controllo: il controllo amministrativo*, cit., spec. 13 e 19 e ss., sottolinea che i provvedimenti adottati dall'AGCM in materia di clausole vessatorie "da un lato, rappresentano uno strumento essenziale per informare il consumatore, nonché i diversi attori del mercato, circa la vessatorietà delle clausole contenute negli schemi contrattuali, dall'altro, fungono da incentivo nei confronti dei professionisti, i quali spontaneamente potrebbero decidere (e, come mostra la prassi, decidono) di sostituire o modificare le clausole ritenute vessatorie dall'Autorità".

¹³³ Si noti che lo squilibrio che determina la vessatorietà è normativo e non economico, perché l'economia del contratto (la convenienza), nel suo aspetto cruciale rappresentato dal prezzo, è riservata all'autonomia privata. A conferma di ciò si osserva che normalmente il deficit informativo del consumatore non riguarda gli aspetti quelli economici, dato che il prezzo è fissato dal mercato ed il consumatore è in grado di conoscere quell'elemento, purché chiaramente determinato. Quanto detto si evince dall'art. 34 Cod. cons., nella misura in cui prevede che la

I risvolti ultraindividuali della fattispecie sono assicurati dal fatto che l'intervento dell'AGCM è circoscritto ai casi in cui è la predisposizione e l'utilizzo ripetuto e seriale del testo contrattuale vessatorio nei rapporti con un numero indeterminato di consumatori ad assumere una rilevanza macro-economica.

Dal punto di vista contenutistico, l'art. 33 del Cod. cons. introduce un sindacato di merito avente ad oggetto l'alterazione significativa del rapporto sinallagmatico, per effetto delle condizioni contrattuali stabilite dal professionista in violazione del canone oggettivo di buona fede¹³⁴.

Il riferimento al principio di buona fede, intesa quale regola di condotta che impone al professionista di trattare *“in modo leale ed equo con la controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi”*¹³⁵, consente di salvaguardare i comportamenti degli imprenditori, qualora siano giustificati da apprezzabili interessi¹³⁶.

La valutazione del carattere abusivo di una clausola rappresenta un'operazione complessa a carattere globale, come emerge dai criteri a tal fine indicati dal legislatore; tra questi, l'art. 34 del Cod. cons. prevede che l'accertamento della vessatorietà sia effettuato *“tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende”*.

Restano, invece, escluse dalla vessatorietà le clausole che, tra le altre, sono state oggetto di trattativa individuale e quelle che attengono all'oggetto del contratto o all'economia dello stesso (cioè l'adeguatezza

vessatorietà *“non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile”*.

¹³⁴ Cfr. M.S. RESTA, *Le clausole vessatorie*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 1522.

¹³⁵ Considerando 16 Direttiva 93/13/CEE.

¹³⁶ F.D. BUSNELLI, U. MORELLO, *La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, 374.

del corrispettivo dei beni o dei servizi), purché siano formulate in maniera chiara e comprensibile¹³⁷.

Tale ultima disposizione rispecchia la *ratio* della disciplina, che è quella di garantire la libertà di autodeterminazione dei consumatori “*dalla unilaterale predisposizione e sostanziale imposizione del contenuto negoziale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso sostanziatesi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale*”¹³⁸.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto è possibile tracciare due considerazioni.

La prima riguarda il fatto che l'accrescimento dei poteri dell'AGCM si inquadra nell'obiettivo del legislatore di salvaguardare della libertà di autodeterminazione dei singoli, ma di tutti, gli operatori del mercato, in modo che la “sommatoria” delle tutele singole espliciti un effetto favorevole anche a livello macro-economico.

La seconda, invece, attiene al confronto con la disciplina in materia *antitrust*.

Rispetto a quest'ultima i nuovi poteri dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette, di pubblicità ingannevole e di clausole vessatorie si basano su parametri la cui applicazione non richiede conoscenze tecnico-specialistiche, bensì valutazioni schiettamente valoriali, come quella che tesa ad accertare la “scorrettezza” di una pratica o di una clausola¹³⁹.

¹³⁷ Art. 34, cc. 2 e 4, Cod. cons..

¹³⁸ La *ratio* della disciplina sulle clausole vessatorie è volta a “garantire il consumatore dalla unilaterale predisposizione e sostanziale imposizione del contenuto negoziale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso sostanziatesi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale”. Cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, 20 marzo 2010, n. 6802 e, ancora, Cass., sez. II, 18 ottobre 2010, n. 21279.

¹³⁹ CLARICH, RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., 18, ricorda la distinzione interna alla categoria dei concetti giuridici indeterminati e cioè tra concetti empirici o descrittivi e concetti normativi o di valore, tra i quali rientra la buona fede.

CAPITOLO III

L'IMPATTO DELL'ACCERTAMENTO *ANTITRUST* NEI PROCESSI CIVILI IN MATERIA DI CONCORRENZA

1. I processi di concorrenza e l'utilizzabilità del provvedimento *antitrust* come mezzo di prova. Il quadro normativo e giurisprudenziale anteriore alla Direttiva 2014/104/UE

I processi di concorrenza sono quei giudizi civili nei quali l'oggetto del contendere è rappresentato dalle conseguenze negative (la dottrina parla anche di “*costi privati*”¹) generate dalle violazioni *antitrust* nei rapporti privatistici.

Il complesso dei mezzi di tutela che possono essere azionati in sede civile prende il nome di *private enforcement antitrust*.

Nel nostro ordinamento il *private enforcement antitrust* trova fondamento nell'art. 33 della L. n. 287/1990, che prevede tre tipologie di rimedi: le azioni cautelari, l'azione di nullità e le azioni risarcitorie².

La presente trattazione, tuttavia, si focalizzerà sulla tutela risarcitoria, in quanto la Direttiva 2014/104/UE (e il D. Lgs. n. 3/2017) riguardano i soli giudizi di danno, apportando importanti novità in relazione all'efficacia giuridica che il provvedimento dell'AGCM può

¹ M. TAVASSI, *Le azioni di danno antitrust nella giurisprudenza italiana*, in M. CARPAGNANO, A. G. BENNACCHIO (a cura di), *Il Private Enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali. Atti del II Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 8-9 maggio 2009*, Padova, 2009, 113, distingue tra costi sociali e costi privati generati dalle violazioni delle norme antitrust.

² In questi casi, l'ordinamento reagisce alla violazione delle norme materiali di tutela della concorrenza attraverso la previsione di apposite norme processuali (o strumentali) tese all'eliminazione degli effetti della lesione dei diritti sostanziali che nelle prime trovano un riconoscimento giuridico. In questa prospettiva, cfr. la nozione funzionale di giurisdizione, richiamata da C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, I, 2019, Torino, 5, in base alla quale lo scopo dell'attività giurisdizionale è l'attuazione della protezione degli interessi che il legislatore ha posto alla base della norma “primaria” sostanziale, successivamente violata (pertanto, rispetto a tale violazione, il processo civile rappresenta una forma di tutela “secondaria” e strumentale).

dispiegare in relazione agli accertamenti di fatto e alle qualificazioni giuridiche in esso contenuti³.

Nei processi risarcitori, infatti, il sindacato giudiziale assume connotati particolari, in quanto il giudice è chiamato ad apprezzare se e in che misura l'illecito *antitrust* configuri anche un illecito aquiliano⁴.

Il fatto costitutivo dell'illecito aquiliano, infatti, rileva in quanto e nei limiti in cui costituisce un illecito *antitrust*⁵, sicché la mancanza degli elementi di quest'ultimo esclude l'integrazione della violazione sul piano civile.

Viene così in rilievo il carattere polivalente delle infrazioni *antitrust*: è possibile, infatti, che un medesimo comportamento antiggiuridico rilevi, al tempo stesso, sia in sede di *public enforcement*, quale illecito amministrativo, sia in sede di *private enforcement* laddove configuri (o contribuisce a configurare) un illecito civile⁶.

Potendo la medesima fattispecie rilevare in tale duplice dimensione, si è posto il problema di stabilire se, nelle cause *follow-on*, l'accertamento compiuto dall'AGCM possa o meno rivestire una qualche valenza processuale.

³ A questo riguardo si precisa che ai sensi dell'art. 2 D. Lgs. n. 3/2017 le intese *antitrust* e gli abusi di posizione dominante rilevanti ai fini del citato decreto sono sia quelli previsti dalle disposizioni nazionali (artt. 2, 3 L. n. 287/1990, nonché le equivalenti disposizioni di un altro Stato membro) sia quelli rilevanti ai sensi del diritto UE di cui agli artt. 101 e 102 TFUE.

⁴ La dottrina prevalente ritiene che l'azione risarcitoria prevista dall'art. 33 L. n. 287/1990 assuma i tratti tipici di un'azione di illecito aquiliano. Sul punto, cfr. P. COMOGLIO, *Art. 33 l. n. 287/1990, cit.*, 3696.

⁵ Si richiama a questo proposito il principio di indipendenza e cumulabilità delle valutazioni di illecito, che, come precisa E. CANNADA BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, 1970, XX, 120, consiste nella possibilità “che un illecito penale, ad esempio, sia anche civile e amministrativo o soltanto l'uno e non l'altro, secondo le varie combinazioni”. Ciò accade perché la fattispecie costitutiva dell'illecito rileva in maniera diversa per ciascuna delle tre possibili qualifiche giuridiche. Sul piano della teoria generale del diritto, per un approfondimento in tema di rapporti tra più ordinamenti giuridici, cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, 118 e ss.

⁶ Come osserva, G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2016, 1000, “si tratta di un illecito polivalente e di un accertamento anch'esso a rilevanza polivalente”.

In questi casi, infatti, la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale costituisce una questione pregiudiziale rispetto a quella riguardante l'esistenza del danno da risarcire.

Rispetto alla suddetta problematica, occorre precisare fin da subito che l'accertamento dell'illecito *antitrust* non è un'attività riservata alla (sola) AGCM, come accadrebbe se si fosse in presenza di una pregiudiziale amministrativa, dato che l'intervento dell'Autorità non rappresenta un presupposto processuale per l'instaurazione del giudizio ordinario, come dimostrano le *stand-alone actions*⁷.

A fronte, però, di un provvedimento dell'AGCM che constati un illecito *antitrust*, ci si è chiesti se i giudizi di fatto in esso documentati possano avere una qualche efficacia probatoria nel successivo giudizio che dovesse essere instaurato e, quindi, se possano essere considerati attendibili anche in seno ad un procedimento (quello giurisdizionale) diverso da quello in cui sono stati compiuti, oppure se spetti in via esclusiva al giudice civile accertare l'intesa anticoncorrenziale o l'abuso di posizione dominante da cui scaturisce l'obbligo risarcitorio.

La problematica, su cui ha inciso l'art. 9 Direttiva 2014/104/UE (recepito dall'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017) va affrontata tenendo a mente che il provvedimento dell'AGCM si compone di un accertamento in fatto e di una qualificazione giuridica, che possono essere diversamente apprezzati nella ricostruzione dell'efficacia giuridica di tale provvedimento⁸.

⁷ I. PAGNI, *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust*, in A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Milano, 2011, 545, sottolinea che “*se anche il legislatore, nell'attribuire alla AGCM il potere di sanzionare l'autore dell'illecito, ha riconosciuto alla giurisdizione speciale adita sul ricorso avverso quel provvedimento, l'autorità di stabilire in via definitiva se l'intesa affermata si sia o meno realizzata, ciò non significa affatto che un analogo accertamento della violazione antitrust, non possa essere compiuto dal giudice ordinario*”. Tra i casi in cui, non sussistendo alcuna decisione definitiva dell'AGCM, il giudice ordinario ha conosciuto e giudicato in piena autonomia sulla sussistenza dell'illecito si citano: Trib. Milano, Sez. specializzata in materia di imprese, 27 luglio 2016, n. 7970; Trib. Milano sez. specializzata, 5 giugno 2015, n. 6957. Nella giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, in *Foro it.*, I, 2015, 2742 e ss., con nota di M. CASORIA, R. PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale*.

⁸ Questa impostazione è tratta da P. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel processo civile, con particolare riferimento alle materie*

Per quanto concerne la questione della trasferibilità nel processo civile dei giudizi di verità pronunciati dall'AGCM su fatti di rilevanza *antitrust*, si possono richiamare gli importanti contributi offerti dalla dottrina processuale-civilistica che si è occupata del tema relativo alla portata eso-processuale del giudicato civile⁹.

In particolare, come sottolineato dal sommo Calamandrei, l'efficacia probatoria dei giudizi storici contenuti nelle premesse di una sentenza "*non ha niente a che vedere colla autorità del giudicato*"¹⁰, che ha ad oggetto soltanto la conclusione ultima del sillogismo giudiziale "*e non la serie di fatti, di rapporti o di stati giuridici, che nella mente del giudice (ne) costituiscono i presupposti*"¹¹.

Questi ultimi potranno essere liberamente valutati dal giudice in un diverso processo, alla stregua di un normale mezzo di prova da considerarsi atipico o innominato¹².

Contrasterebbe con il principio del libero convincimento¹³, infatti, impedire al giudice di prendere in considerazione, a fini decisionali, anche

delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa, in *Conc. merc.*, 2013, 193.

⁹ P. CALAMANDREI, *La sentenza come mezzo di prova*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1938, 108-129, ora in V. CAPPELLETTI (a cura di), *Opere giuridiche di Piero Calamandrei*, Roma, 2019, V, 559-578.

¹⁰ P. CALAMANDREI, *La sentenza come mezzo di prova*, *cit.*, 569.

¹¹ Pertanto, il giudice non è obbligato a tener per veri i fatti ritenuti come base del precedente giudicato, né le qualifiche giuridiche ad essi riconosciute; cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, n. 129.

¹² L'impostazione del problema sul terreno della libera valutazione delle prove si evince dalla giurisprudenza citata da P. CALAMANDREI, *La sentenza come mezzo di prova*, *cit.*, 569. L'A., però, sottolinea l'assenza di una persuasiva motivazione nelle sentenze esaminate, come se "*il principio affermato (fosse) sembrato così elementare da far ritenere superflua una motivazione qualsiasi*". L'utilizzabilità delle prove al di fuori del processo in cui sono state raccolte è espressione del superamento del sistema di tipicità dei mezzi di prova. In base a tale principio si riteneva che la materia delle prove civili fosse oggetto di una disciplina legale dei mezzi di prova proponibili in giudizio; al di fuori di questi, si riteneva che non esistessero altre vie per fornire al giudice strumenti di convincimento (C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 147, parla di prova legale *lato sensu*). In generale, sul valore attribuibile agli elementi atipici, ossia la loro efficacia probatoria, cfr., G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 307 ss..

¹³ Ai sensi dell'art. 116 c.p.c. il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, valuta le prove "*secondo il suo prudente apprezzamento*", per cui di regola è libero di scegliere, entro il materiale probatorio acquisito nella causa, gli elementi che ritiene significativi e determinanti per la decisione sul fatto. S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, *cit.*, 218, ricorda, però, che il principio del libero convincimento del giudice deve intendersi nel senso che la valutazione delle prove

i giudizi di fatto enunciati da un diverso giudice in un diverso processo avente però ad oggetto il medesimo rapporto controverso.

Chiarito questo aspetto, il problema teorico più delicato che rimane sul campo è quello di spiegare quale sia la figura probatoria che consente al giudice di utilizzare le conoscenze tratte da un altro processo per decidere il proprio.

Non adeguato appare il ricorso alla figura della prova documentale; questa non spiega l'intrinseca efficacia probatoria dei giudizi di fatto documentati nella sentenza, dato che quest'ultima intesa come atto ha un'efficacia probatoria limitata all'esistenza di tali giudizi, senza provare la loro esattezza e la loro intrinseca attendibilità¹⁴.

Lo schema probatorio che, invece, occorre seguire per apprezzare la portata probatoria dei giudizi di fatto contenuti in una sentenza è quello del ragionamento presuntivo (semplice)¹⁵: così, dal fatto noto, consistente

deve essere il risultato non dell'arbitrio del giudice, bensì di un'attività razionale, espressione di una logica di giudizio di cui il giudice deve dare conto nella motivazione della sentenza. Del pari, M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, V, 1974, 104, sottolinea che la portata del principio del libero convincimento non è solo quella di escludere la predeterminazione normativa dell'efficacia delle prove, ma anche quella di implicare la formulazione di criteri obiettivi di valutazione, tali da eliminare l'arbitrio nella valutazione della prova. Il ragionamento giudiziale intorno ai fatti deve, quindi, seguire le regole della logica e dell'esperienza, attraverso le quali determinare il grado di attendibilità degli elementi che vanno a costituire il materiale probatorio sulla base del quale decidere la controversia.

¹⁴ L'efficacia documentale della sentenza si limita a provare che i giudizi di fatto contenuti nella motivazione furono emessi dal giudice, ma nulla dice intorno alla loro attendibilità intrinseca, cioè alla loro esattezza e veridicità. Sul punto, CALAMANDREI, *La sentenza come mezzo di prova*, cit., 561, sottolinea che quando la sentenza è intesa come rappresentazione scritta del provvedimento del giudice "il provvedimento è il fatto (in senso lato) di cui essa sentenza è la prova; ma quali siano gli effetti giuridici di questo fatto, è una questione che non ha niente a che vedere con l'efficacia probatoria della sentenza considerata come documento". La sentenza come documento, infatti, rappresenta il provvedimento come atto processuale, avente quella forma e quel contenuto che risulta dalla scrittura; e, poiché tra le varie parti di cui quel provvedimento si compone vi è anche la motivazione in fatto, si può considerare come prova di quella motivazione, intesa come rappresentazione di quei giudizi di fatto che il giudice ha formulato nel costruire le premesse del suo sillogismo. L'efficacia documentale della sentenza si arresta all'esterno di questi giudizi di fatto (come l'efficacia documentale dell'atto pubblico, che non ha altra efficacia al di fuori di quella di provare che le enunciatrici furono emesse dalle parti).

¹⁵ Si tratta della presunzione *hominis* o *iudicis*, che è la conseguenza che il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato. S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 103, sottolinea che "in sostanza si tratta del risultato di un procedimento deduttivo autorizzato da un'esperienza stabilizzata: la constatazione ripetuta di un rapporto che nella ripetizione appare costante, si assume come regolare e, per generalizzazione non illegittima, si apprezza

nell'esistenza di una sentenza che nella motivazione afferma veri certi fatti, il giudice di un diverso processo può ritenere conformi a realtà questi fatti (fatto ignoto), in ossequio alla massima di esperienza secondo la quale è probabile che i giudizi di fatto contenuti in una sentenza passata in giudicato corrispondano a verità.

La questione diventa più complessa per quanto concerne la trasferibilità nel processo civile della qualificazione giuridica data ad una certa condotta dall'AGCM.

La giurisprudenza, infatti, da tempo dispensa l'attore dal provare in sede civile l'anticoncorrenzialità della condotta accertata con provvedimento definitivo dell'AGCM.

La prima sentenza in questo senso rilevante è Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, che si è pronunciata in merito al giudizio instaurato dall'acquirente di una polizza r.c.a. nei confronti dell'impresa assicuratrice, che l'AGCM aveva ritenuto partecipe di un'intesa anticoncorrenziale avente l'effetto di aumentare in modo uniforme nel mercato i prezzi delle polizze assicurative.

Ad avviso della Suprema Corte il provvedimento dell'AGCM che accerta l'intesa illecita consente al giudice di presumere l'esistenza del nesso causale tra l'intesa stessa e il danno lamentato dall'attore, tenuto conto che l'aumento del prezzo rappresenta il normale effetto della pratica contestata¹⁶.

come necessario". Il diritto positivo (art. 2727 c.c.) ammette l'impiego di tale operazione logico-inferenziale attribuendo al giudice la facoltà di riscontrare la regolarità nel caso concreto, cioè, in sostanza, di formulare la regola costitutiva del rapporto tra la antecedente noto e la conseguenza ignota; l'art. 2729 c.c., però, impone al giudice un rigoroso controllo, dovendo egli ammettere soltanto presunzioni gravi, precise e concordanti.

¹⁶ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 7-8, 1605, con nota di R. BIANCHI, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*, afferma che il giudice, a fronte dell'allegazione del provvedimento *antitrust* e della polizza contratta con una società partecipe dell'intesa, può, sulla base di "*criteri di alta probabilità logica e presunzioni probabilistiche*", accertare il nesso causale tra l'intesa ed il danno subito dall'assicurato attore nel processo di risarcimento. La Suprema Corte, richiamando Cass., S.U., n. 2207/2005, *cit.*, fonda il ragionamento presuntivo sull'inscindibilità dei contratti "a valle" rispetto alla volontà anticoncorrenziale manifestata "a monte" nell'intesa. Tale rapporto è desumibile dallo scopo delle intese di alterare l'assetto dei contratti stipulati con i singoli

La peculiarità della sentenza in esame riguarda il fatto che così facendo la Corte invita il giudice civile a focalizzarsi su un momento posteriore rispetto all'accertamento della condotta illecita e, quindi, della violazione *antitrust*, che sembra relegato alla sede amministrativa¹⁷.

Il risultato è che l'antigiuridicità del fatto accertata dall'Autorità non è sottoposta ad alcuna verifica da parte del giudice civile.

Ciò su cui si sofferma la Suprema Corte, invece, è il valore del provvedimento come fonte di una presunzione in ordine alla derivazione di un danno dall'intesa accertata in sede di *public enforcement*.

Ciò non esclude, precisa sempre la Suprema Corte, che l'impresa convenuta possa fornire elementi probatori tesi a contrastare e neutralizzare le presunzioni discendenti dal provvedimento *antitrust*¹⁸, trattandosi di una presunzione semplice.

L'esercizio del diritto alla contro-prova, in particolare, può risultare essenziale quando il provvedimento *antitrust* riguarda intese illecite per il loro oggetto anticoncorrenziale, dato che, in questi casi, l'alterazione delle dinamiche del mercato rappresenta soltanto un potenziale effetto dello scambio di informazioni.

In tali casi, ritenere che il giudice possa adagiarsi acriticamente sull'esistenza del provvedimento amministrativo per presumere l'esistenza del danno fatto valere dell'attore significherebbe “*avvallare l'aberrante tesi che il danno sia in re ipsa*”¹⁹.

consumatori, rispetto ai quali l'intesa anticoncorrenziale si configura come un negozio illecito preparatorio.

¹⁷ L. CASTELLI, *Recenti interventi comunitari in materia di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale*, *Giur. com.*, 2009, 1, 1209. L'A. richiama anche Cass., 9 dicembre 2002, n. 14475, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 359, ove la Corte nell'affermare che spetta al consumatore provare di aver subito un danno derivante dall'intesa illecita, non si sofferma sulla effettiva sussistenza di quest'ultima, già accertata in sede amministrativa.

¹⁸ L'assicuratore, ad esempio, può dimostrare che la sequenza causale è stata spezzata dall'intervento di fattori causali diversi e di per sé idonei a produrre il danno o che abbiano, comunque, concorso a produrlo.

¹⁹ Così Cass., n. 2305/2007, *cit.*, che cassa la sentenza impugnata, in quanto il giudice di merito non aveva tenuto conto delle circostanze documentate dalla società convenuta.

La giurisprudenza successiva introduce il concetto di “prova privilegiata”; con tale espressione non si è voluto creare una nuova categoria probatoria, ma semplicemente riconoscere una particolare autorevolezza al provvedimento dell’AGCM, quale elemento che il giudice può considerare nell’ambito della formazione del proprio convincimento²⁰.

La sentenza capostipite del suddetto filone esegetico è Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, la quale afferma che il provvedimento definitivo dell’AGCM assume “*un ruolo significativo nell’accertamento dell’intesa, della pratica concordata o dell’abuso di posizione dominante, costituendo prova privilegiata della sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato o del suo abuso*”.

Rispetto al precedente indirizzo va osservato che la forza probatoria riconosciuta dalla sentenza in esame abbraccia unicamente i fatti costitutivi dell’illecito *antitrust*, nonché l’antigiuridicità degli stessi, ma non l’esistenza del danno e la sua eziologica riconducibilità al comportamento sanzionato, che dovranno essere provati dall’attore secondo l’ordinario criterio di riparto²¹.

²⁰ Così, M. TAVASSI, *Le controversie civili in materia antitrust tra diritto nazionale e indicazioni della Direttiva 104/2014*, cit., 63. Al giudice di merito, infatti, spetta in via esclusiva “*il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le prove, di controllarne l’attendibilità e la concludenza, di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad esse sottesi, di dare (salvo i casi di prova legale tassativamente previsti dalla legge) prevalenza all’uno o all’altro dei mezzi di prova acquisiti*” (cfr. Cass. n. 828/2007, n. 17076/2007, n. 6064/2008, S.U. n. 13045/1997).

²¹ L’art. 2697 c.c. ripartisce tra le parti l’onere di “*formulare un giudizio sull’esistenza o sul modo di essere di un fatto*” (secondo la definizione di “prova” elaborata da S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in (a cura di) G. IUDICA, P. ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 2010, 1), fornendo al giudice gli elementi da considerare al fine della decisione. Il rapporto tra il fatto da provare e la norma che si chiede di applicare ai fini della risoluzione della controversia è messo in rilievo da G. PRIMO AUGENTI, *L’onere della prova*, Roma, 1932, 224: “*se quindi, nel processo, le parti debbono contare sulle proprie forze per la fissazione dei fatti, ciascuna avrà l’onere di provare quelli che consentono l’applicazione della norma che le è favorevole*”. Il riparto dell’onere probatorio distribuisce tra le parti il rischio del mancato convincimento del giudice circa l’esistenza dei fatti controversi, fornendo la regola di giudizio che individua la parte soccombente nel caso di mancato o insufficiente assolvimento di tale onere. Tale regola trova sintetica formulazione nel brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit* (l’art. 2697, c. 1, c.c. prevede che “*Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*”, mentre il c. 2 dispone che “*chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti ovvero*

Sotto il profilo soggettivo l'efficacia di prova privilegiata è stata poi estesa a beneficio di soggetti ulteriori rispetto al denunciante (o interveniente) nel procedimento *antitrust*²², ovvero a tutti “*coloro che si trovino in posizioni identiche o simili o che comunque possano (...) aver subito un pregiudizio in conseguenza dei comportamenti presi in considerazione dalle indagini dell’Autorità*”²³.

Sul piano teorico, l'orientamento in esame continua a considerare il provvedimento *antitrust* come un mero (ma significativo) argomento di convinzione giudiziale, di cui il giudice può avvalersi per trarre elementi di valutazione che gli consentano di sindacare la sussistenza dell'illecito *antitrust*.

La Suprema Corte, infatti, ritiene il provvedimento *antitrust* un mezzo di prova autorevole, ma comunque valutabile dal giudice, in quanto

eccepisce che il diritto si è modificato o estinto, deve provare i fatti sui cui l'eccezione si fonda”). Qualora la prova dei fatti costitutivi del diritto oggetto della domanda non sia stata raggiunta il giudice respingerà la domanda, sancendo in tal modo la vittoria processuale della parte interessata alla negazione dell'esistenza del diritto affermato dalla controparte; invece, laddove a fronte della prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere nel giudizio, la parte avversaria non riesca a provarne il “non accadimento”, la sentenza del giudice sarà di accoglimento della domanda altrui. Alla luce di quanto detto, S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, cit., 47 e ss., tratta del principio dell'onere della prova in due diverse accezioni: in senso soggettivo (o formale), se inteso come mera ripartizione dell'onere probatorio tra le parti, in senso oggettivo (o sostanziale), con riguardo alla regola di giudizio che disciplina l'evenienza del mancato convincimento del giudice, individuando la parte soccombente, nei cui confronti si produce l'effetto negativo del rigetto della domanda.

²² Si consideri che, per cui appare fisiologico che al procedimento non partecipino tutti i soggetti individualmente coinvolti dalle conseguenze negative dell'infrazione.

²³ Il fatto che al procedimento *antitrust* non partecipino tutti i soggetti individualmente coinvolti dalle conseguenze negative dell'infrazione appare fisiologico, ove si consideri che l'Autorità tutela un interesse pubblico e prescinde dalle sollecitazioni ed impulsi esterni. In merito alla natura della controversia instaurata da soggetti estranei al procedimento svolto dinanzi all'AGCM, che facciano però valere l'accertamento da essa compiuto, Trib. Milano, 27 dicembre 2013, osserva che, sebbene si possa discutere se l'azione proposta dall'attore sia un'azione *follow-on* in senso stretto, “*deve comunque rilevarsi che l'elemento del follow-on va valutato rispetto al soggetto indagato e sanzionato piuttosto che rispetto alla vittima*”. Anche Trib. Milano, 13 agosto 2019, n. 7848, in relazione alla violazione dell'art. 102 TFUE dalla società concessionaria della gestione di infrastrutture aeroportuali nel mercato di messa a disposizione degli spazi per lo svolgimento di attività di *handling cargo* (da ultimo, sulla medesima vicenda, Cass., sez. I, 5 luglio 2019, n. 18176) si occupato di una controversia di questo genere, affermando che nelle *follow-on actions* il provvedimento dell'AGCM “*costituisce un serio elemento probatorio per l'autorità giudiziaria chiamata a pronunciarsi, a valle, sui pregiudizi lamentati dai danneggiati che, a monte, invocano la lesione antitrust in virtù di accertamenti dell'Autorità che hanno avuto ad oggetto, appunto, posizioni assimilabili alle proprie*”.

non vincolante e “*superabile a mezzo di ordinari e diversi mezzi di prova*”²⁴.

In quest’ottica, la decisione del giudice non può fondarsi su un “*servile ossequio all’opinione altrui*”²⁵, ma deve apprezzare le conclusioni cui è giunta l’AGCM anche alla luce delle deduzioni e delle prove offerte dalle parti nel giudizio²⁶.

Quanto detto finora rende evidente che in questa prima accezione la “prova privilegiata” non assurge al rango di prova diretta dell’illecito *antitrust*, perché il provvedimento dell’AGCM rappresenta soltanto un elemento indiziario, dotato di particolare forza persuasiva, da valutare unitamente ad altri indizi gravi, precisi e concordanti ai fini della prova dei fatti controversi.

Si tratterebbe, invece, di una prova indiretta come quella presuntiva, che interviene quando, ovviando alla difficoltà di provare direttamente il fatto principale (*factum probandum*), è dimostrata la verità di un fatto secondario (*factum probans*) “*capace di dire qualcosa di significativo sul fatto principale*”²⁷.

In tali ipotesi, il giudice compie un passaggio logico intellettuale, mediante il quale a partire dagli elementi forniti dalla prova del fatto secondario perviene a supportare l’ipotesi del fatto principale.

²⁴ M. TAVASSI, *Le controversie civili in materia antitrust tra diritto nazionale e indicazioni della Direttiva 104/2014*, cit., 63.

²⁵ Con specifico riferimento al provvedimento dell’autorità giurisdizionale, P. CALAMANDREI, *La sentenza come mezzo di prova*, cit., 574. Sul punto, l’A. richiama l’art. 361, n. 2, del previgente c.p.c., il quale, comminando la nullità per la sentenza in cui il giudice avesse omissso di motivare, specificava che “*i motivi si reputano omisssi quando la sentenza si sia puramente riferita a quelli di un’altra sentenza*”.

²⁶ Cfr. Cass., n. 3640/2009, cit.

²⁷ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, cit., 429-430. Il fatto principale è quello che corrisponde alla fattispecie legale definita dalla norma. La contrapposizione tra fatto principale e fatto secondario ricorre in S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, cit., 2: è principale il fatto costitutivo del diritto dedotto in azione, nonché il fatto impeditivo, modificativo o estintivo dedotto in eccezione, mentre è secondario il fatto che consente di acquisire l’elemento principale secondo il meccanismo probatorio indiretto. In merito al meccanismo presuntivo, v. sopra, cap. II, nt. 65, nonché nt. 15 del presente capitolo.

Seguendo questa logica, il giudice dovrebbe trarre argomento dal provvedimento per risalire alle prove su cui questo si è basato e compiere autonomamente una diretta valutazione delle medesime²⁸.

Al contrario, invece, la giurisprudenza sembra talvolta appiattirsi sul provvedimento, laddove non prende in considerazione le risultanze istruttorie e le conclusioni a cui l'AGCM perviene, bensì ne assume le acquisizioni “*alla stregua di un dato di fatto, di un dato storico, sul quale non si è svolta alcuna ulteriore verifica*”²⁹.

A questo riguardo una parte della dottrina richiama la figura della verità interinale (o presunzione impropria)³⁰, ad indicare che l'illecito *antitrust* viene considerato sussistente non in quanto dedotto da un altro fatto, ma più semplicemente perché la giurisprudenza considera il provvedimento di per sé sufficiente a provare l'esistenza di quanto accertato dall'AGCM, finché non venga data la prova del contrario.

In questa ricostruzione vi è, però, un aspetto problematico, che dipende dalla collocazione sistematica della verità interinale entro l'ambito delle presunzioni legali relative (o *iuris tantum*)³¹, mentre nel

²⁸ P. CALAMANDREI, *La sentenza come mezzo di prova, cit.*, 574, parla di “*diretto ritorno alle fonti*”. Come precisa S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza, cit.*, 103, nel processo di realizzazione giudiziale del diritto, le presunzioni semplici attengono alla valutazione delle prove che il giudice compie ai fini della formazione del proprio convincimento in ordine ai fatti controversi.

²⁹ P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1, 104: “*si presenta, agli occhi dello studioso del processo, il seguente fenomeno: un organo che non ha natura giurisdizionale determina, a propri fini, la verità di taluni fatti; una volta che la decisione sanzionatoria dell'Autorità garante risulti stabilizzata, dopo il vaglio del giudice amministrativo, anche il fatto che ne costituisce il presupposto gode, non certo di un'efficacia di giudicato, ma comunque di una forza storica che rende superfluo ogni diverso accertamento da parte dei giudici*”.

³⁰ P. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel processo civile, con particolare riferimento alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa, cit.*, 198.

³¹ Si denomina verità interinale quella opinione che la legge impone al giudice di ritenere per vera, secondo la definizione di J. UNGER, *System des österreichischen bürgerlichen Rechts*, II, Leipzig, 1856, 599. Le presunzioni improprie si distinguono dalle vere e proprie presunzioni legali relative, in quanto non sono fondate su una massima di esperienza. R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 408, osserva che affinché la presunzione possa qualificarsi come illazione legale, deve sussistere sia la massima di esperienza (la maggiore del sillogismo) sia il fatto noto (la minore del sillogismo); talvolta, invece, “*il legislatore fissa una presunzione là dove il fatto noto non ha attitudine a fungere come sintomo del fatto presumendo*”. Sul confronto tra le verità interinali (o presunzioni improprie) e presunzioni legali relative, cfr., altresì, C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova*

diritto *antitrust* per molto tempo (fino all'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017) è mancata una norma che stabilisse un rapporto di consequenzialità tra il provvedimento dell'AGCM e la prova in sede civile dell'illecito *antitrust*.

Mancando una norma di legge, detta operazione costituisce una vera e propria “presunzione giurisprudenziale”, che inverte la normale ripartizione dell'onere della prova a vantaggio del soggetto danneggiato.

Le presunzioni giurisprudenziali hanno alcuni elementi in comune con le presunzioni legali relative, prescindendo entrambe da un materiale accertamento della realtà. Tuttavia, mentre la presunzione legale serve a colmare una lacuna nella ricostruzione dei fatti mediante un ragionamento logico-deduttivo (che muovendo da un fatto di cui è certa l'esistenza perviene ad affermare l'esistenza di un fatto non provato)³², viceversa, nel caso delle presunzioni giurisprudenziali non si ha un passaggio logico da un fatto noto ad un fatto ignoto, ma semplicemente la “creazione” di una regola di distribuzione dell'onere probatorio basata su considerazioni di carattere sostanziale, che portano a privilegiare la parte “debole” del rapporto³³.

legale, cit., 158; S. PATTI, *Artt. 2727-2729 c.c.*, in *Comm. breve c.c. Cian-Trabucchi*, Padova, 2020, 3565; S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza, cit.*, 103.

³² Le presunzioni legali sono le conseguenze che la legge trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato (art. 2727 c.c.); quando ammettono la prova contraria, tali presunzioni sono relative (o *iuris tantum*). S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza, cit.*, 103, precisa che le presunzioni legali costituiscono formulazioni o enunciazioni di rapporti in precedenza accertati da una più o meno lunga esperienza; in queste ipotesi, la regola che lega il fatto noto alla conseguenza che si ricerca è stabilita dalla legge: “*il procedimento deduttivo, perciò, è cristallizzato e il risultato formalizzato*”. Il legislatore impone al giudice di ritenere esistenti fatti ignoti senza prova, ma ciò “*non significa che i fatti medesimi sono indifferenti per il giudice, significa solo che il legislatore stesso, riconoscendo che, nell'id quod plerumque accidit, essi ricorrono nella costituzione di determinati rapporti, connette virtualità causale solo alla loro assenza*” (così, G. PRIMO AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, 218).

³³ S. PATTI, *Artt. 2727-2729 c.c., cit.*, 3569. Con le presunzioni in commento i giudici individuano delle situazioni che ritengono giustificare la creazione di uno schema tipico, dalla cui constatazione dedurre (sempre) l'esistenza del *factum probandum*. Come osserva G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.*, V, 1971, 181, il consolidamento di schemi tipici nell'ambito del processo di formazione della decisione allontana il giudice dall'effettiva conoscenza del fatto: “*Che senso avrebbe, d'altra parte, parlare di una libera formazione del suo convincimento, che in ogni ipotesi dovrebbe atteggiarsi in maniera uniforme?*”. In senso analogo, M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 3, 733 ss., osserva che “*di solito basta reperire – sul mercato del senso comune e dei convincimenti diffusi – qualche massima d'esperienza che sia capace di attribuire una base di ragionevolezza e di credibilità alla*

Dal punto di vista effettuale, comunque, la presunzione giurisprudenziale è assimilabile a quella legale *iuris tantum*, essendo che entrambe realizzano, in deroga all'art. 2697 c.c., un'inversione dell'onere probatorio, che non ha nulla a che fare con la prova del fatto (a differenza della presunzione semplice)³⁴; in questi casi, infatti, la presunzione opera in astratto come speciale regola di riparto dell'onere probatorio e, traslando il rischio della mancata prova sulla controparte, incide sulla struttura della norma.

In materia *antitrust*, le considerazioni sopra sviluppate si traducono nell'utilizzo del provvedimento come fattispecie "precostituita", alla luce della quale ritenere l'accertamento dell'AGCM corrispondente a verità fino a prova contraria.

Va sottolineato che l'orientamento in esame non va confuso con la teoria della prova *prima facie* (*anscheinsbeweis*), perché quest'ultima così come consente all'attore di provare la sola "apparenza" del *factum probandum*, allo stesso modo ritiene sufficiente che il convenuto provi la sola "inverosimiglianza" della prospettazione attorea³⁵.

costruzione dello «schema tipo»). L'inversione dell'onere della prova di creazione giurisprudenziale soddisfa esigenze di regolamentazione sostanziale dei contrapposti interessi delle parti; l'inversione del carico probatorio, infatti, incide sulla tutela sostanziale: il mancato soddisfacimento dell'onere ad opera della parte che ne è gravata determina la produzione dell'effetto giuridico che l'ordinamento collega al verificarsi del fatto presunto. Interventi di questo genere rispecchiano la volontà di privilegiare la "verità" di una parte rispetto a quella dell'altra, gravando della prova il soggetto che si trova nella migliore posizione per assolvere a tale onere, secondo il principio della c.d. vicinanza della prova. Come osserva V. DENTI, *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 3, 710, il fenomeno muove dal criterio c.d. di ripartizione dell'onere della prova in base agli "ambiti di rischio" che considera onerata la parte nella cui sfera giuridica si verificano i fatti controversi).

³⁴ M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto, cit.*, 737, sottolinea come il fenomeno della presunzione giurisprudenziale non si adatti al modello della presunzione semplice, trattandosi di una *relevatio ab onere probandi* (mentre la presunzione semplice appartiene alla *quaestio facti* e, cioè, al giudizio relativo a tutti i dati conoscitivi e i criteri di inferenza che occorrono per fondare l'attendibilità delle ipotesi relative ai fatti controversi, cfr. F. CORDOPATRI, voce *Presunzione (teoria gen. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, 1986, 290; M. TARUFFO, *Giudizio: processo e decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 795). Le presunzioni legali relative e le verità interinali riguardano il tema dell'onere della prova, ponendosi su un piano analogo all'art. 2697 c.c.; esse "*implicando la determinazione legislativa di una fattispecie concreta, di riflesso e indirettamente alterano la distribuzione dell'onere probatorio*" (così, S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza, cit.*, 104).

³⁵ Sull'istituto dell'*anscheinsbeweis* a confronto con la creazione *praeter legem* di una presunzione *iuris tantum*, cfr. E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere*

La presunzione giurisprudenziale, invece, non rinuncia alla prova piena del fatto, dato che l'impresa convenuta nel processo *antitrust* deve fornire una prova contraria piena, attraverso elementi conoscitivi adeguati, anche se inferenziali.

Preme, tuttavia, osservare come il punto di partenza sia della teoria dell'*anscheinsbeweis* sia della giurisprudenza in esame si possa rintracciare nel rilievo dato al concetto di normalità ricavata dall'*id quod plerumque accidit* e, quindi, alla probabilità oggettiva di verifica di un fatto³⁶, nel senso che così come è verosimile che si sia verificato un fatto corrispondente a ciò che normalmente accade, allo stesso modo è altrettanto plausibile che corrisponda a verità quanto accertato da

probatorio, Torino, 2014, 196 e ss.; l'A. sottolinea che l'*Anscheinsbeweis* favorisce l'attore nel caso di inerzia della controparte, incidendo sul sistema di valutazione delle prove attraverso una semplificazione bilaterale, che riduce il grado di probabilità richiesto per ritenere provato un fatto. L'attore in giudizio deve solo dimostrare la verosimiglianza del fatto allegato, cioè il suo essere conforme all'*id quod plerumque accidit*, nel senso che deve rientrare nella normalità e, dunque, essere plausibile o credibile. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, cit., 476, sottolinea la confusione presso gli interpreti fra i termini "probabilità" e "verosimiglianza", che, invece, sono due nozioni distinte: quando si dice che un fatto è probabile ci si riferisce alla presenza di elementi che confermano l'esistenza di esso; un fatto, invece, è verosimile quando non vi sono elementi di prova per ritenere vera la sua affermazione, ma questa appare conforme all'ordinario andamento delle cose. A questo riguardo, M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., 741-743, osserva che la sinonimia dei termini "probabilità" e "verosimiglianza" è frutto di un equivoco che deriva dall'ambivalenza semantica di "*Wahrscheinlichkeit*". La distinzione tra i due sintagmi, tuttavia, si evince da ciò: l'asserzione di un fatto può essere verosimile, ma priva di fondamento probatorio, e viceversa. Il nostro ordinamento si accontenta della verosimiglianza soltanto quando in sede cautelare il legislatore richiede il *fumus boni juris*, o nei casi di cui all' art. 669sexies, c. 2, c.p.c., che si riferisce alle "sommarie informazioni". La probabilità, ove intesa come struttura logica del ragionamento, non esclude la piena prova di un fatto; in questo senso, ID., *Ermeneutica, prova e decisione*, in *Ars interpretandi*, 2018, 1, 39-40, precisa che proprio la concezione di verità giudiziale come verità oggettivamente relativa comporta che tale verità può manifestarsi in gradi diversi a seconda del *weight of evidence* disponibile nel caso concreto.

³⁶ A. GIULIANI, *Concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, 231 e ss.

un'autorità specializzata, che svolge l'attività istruttoria nel rispetto del principio inquisitorio³⁷ e nel contraddittorio delle parti³⁸.

Successivamente, la giurisprudenza ha fatto propria una visione più radicale del concetto di “prova privilegiata”, in base alla quale l'esistenza del danno e la sua eziologia sono desunti, fino a prova contraria, dal provvedimento dell'AGCM e il diritto alla contro-prova dell'impresa convenuta è circoscritto alle sole circostanze non valutate in sede *antitrust*³⁹.

³⁷ A questo riguardo va osservato che l'utilizzo del provvedimento *antitrust* come mezzo di prova non pone il problema relativo all'utilizzo della sentenza civile come mezzo di prova in un diverso processo e correlato al principio dispositivo vigente nel processo civile. CALAMANDREI, *La sentenza come mezzo di prova*, cit., 570 e ss., avverte, infatti, il pericolo che i giudizi di fatto contenuti in una sentenza siano cecamente creduti, senza metterli in armonia con la diversa situazione processuale creata nel nuovo processo dal rinnovato gioco del principio dispositivo; ciò dipende dal fatto che “il giudice, nel processo di tipo dispositivo, non aspira ad accertare la verità con l'iniziale maiuscola, che sia destinata a valere in eterno oltre le contingenze, ma più modestamente si contenta di chiamare verità la somma logica di quelle allegazioni e di quelle prove che quel processo gli offre”. La verità processuale, infatti, ha carattere relativo, nel senso che è strettamente e direttamente connessa con la quantità e la qualità delle informazioni che le prove hanno offerto sui fatti del caso (si tratta di una relatività oggettiva, come sottolinea M. TARUFFO, *Ermeneutica, prova e decisione*, cit., 39); sul punto, FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 9 e ss., sottolinea come tale relatività si manifesti anche nei casi di accertamento legale dei fatti, cioè quando la certezza è acquisita in virtù di un complesso di norme imperative, che vincolano il giudice a considerare certi determinati fatti concreti.

³⁸ È importante sottolineare che gli elementi da cui deriva la presunzione si formano nel contraddittorio delle parti, in quanto ai sensi degli artt. 24, 111 Cost. (nonché art. 101 c.p.c.) è necessario che “l'attività presuntiva del giudice consegua alla costruzione e all'apprestamento delle fonti di presunzione ad opera delle parti, in contraddittorio fra loro”. Cfr. F. CORDOPATRI, voce *Presunzione (teoria gen. e dir. proc. civ.)*, cit., 295: “la presunzione non può germinare da elementi che non siano stati assunti nel contraddittorio delle parti (salvo casi eccezionali in cui il contraddittorio pur vi sia ma postergato)”. Così, la giurisprudenza ritiene che le prove assunte in un precedente giudizio o in sede penale o raccolte da giudice incompetente possano essere valutate come indizi soltanto se tale efficacia probatoria sia subordinata all'almeno potenziale contraddittorio nel processo in cui la prova è stata raccolta (Cass. n. 6502/2001; Cass. n. 478/1995, ma lo stesso vale per la consulenza tecnica espletata in altro procedimento, come risulta da Cass. n. 30473/2018; Cass. n. 1039/2009).

³⁹ A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Merc. conc. reg.*, 2013, 3 429 e ss., ravvisa nello sviluppo giurisprudenziale della Suprema Corte una progressiva erosione del diritto di difesa del convenuto nelle cause di risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust*. Sulla mancanza di univocità del concetto di “prova privilegiata”, si sofferma Cass., n. 11904/2014, cit., precisando che “la giurisprudenza di questa Corte ha parlato di prova privilegiata, connettendo tuttavia all'espressione non sempre un univoco significato; mentre, infatti, in un caso (Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640) si afferma che le parti hanno comunque la possibilità di offrire prove a sostegno dell'accertamento del Garante o ad esso contrarie, in altre pronunce (Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, Cass. 9 maggio 2012, n. 7039), si afferma che all'impresa sanzionata non è consentito nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede”.

Si passa in questo modo da un modello di mero coordinamento istruttorio⁴⁰, dove il piano civile e quello amministrativo dialogano tra di loro in modo paritario, senza imporsi l'uno sull'altro, ad un modello asimmetrico, in cui la dimensione *antitrust* ricopre una posizione di primazia e, grazie alla sua natura specializzata, è in grado di condizionare le dinamiche probatorie della dimensione giurisdizionale.

Tale indirizzo è stato inaugurato da Cass. 10 maggio 2011, n. 10211, che interviene nell'ambito di una vicenda in cui l'AGCM aveva sanzionato un'intesa tra compagnie assicuratrici, dalla quale era scaturito un aumento del prezzo delle polizze di circa il 20% rispetto alla media del mercato europeo.

In tale occasione, la Suprema Corte ha affermato che, qualora l'assicuratore convenuto nel processo risarcitorio abbia partecipato al procedimento *antitrust*, *“la prova dell'interruzione del nesso causale fra l'illecito e l'indebito aumento delle tariffe non può consistere nel rimettere in discussione le medesime circostanze di fatto il cui accertamento è già contenuto nel provvedimento sanzionatorio”*⁴¹.

Nell'ottica della pronuncia in esame, la prova del nesso causale tra l'intesa anticoncorrenziale e il danno lamentato dall'attore può ricavarsi dal provvedimento dell'AGCM che accerta la partecipazione dell'assicuratore all'intesa: se l'assicurato allega il provvedimento *antitrust* e la polizza assicurativa contratta con l'impresa destinataria di tale provvedimento il giudice può ritenere che il maggior prezzo pagato dall'attore sia conseguenza dell'intesa anticoncorrenziale, tenuto conto

⁴⁰ M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 305, definisce così il modello di coordinamento tra i due piani, civile e amministrativo, con riguardo alle decisioni dell'AGCM, in contrapposizione con quello fondato su un rigido vincolo del giudice civile all'accertamento *antitrust*, come nel caso previsto dall'art. 16 Reg. 2003/1/CE (oggi art. 7 D. Lgs. n. 3/2017).

⁴¹ La Cass., sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro it.*, I, 2011, 2675 con nota di A. PALMIERI, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*, enuncia tale principio per *“esplicitare ciò che era rimasto in parte implicito nella precedente giurisprudenza”*.

dell'inscindibilità dei contratti “a valle” rispetto alla volontà anticoncorrenziale manifestata “a monte” nell'intesa, che rispetto ad essi si configura come un negozio illecito preparatorio.

In questa prospettiva, l'intesa è vista come la *condictio sine qua non* dell'incremento dei prezzi: la Cassazione ragiona in termini controfattuali, ritenendo che il premio corrisposto dall'assicurato sarebbe stato inferiore se le imprese concorrenti nel settore non avessero colluso a danno della concorrenza.

Tale orientamento, tuttavia, non sembra tenere in adeguata considerazione che il provvedimento *antitrust* si muove su un piano macro-economico, occupandosi del nesso di causalità tra l'illecito e l'incremento dei premi verificatosi nell'intero settore assicurativo (che rappresenta un danno economico per la massa generalizzata degli utenti) mentre non si preoccupa del danno sofferto dal singolo assicurato.

Ciononostante, la Cassazione in esame (seguita da sentenze successive)⁴² ritiene che l'assicurato abbia il diritto di avvalersi della presunzione tratta da tale provvedimento, salvo che l'impresa convenuta introduca nel processo elementi “*tali da dimostrare che – nel caso oggetto di esame – il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all'intesa illecita, ma da altri fattori*”⁴³.

La prova contraria a carico della compagnia assicuratrice subisce però una limitazione, potendosi fondare unicamente su argomenti nuovi afferenti alla singola impresa, al singolo assicurato od alla singola polizza e, cioè, a quegli “*aspetti che il provvedimento dell'AGCM ha lasciato incerti e che attengono alla concreta e specifica misura in cui ognuna*

⁴² Cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, 9 maggio 2012, n. 7039, in *Dir. economia assicur.* (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*) 2012, 3, 603; sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904, in *Gius. civ. mass.*, 2014, appartenenti al filone giurisprudenziale in materia di intesa *antitrust* tra compagnie assicurative e responsabilità nei confronti del consumatore.

⁴³ Cass. n. 10211/2011, *cit.*, menziona, tra gli altri, il caso in cui la compagnia versava in peculiari difficoltà economiche, che hanno imposto determinate scelte di prezzo o il maggior prezzo era dovuto al fatto che il contratto copriva particolari rischi, normalmente non inclusi nella polizza, o si riferiva ad assicurati il cui comportamento era caratterizzato da abnorme sinistrosità.

delle singole imprese sanzionate ha contribuito, con il suo comportamento e nei rapporti con i suoi assicurati, all'indebita lievitazione dei premi"⁴⁴.

Sebbene la Cassazione sottolinei come la forza probatoria privilegiata attribuibile al provvedimento *antitrust* trovi fondamento nel convincimento del giudice⁴⁵ (che parte dagli elementi probatori raccolti dall'AGCM per giungere, sulla base di una valutazione di normale consequenzialità di eventi, alla prova del danno *antitrust*)⁴⁶, nei fatti, però, si ravvisa una "*tendenza a ritenere che la ricostruzione dei fatti una volta compiuta dall'AGCM resti cristallizzata nel provvedimento e che essa non sia più confutabile*"⁴⁷, con una sostanziale anticipazione dell'effetto vincolante previsto dalla Direttiva 2014/104/UE.

Le radici del percorso giurisprudenziale così esaminato trovano fondamento nell'unitarietà del sistema di *enforcement antitrust*, che richiede (anche) una tutela risarcitoria effettiva⁴⁸, a vantaggio del consumatore danneggiato.

⁴⁴ L'impresa assicuratrice non può produrre documenti e dedurre circostanze di carattere generale, quali sono quelle relative all'aumento dei prezzi sul mercato di riferimento, che sono già state oggetto della valutazione dell'AGCM.

⁴⁵ Così, Cass. n. 7039/2012, *cit.*, sottolinea come la rilevazione da parte dell'AGCM di un abnorme incremento dei premi delle polizze assicurative nel periodo interessato dall'intesa costituisca un "dato di fatto" senz'altro idoneo a fondare la presunzione dell'esistenza del danno e della sua derivazione dalla condotta anticoncorrenziale. Pertanto, la suddetta presunzione, "*non si fonda su dati meramente probabilistici, ma sugli specifici accertamenti contenuti nel provvedimento*".

⁴⁶ Cass., sez. VI, 23 aprile 2014, n. 9116, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 103: "*l'illecito anticoncorrenziale polverizza il danno tra tutti i consumatori sicché è artificioso ritenere che la posizione del singolo vada distinta, sul piano presuntivo, dalla posizione dell'insieme dei consumatori*".

⁴⁷ Così, F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle Istituzioni di tutela della concorrenza*, *cit.*, 175.

⁴⁸ La Corte di Cassazione fa spesso riferimento all'unitarietà della tutela pubblica e privata della concorrenza, richiamando la collocazione dell'art. 33 L. n. 287/1990 nella medesima legge deputata alla disciplina della tutela pubblicistica della concorrenza (cfr. Cass. n. 11904/2014, *cit.*). Sul principio di effettività della tutela nel processo *antitrust*, cfr. *ex multis*, Cass. n. 9116/2014, *cit.*. Il regime probatorio ha conseguenze sull'effettività della tutela *antitrust*, dato che il giudice per attuare il diritto obiettivo deve ricercare e conoscere la verità processuale, che è condizionata dai mezzi di conoscenza di cui il giudice dispone, dai criteri con cui il libero apprezzamento del materiale probatorio viene effettuato e dall'eventuale sussistenza di fatti che non ammettono un'esatta rappresentazione.

Sotto questo profilo la Suprema Corte sottolinea che il consumatore rappresenta il beneficiario ultimo del sistema di concorrenza e, pertanto, è necessario che a suo vantaggio operi il principio di vicinanza della prova⁴⁹.

Il consumatore, infatti, costituisce il soggetto debole dei rapporti di consumo a causa dell'asimmetria informativa che connota la sua posizione rispetto a quella del professionista⁵⁰.

In forza di ciò, se si applicasse l'ordinario regime di distribuzione della prova, sarebbe estremamente difficile per il consumatore provare gli elementi costitutivi dell'illecito *antitrust*⁵¹, perché dovrebbe dimostrare: *i)* il mercato di riferimento, che potrebbe presentare dimensioni transnazionali; *ii)* gli scenari controfattuali che si sarebbero verificati in assenza dell'illecito, onde provare la dinamica e l'entità del pregiudizio subito⁵².

In questa situazione, prima la giurisprudenza e poi il legislatore hanno cercato di alleggerire il carico probatorio gravante sull'attore.

Con riguardo alle azioni *stand alone*, la giurisprudenza, a partire da Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, ha riconosciuto, vista la difficoltà per alcune categorie di soggetti di accedere a prove di tipo economico, la possibilità per il giudice di interpretare estensivamente le condizioni

⁴⁹ Considerazioni svolte nella Cass. n. 9116/2014, *cit.*.

⁵⁰ Come sottolinea, G. MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nelle controversie tra privati: il ruolo dei giudici nazionali*, *cit.*, 237, tale asimmetria può originare da una posizione di maggior debolezza economica, come è il caso di piccole imprese o di consumatori, ma anche da altri fattori, tra cui la mera estraneità dei fatti alla sfera di informazione della parte che pure ha interesse e legittimazione ad agire.

⁵¹ La responsabilità da illecito *antitrust* rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2043 c.c. (per una sintesi delle tesi a sostegno di tale inquadramento, cfr. M. NEGRI, *Giurisprudenza e amministrazione nella tutela della concorrenza*, *cit.*, 268), pertanto il soggetto danneggiato dalla condotta anticompetitiva deve *ex art. 2697 c.c.* provare gli elementi costitutivi dell'illecito e, cioè, che il convenuto ha commesso il fatto dannoso ingiusto, in quanto lesivo del principio di libera concorrenza, da cui è conseguito un pregiudizio risarcibile.

⁵² Si tratta della prova che in condizioni normali di mercato il prezzo del prodotto sarebbe stato inferiore a quello effettivamente pagato per effetto dell'intesa. Sul problematico assolvimento degli oneri probatori per il singolo attore, R. RODORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Le Società*, 2014, 7, 786, sottolinea come la ricostruzione degli scenari controfattuali richieda l'acquisizione di dati e la disposizione di strumenti d'indagine tecnico-economica che raramente sono alla portata del consumatore.

stabilite dal c.p.c. per l'esercizio d'ufficio dei poteri di indagine e di acquisizione di dati e informazioni.

Con riferimento alle azioni *follow-on*, invece, come visto, la giurisprudenza ha ritenuto che si potessero alleggerire gli incumbenti probatori dell'attore valorizzando il provvedimento *antitrust* come particolare mezzo di prova, capace di realizzare una semplificazione del giudizio fattuale, oltre che un'economia dei mezzi giuridici⁵³.

La razionalizzazione dell'*iter* di accertamento discende dal fatto che l'AGCM è titolare di poteri di indagine e mezzi istruttori molto più penetranti rispetto a quelli utilizzabili dal giudice, che peraltro è vincolato al principio dispositivo.

Il provvedimento *antitrust*, infatti, costituisce il risultato di un procedimento che come visto è caratterizzato da un contraddittorio rafforzato, che si svolge dinanzi ad un'Autorità specializzata e istituzionalmente competente a trattare fattispecie complesse implicanti conoscenze economiche.

Per queste ragioni, non sembrano sussistere le condizioni per declassare il provvedimento *antitrust* ad un mero argomento di prova⁵⁴, come sostenuto da una parte della dottrina in ordine agli elementi

⁵³ Basti pensare che la disposizione di una consulenza tecnica d'ufficio in merito alla sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale comporta una dilatazione delle tempistiche processuali e il relativo incremento delle spese di giudizio. Sul punto, P. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della Direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. ind.*, 2016, 3, 256.

⁵⁴ Gli argomenti di prova (tra cui, *ex artt.* 116, c. 2, 118, c. 2., 310, c. 3, c.p.c., il comportamento processuale delle parti, il rifiuto della parte di consentire l'ispezione e le prove raccolte nel processo estinto) esplicano un'efficacia probatoria inferiore a quella delle presunzioni, rappresentando soltanto un elemento di supporto per il giudice, che può tenerne conto in funzione sussidiaria e/o integratrice di veri e propri mezzi di prova. Sul tema, cfr. S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, cit., 28. G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 353, sottolinea che si tratta di elementi da cui difficilmente si potrebbe direttamente dedurre l'esistenza del fatto da provare, per cui la *ratio* del minor valore probatorio degli argomenti di prova risiede nella circostanza che sono previsti quando il legislatore ritiene opportuno riconoscere l'attitudine di certi eventi a dimostrare la probabile esistenza di un fatto ignoto. Si tratta di inferenze artificiali che presuppongono un duplice passaggio logico e non conducono alla deduzione diretta del fatto da provare, come nell'esempio del rifiuto all'ordine di ispezione, dal quale è possibile desumere direttamente soltanto un rifiuto di collaborazione, mentre l'eventualità che tale rifiuto sia motivato dalla preoccupazione che la verità sia sfavorevole alla parte equivarrebbe a *praesumere de praesumpto*.

provenienti dalla pubblica amministrazione⁵⁵, né per ritenere fondate le medesime obiezioni sollevate dalla dottrina in relazione all'utilizzo della sentenza come mezzo di prova⁵⁶.

Il riferimento al provvedimento *antitrust* agevola anche lo stesso giudice dato che il *private enforcement* rappresenta un processo “*fact intensive per eccellenza*”⁵⁷ in cui la gestione delle prove costituisce un momento cruciale.

La natura economica e/o tecnica dei fatti in contestazione⁵⁸, però, rischia di complicare il percorso logico di applicazione del diritto al fatto⁵⁹, già aggravato dalla struttura della norma *antitrust*⁶⁰, la cui

⁵⁵ G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 236, menziona in tal senso lo scritto proveniente da un terzo, le prove assunte in un precedente giudizio, in sede penale o raccolte da giudice incompetente, le certificazioni amministrative, gli atti di notorietà e i verbali di polizia giudiziaria.

⁵⁶ V. sopra, nt. 37 del presente capitolo.

⁵⁷ G. MUSCOLO, *Public e private enforcement (alcune questioni in tema di prova nel processo antitrust)*, cit., 1016. Infatti, come sottolineano G. MUSCOLO, P. CAPRILE, *La quantificazione del danno nel processo antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 422, nei processi di concorrenza il giudice svolge soprattutto un ruolo di “*finder of the fact*”.

⁵⁸ Si ricordi, tra l'altro, che con la modernizzazione del sistema di *enforcement antitrust* il giudice è diventato competente anche per quanto concerne l'accertamento delle condizioni di esenzione di un'intesa, che è concessa sulla base della concretizzazione di non poche clausole generali e che, comunque, è prevista dall'ordinamento nell'interesse generale. Sul punto, G. MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nelle controversie tra privati: il ruolo dei giudici nazionali*, cit., 225, sottolinea che la modernizzazione appare spingere verso “*un nuovo modello di giudice «forte» della concorrenza e più in generale del mercato*”.

⁵⁹ La stessa concentrazione della competenza *antitrust* in capo alle sezioni specializzate in materia di impresa di sole tre sedi giudiziarie (da ultimo, art. 18 D. Lgs. n. 3/2017) è dovuta alla necessità di assicurare la formazione in capo al giudice dell'esperienza necessaria per affrontare la complessità delle cause in materia di diritto della concorrenza (cfr. l'a.i.r. dello schema di decreto attuativo della Direttiva n. 2014/104/UE). La questione attiene all'applicazione del diritto al fatto e, quindi, alla formazione della sentenza nella mente del giudice, il cui compito è tradurre nel processo la volontà normativa astratta, attraverso una sentenza che rappresenta il risultato di un sillogismo (anche se secondo P. CALAMANDREI, *La genesi della sentenza civile*, cit., 5, si tratta di un'operazione più complessa, composta da “*deduzioni concatenate*”), di cui la norma di legge costituisce la premessa maggiore, mentre la fattispecie concreta ne rappresenta la premessa minore. A questo proposito P. CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, I, 235, spiega che la norma giuridica è una proposizione ipotetica, che “*parla in modo indiretto, generico e astratto in previsione di una eventualità non ancora verificata*”; quando nella realtà si verifica una fattispecie simile a quella supposta in astratto dalla norma, la volontà generica contenuta nella norma si concretizza e si specializza, trasformandosi in una regola di condotta che si indirizza in modo immediato e definitivo per un singolo determinato soggetto.

⁶⁰ Si ricorda (v. sopra, cap. II, par. 1) che l'applicazione dei divieti concorrenziali presuppone l'individuazione del mercato rilevante e che l'omessa motivazione sulla consistenza della distorsione della concorrenza rispetto a tale mercato è suscettibile di censura in sede di

indeterminatezza è aumentata dalle incertezze teoriche relative al concetto di concorrenza⁶¹.

La mancanza di precisione dei modelli econometrici e la difficoltà per il giudice, in fase di controllo sul ragionamento economico, di governarli, possono, infatti, aumentare l'incertezza e l'imprevedibilità delle sentenze⁶².

In tale contesto, la possibilità di dedurre dal provvedimento *antitrust* l'esistenza dei giudizi di fatto compiuti dall'AGCM dovrebbe rappresentare una garanzia di attendibilità e verità della ricostruzione fattuale, che risulta fondamentale in vista dell'effetto probatorio ad esso assegnato.

2. L'effetto conformativo dei provvedimenti che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 7 D.Lgs. n. 3/2017. In particolare, i provvedimenti di accettazione degli impegni

Una volta riconosciuta l'efficacia di "prova privilegiata" del provvedimento di accertamento di una fattispecie *antitrust*, per comprendere appieno la portata della riforma introdotta dall'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 c'è da chiedersi questa efficacia si atteggi nelle ipotesi in cui l'AGCM adotta un diverso tipo di provvedimento.

In particolare, il tema riguarda la rilevanza probatoria dei provvedimenti di accettazione degli impegni nonché dei provvedimenti

legittimità. Cfr., Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, *cit.*, che con riferimento alla dimensione effettuale di un'intesa sottolinea come la struttura competitiva del mercato resti il criterio di valutazione della meritevolezza degli interessi violati e come la legge *antitrust* "ricorrendo sempre a criteri di formulazione pragmatici, trae la sua valutazione di rilevanza dalla considerazione della 'grandezza' del fenomeno in questione". Le norme *antitrust* implicano il ricorso da parte del giudice ai saperi della scienza economica (tra le competenze di ordine sostanziale di cui deve disporre il giudice del *private enforcement antitrust*, G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, 1, 19, citano la familiarità con la giurisprudenza della Corte di Giustizia e la sensibilità per il funzionamento dei mercati).

⁶¹ V. sopra, cap. I, par. 1.

⁶² Sul tema, G. MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nelle controversie tra privati: il ruolo dei giudici nazionali*, *cit.*, 243.

adottati dall'AGCM in materia di tutela del consumatore: in tutti questi casi gli elementi probatori acquisiti in sede pubblicistica assumono un particolare significato, connesso alla natura specializzata del soggetto che ha svolto l'istruttoria.

Concentrandosi, innanzitutto, sui provvedimenti con impegni, si ricorda che sia nell'ordinamento europeo (art. 9 Reg. 2003/1/CE) sia in quello nazionale (art. 14-ter L. n. 287/1990), il meccanismo di accettazione degli impegni dispensa l'autorità competente (rispettivamente la Commissione o l'AGCM) dall'obbligo di qualificare e constatare l'infrazione, con la conseguenza che non si verifica alcuna sussunzione dei fatti entro le fattispecie *antitrust*⁶³.

Nella prassi, infatti, il provvedimento di accettazione degli impegni si limita per lo più a richiamare le ipotesi di addebito formulate in sede di avvio del procedimento e l'idoneità degli impegni è valutata con riferimento a tali ipotesi.

Rispetto al provvedimento definitivo di accertamento, la conseguenza dell'accettazione degli impegni è che la verifica dei fatti non sarà piena. Per un verso, infatti, l'attività istruttoria dell'AGCM si arresta al più tardi al momento della presentazione della proposta di impegni e,

⁶³ Come sottolinea la C. giust., 29 giugno 2010, C-441/07P, *Alrosa*, il mezzo di azione offerto dall'art. 9 Reg. 2003/1/CE è ispirato a considerazioni di economia processuale e si differenzia dall'azione con cui la Commissione ex art. 7 Reg. 2003/1/CE può, attraverso l'imposizione di rimedi comportamentali o strutturali, porre fine all'infrazione che è stata oggetto di constatazione. Difatti, la Commissione, qualora agisca ex art. 7 Reg. 2003/1/CE persegue lo scopo di porre fine all'infrazione, mentre, quando opera in applicazione dell'art. 9 Reg. 2003/1/CE, la finalità della sua azione consiste nel controllo che le soluzioni proposte dalle parti costituiscano un'adeguata risposta ai rischi concorrenziali individuati. Il corollario di quanto esposto è precisato ai §§ 47-48, in cui si osserva che il parametro utile alla valutazione della portata degli impegni non deve necessariamente consistere nella misura che potrebbe eventualmente essere applicata ex art. 7 Reg. 2003/1/CE; le imprese che propongono impegni, infatti, “accettano coscientemente che le loro concessioni possano eccedere quanto potrebbe imporre loro la Commissione stessa in una decisione che essa dovesse adottare conformemente all'art. 7 di tale regolamento a seguito di un'inchiesta approfondita”. Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4393, osserva che “l'esame svolto dall'Autorità in relazione alle proposte di impegni verte su un aspetto – per così dire – ‘teleologico’, incentrandosi sull'idoneità delle misure proposte a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto di indagine, mentre l'esame svolto ai fini delle determinazioni sanzionatorie conclusive verte su un aspetto – per così dire – ‘finale e sostanziale’ (ossia la sussistenza o meno dell'illecito antitrust in quanto tale)”.

per altro verso, l'impresa da quel momento rinuncia ad articolare le difese che avrebbe eventualmente ancora potuto svolgere con riguardo alla ricostruzione dei fatti storici e alla loro interpretazione⁶⁴.

Per quel che concerne, poi, la qualificazione giuridica, va osservato che questa non è definitiva, sebbene debba aver raggiunto quantomeno la soglia dei "fondati sospetti".

La mancanza di un formale accertamento impedisce di ritenere vincolante la decisione *antitrust*⁶⁵, sicché l'organo giurisdizionale conserva intatto il potere di accertare in autonomia la sussistenza della violazione concorrenziale⁶⁶.

Ciò nonostante, la giurisprudenza si è comunque interrogata su quale valore probatorio possa essere riconosciuto in capo al provvedimento di accettazione degli impegni ai fini della prova della sussistenza dell'infrazione.

Al riguardo si distinguono le ipotesi in cui gli impegni sono proposti e accettati prima della conclusione dell'istruttoria da quelle in cui il loro accoglimento è successivo alla contestazione delle risultanze istruttorie

⁶⁴ P. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel processo civile, con particolare riferimento alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, cit., 218.

⁶⁵ Invece, i provvedimenti adottati sulla base di un programma di clemenza (*leniency programme*) o all'esito di una procedura transattiva (*settlement*) sono dotati di efficacia vincolante nel processo civile di risarcimento, in quanto presuppongono un accertamento della violazione del divieto *antitrust*. In questo senso, con riferimento all'applicazione dell'art. 16 Reg. 2003/1/CE alla decisione di *settlement*, cfr. Trib. Milano, 4 ottobre 2018, n. 9759.

⁶⁶ I considerando 13 e 22 Reg. 2003/1/CE chiariscono che le decisioni della Commissione concernenti gli impegni non pregiudicano il potere delle giurisdizioni di accertare la sussistenza di un'infrazione *antitrust*. Sul punto C. giust., 23 novembre 2017, C-891/2017, *Gasorba*, precisa che l'art. 16 Reg. 2003/1/CE deve essere interpretato nel senso che una decisione concernente gli impegni adottata ai sensi dell'art. 9 Reg. 2003/1/CE con riferimento a un determinato accordo anticoncorrenziale, non impedisce ai giudici nazionali di esaminare la conformità del medesimo alle regole di concorrenza. In dottrina, P. IANNUCELLI, *Artt. 11-16 Reg. n. 1/2003*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2019, 3231, osserva che le imprese, ottemperando agli impegni assunti rimuovono la condotta illecita *antitrust* per il futuro, ma ciò non esclude una successiva valutazione, anche in sede giudiziaria, delle condotte pregresse e dei danni da esse eventualmente causati. B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 202, pone l'accento sul fatto che nel processo di risarcimento il valore probatorio attribuito agli impegni *antitrust* avvantaggia i terzi danneggiati, ma al contempo rischia di svilire la *ratio* dell'istituto, pregiudicandone l'appetibilità per le imprese.

(CRI) e, quindi, dopo che il Collegio dell'AGCM ha deliberato la non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti⁶⁷.

Infatti, a seconda della completezza dell'istruttoria svolta fino al momento di presentazione degli impegni cambia il valore che la giurisprudenza riconosce al provvedimento di accettazione degli impegni.

Nel primo caso (il più frequente)⁶⁸, la decisione di accoglimento degli impegni assurge al rango di mero elemento indiziario. Sotto questo profilo Corte di Giustizia, 23 novembre 2017, C-547/16, *Gasorba SL/Repsol Comercial de productos Petrolíferos SA*, ha sancito il principio in base al quale i giudici nazionali devono prendere in considerazione la valutazione preliminare relativa alla situazione concorrenziale compiuta dall'autorità ai fini dell'approvazione degli impegni “*quale indizio, o addirittura quale principio di prova*”⁶⁹.

Infatti, le misure correttive proposte dall'impresa non possono logicamente prescindere dalla ricognizione e dalla rimozione degli aspetti anticoncorrenziali, che sia pure sommariamente vengono verificati dall'Autorità⁷⁰, sicché la decisione che le recepisce, in coerenza con il

⁶⁷ Art. 14 d.P.R. n. 217/1998.

⁶⁸ Il caso più frequente, dato che in linea di principio gli impegni devono essere presentati entro il termine di tre mesi dalla notifica dell'avvio di un'istruttoria (art. 14ter L. n. 287/1990). Sul punto, G. FAELLA, V. C. ROMANO, *Il danno antitrust: prescrizione e valore probatorio delle decisioni di accettazione degli impegni*, in *Merc. conc. reg.*, 2020, 2, 424.

⁶⁹ C. giust., 23 novembre 2017, C-547/16, *Gasorba SL c. Repsol Comercial de productos Petrolíferos SA*, esclude che l'art. 16 Reg. 2003/1/CE osti a che un giudice nazionale dichiari la nullità ex art. 101 TFUE di un accordo tra imprese, qualora sia stato precedentemente oggetto di una decisione con impegni ex art. 9 Reg. 2003/1/CE, in quanto “*sia il principio di leale cooperazione, di cui all'art. 4, paragrafo 3, TUE, sia impongono al giudice nazionale di tener conto della valutazione preliminare della Commissione e di considerarla quale indizio, o addirittura quale principio di prova, della natura anticoncorrenziale dell'accordo di cui trattasi*”.

⁷⁰ D'altronde, richiamando C. giust., 29 giugno 2020, C-441/07, *Alrosa c. Commissione Europea* (e Trib. Ue, 11 luglio 2007, T-170/06, *Alrosa c. Commissione Europea*) in tema di proporzionalità degli impegni rispetto alle criticità concorrenziali contestate al momento dell'avvio dell'istruttoria, A. PERA, *Le decisioni con impegni e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2020, Padova, 552, osserva che “*non avrebbe senso parlare di proporzionalità degli impegni in assenza di una condotta presuntivamente illecita in relazione alla quale parametrare l'idoneità degli stessi a rimuovere i profili problematici riscontrati*”. L'A. inoltre, (p. 554) richiama anche la possibilità che il provvedimento di accettazione degli impegni riguardi misure di natura

carattere confessorio della proposizione degli impegni⁷¹, implica l'accertamento di un *fumus* di illiceità della condotta⁷².

Nel secondo caso, invece, la giurisprudenza tratta il provvedimento di accettazione alla stregua di una vera e propria “prova privilegiata”, da intendersi nella sua accezione originale e non, invece, nel significato fatto proprio da Cass. n. 13486/2011, che aveva limitato la controprova del convenuto alle sole circostanze sopravvenute e al materiale probatorio diverso da quello già esaminato in sede pubblicistica.

Gli elementi che emergono dalle risultanze contenute nella CRI possono confluire nel ragionamento logico del giudice, nell'ambito del quale il provvedimento di accettazione degli impegni può essere utilizzato ai sensi dell'art. 2729 c.c., come presunzione semplice superabile dall'impresa convenuta attraverso la prova dell'insussistenza della condotta *antitrust*.

Su questa linea si segnala Cass., sez. I, 27 febbraio 2020, n. 5381, la quale ha affermato che il provvedimento di accettazione di impegni “*in quanto presuppone comunque la prefigurazione di un'ipotesi di violazione della normativa di concorrenza, scaturita nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (la c.d. CRI), e comporta la valutazione da parte dell'Autorità Garante della capacità degli impegni stessi di risolvere il problema anticoncorrenziale delineato nell'avvio del procedimento,*

restitutoria o compensativa, volte a lenire gli asseriti pregiudizi causati dalle condotte oggetto di avvio dell'istruttoria (v. provvedimento AGCM, n. 24804 del 19 febbraio 2014, caso A443); a questo riguardo l'A. sottolinea che “*se a valle vi è un danno risarcibile, è chiaro che a monte debba esserci un fatto illecito che ne è la causa*”.

⁷¹ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4393: “*all'atto di accoglimento (degli impegni) resta pur sempre sotteso un comportamento del soggetto interessato dai connotati sostanzialmente confessori in ordine alla sussistenza dell'illecito commesso (si da rendere necessarie misure volte ad elidere gli effetti dell'illecito commesso e riconosciuto nella sua consistenza, con decisioni conoscibili dagli operatori di mercato)*”.

⁷² Sul punto, Trib. Milano, 28 luglio 2015, n. 9109: “*la valutazione di idoneità degli impegni, nel rispetto del principio di proporzionalità, non possa che presupporre una condotta anticoncorrenziale (quantomeno ritenuta probabile alla luce dell'istruttoria condotta e delle contestazioni articolate, non trattandosi di un semplice sospetto) in considerazione della strumentalità dei primi per elidere conseguenze distorsive della seconda (e non per fornire regole orientative del mercato a prescindere dall'esigenza di eliminare condotte anticoncorrenziali)*”.

acquista una valenza più significativa rispetto ad una decisione di non luogo a procedere o di archiviazione della denuncia per illecito antitrust, comportando che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche nel giudizio civile di risarcimento danni”.

Da quanto affermato si evince come ai fini dell'iter di formazione del convincimento del giudice la CRI sia idonea a fornire un “substrato probatorio” che può essere valutato come elemento di prova dell'illecito compiuto dall'impresa convenuta⁷³.

Va sottolineato, però, che l'approccio della giurisprudenza considera rilevanti sul piano probatorio non tanto *“le decisioni di accettazione degli impegni in quanto tali, ma le prove su cui si basano le contestazioni dell'AGCM”*⁷⁴.

L'orientamento accolto dalla Cassazione è condivisibile in quanto nel provvedimento di accettazione degli impegni manca un accertamento da parte dell'Autorità, sicché non è possibile attribuirgli il valore di “prova privilegiata” nell'accezione delineata da Cass. n. 13486/2011.

⁷³ Si pronuncia chiaramente in questo senso il Trib. Milano, 28 luglio 2015, n. 9109, il quale sottolinea che *“pur non volendo ritenere che le contestazioni contenute nella CRI facciano stato o costituiscano una prova privilegiata o comunque autorevole della sussistenza dell'addebito, le stesse hanno trovato conferma nella CTU”*. Nel caso di specie gli impegni erano stati approvati dall'AGCM a seguito della CRI, perché la possibilità di offrire misure correttive era stata introdotta solo nel settembre 2006, dopo l'invio della CRI alle parti. In tale occasione il Tribunale si sofferma sul valore delle contestazioni contenute nella (CRI) e valorizza il fatto che le condotte originariamente ascritte a tutti gli operatori fossero state, all'esito dell'istruttoria, effettivamente accertate rispetto alle imprese che non avevano assunto gli impegni. Il Trib. Milano, si è occupato, infatti, di una vicenda in cui tre operatori di rete mobile (Vodafone, Wind e Tim) avevano realizzato comportamento omogenei e contemporanei. Il procedimento A/357 avviato nei loro confronti per abuso di posizione dominante si è concluso con una a carico di Tim e Wind, mentre nei confronti di Vodafone), convenuto nel giudizio dinanzi al Tribunale di Milano, il procedimento è terminato con una decisione di accettazione di impegni. Il provvedimento dell'AGCM, n. 11731 del 3 agosto 2007 è divenuto definitivo a seguito di Cons. St. n. 2438/2011.

⁷⁴ G. FAELLA, V.C. ROMANO, *Il danno antitrust: prescrizione e valore probatorio delle decisioni di accettazione degli impegni*, cit., 423-424.

3. **(Segue) L'efficacia del provvedimento dell'AGCM nel processo civile con riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette, della pubblicità ingannevole e comparativa, delle clausole vessatorie**

Una possibile correlazione sul piano probatorio tra l'attività di *public enforcement* e il processo civile e, specificamente, l'interferenza della prima sulla formazione della decisione del giudice, si profila anche qualora l'AGCM constati la violazione della disciplina prevista in materia di pratiche commerciali scorrette, pubblicità ingannevole e comparativa e clausole vessatorie.

In questi casi la questione dell'efficacia giuridica del provvedimento dell'AGCM si pone in maniera ancora più stringente per il fatto che il *public enforcement* viene ad incidere su un rapporto negoziale che intercorre tra consumatore (o micro-impresa) e professionista, oppure tra professioni, se viene in rilievo la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa prevista dal D. Lgs. n. 145/2007.

Si tratta di stabilire se e in quali termini il *public enforcement* possa produrre un effetto vantaggioso per la tutela del singolo che agisce dinanzi al giudice civile.

La questione assume profili peculiari in quanto nei procedimenti in esame la distinzione tra interesse pubblico e interesse privato, che sta alla base della dicotomia *public/private enforcement*, appare sempre meno netta, “*perché quello che prima era considerato prevalentemente un interesse pubblico oggi è diventato anche un interesse privato e, viceversa*”⁷⁵.

Del resto, la materia della tutela del consumatore è stata la prima nell'ambito della quale il legislatore ha previsto una norma di raccordo tra procedimento amministrativo e processo civile, considerata dalla dottrina come “*un primo segnale nel sistema nazionale verso la possibilità che*

⁷⁵ A. BENNACCHIO, *Le regole antitrust tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 198.

l'attività di un'autorità amministrativa indipendente possa condizionare il progredire di un'azione civile davanti al giudice ordinario"⁷⁶.

Il riferimento è all'art. 140bis, c. 6, del Cod. cons. (poi trasfuso nell'art. 840ter c.p.c. dalla L. n. 31/2019), il quale prevede che il giudice civile possa sospendere il giudizio sull'ammissibilità della *class action*, in attesa che l'istruttoria avviata dall'AGCM si concluda con un provvedimento o venga definito il giudizio amministrativo instaurato contro quest'ultimo.

La valorizzazione di tale previsione ha suggerito l'idea che i provvedimenti dell'AGCM contengano *“una qualificazione dei fatti di cui il giudice deve tenere conto – salvo disapplicazione adeguatamente motivata, a tutela di diritti soggettivi lesi – per un'esigenza sistematica di coerenza delle manifestazioni del potere statale”*⁷⁷.

L'indirizzo maggioritario, però, ritiene che il provvedimento dell'AGCM abbia effetto vincolante soltanto nei casi di intese anticoncorrenziali e abuso di posizione dominante, come da ultimo previsto dall'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017, che costituisce una normativa speciale e in quanto tale non applicabile in via analogica⁷⁸.

Ad ogni modo, anche ai fini dell'azione di classe la giurisprudenza resta cauta rispetto alla tesi della vincolatività del provvedimento dell'AGCM.

⁷⁶ M. TAVASSI, *Il risarcimento del danno a seguito della Direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, cit., 149

⁷⁷ P. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel processo civile, con particolare riferimento alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, cit., 194 e ss., raccomanda l'esplicito recepimento da parte del legislatore dell'efficacia vincolante del provvedimento dell'AGCM nel processo civile.

⁷⁸ Sotto questo profilo, secondo P. COMOGLIO, *Art. 33 l. 287/90*, cit., 3688, il D. Lgs. n. 3/2017 *“lascia l'evidente sensazione dell'occasione persa”*. Sul punto si rileva, però, che secondo una diversa lettura (cfr. G. MUSCOLO, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, in G.A. BENNACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Private enforcement in Italia e nell'Unione europea. Atti del VII Convegno biennale Antitrust. Trento, 11-13 aprile 2019*, Napoli, 2019, 42) l'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 non ha natura eccezionale, in quanto il sottosistema di norme a tutela della concorrenza prevede altri casi di vincolo di decisioni di *public enforcement* in sede di *private litigation* (art. 16 Reg. 2003/1/CE).

A questo riguardo, Trib. Milano, sez. IV, ord. 10 dicembre 2013, ritiene facoltativa la sospensione del processo civile, in quanto “*il giudizio di ammissibilità dell’azione di classe (...) può essere effettuato sulla base della prospettazione delle parti, anche a prescindere dall’accertamento definitivo in via amministrativa della violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette attribuita alle società convenute*”.

Questa conclusione si fonda sulla non piena sovrapposibilità delle fattispecie consumeristiche con le figure e i rimedi codicistici, tenuto conto che la sussistenza di una pratica commerciale scorretta non si riverbera automaticamente sulla validità del singolo contratto né determina di per sé un danno risarcibile.

Sulla base del principio sopra richiamato, il Tribunale dichiara inammissibile l’azione di classe, in quanto i promotori dell’azione collettiva si erano limitati ad invocare a fondamento delle proprie pretese il solo accertamento compiuto dall’AGCM, senza allegare specificatamente i fatti lesivi dei diritti individuali omogenei.

Tale onere di allegazione viene ribadito dalla giurisprudenza più recente (tra cui Trib. Bologna, sez. III, 16 luglio 2020)⁷⁹, la quale ha ulteriormente puntualizzato che grava sui promotori della *class action* focalizzare gli elementi di fatto dai quali evincere lo specifico inadempimento commesso a loro danno, senza potersi appiattare sulle sole risultanze del procedimento svolto dall’AGCM.

La non sovrapposibilità della funzione attribuita all’AGCM a quella svolta dal giudice civile è, inoltre, sottolineata dalla dottrina che mette in

⁷⁹ Trib. Bologna, sez. III, 16 luglio 2020, dinanzi al quale l’attore aveva riproposto le medesime censure che l’AGCM aveva ritenuto fondate in ordine alla condotta ingannevole, fuorviante e pregiudizievole di alcune banche in relazione alla vendita di diamanti da investimento. Il Tribunale riscontrato che avverso il provvedimento dell’AGCM era pendente un giudizio innanzi al Consiglio di Stato, ha respinto la domanda dell’attore ritenendo dagli atti non risultasse la prova di un’attività di promozione dell’investimento da parte della convenuta. In particolare, le prospettazioni dell’attore richiamavano “*in gran parte le risultante emerse in via generale a carico degli istituti di credito coinvolti dal provvedimento dell’AGCM – senza peraltro indicarne o citarne espressamente le parti di rilievo – senza che sia dato comprendere pienamente se questo corrisponda all’inadempimento in concreto attribuito alla Banca resistente*”.

rilievo come la tutela amministrativa non si riduca ad uno strumento di soluzione dei conflitti interindividuali, essendo preposta alla protezione dell'interesse generale alla correttezza delle dinamiche di mercato⁸⁰, così da limitare il “*problema della larvata e strisciante espropriazione [dalla giurisdizione ordinaria, n.d.r.] della cognizione sulle domande finalizzate al ristoro di posizioni individuali aventi tipica consistenza di diritto soggettivo*”⁸¹.

Occorre infatti prevenire un uso distorto e strumentale delle risorse a disposizione dell'Autorità, evitando che i poteri di indagine attribuiti all'AGCM vengano attivati a fronte di segnalazioni pretestuose, mosse unicamente dall'intento di sfruttare le prerogative inquisitorie dell'Autorità per ottenere elementi di prova da spendere poi nel successivo processo civile.

Oltre che in tema di azione di classe, la materia delle pratiche commerciali scorrette pone un problema di rapporti tra *public* e *private enforcement* sotto un altro punto di vista: ci si è chiesti, infatti, se il contratto concluso dal singolo consumatore sia affetto da invalidità per il solo fatto di essere stato stipulato a valle di una pratica giudicata illecita dall'Autorità.

⁸⁰ Sulla non coincidenza nel diritto europeo dei consumatori e, di riflesso, in quello italiano che lo recepisce, tra l'obiettivo pubblico di realizzazione o rafforzamento del mercato interno e la tutela del singolo consumatore, cfr. F. CARONNA, *La tutela del consumatore nell'ordinamento nazionale*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 1261.

⁸¹ Così, sui rischi connessi ad un'interpretazione estensiva dei poteri dell'Autorità, G. GUIZZI, *Il divieto delle pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2018, 339 ss.; l'A. denuncia la tendenza dell'AGCM ad intervenire a fronte di casi che, se considerati sul piano concorrenziale, appaiono essere vicende insignificanti, la cui carica lesiva è circoscritta a cerchie chiuse di interessi, attinenti esclusivamente a coloro che abbiano sopportato gli effetti della pratica commerciale scorretta. Tra gli altri, l'A. richiama il provvedimento PS 178 relativo al caso del rivenditore di auto di Gorizia che non aveva fornito in forma sufficientemente specifica, ad un singolo acquirente positivamente individuato di un veicolo usato, informazioni sull'inesistenza del diritto alla riparazione gratuita in difformità delle norme del codice del consumo.

A questo riguardo si tenga conto che tra i fatti accertati in sede amministrativa possono esservi anche episodi concreti ed individuali di inganno o di coercizione, assunti dall'AGCM come indizio di ingannevolezza (artt. 21 e ss. Cod. cons.) o di aggressività (artt. 23 e ss. Cod. cons.), oppure genericamente dell'attitudine della pratica ad influenzare il consumatore (art. 20 Cod. cons.).

Al contempo, occorre considerare che di solito l'accertamento dell'AGCM ha per oggetto: *i)* pratiche che si rivolgono ad un pubblico indistinto di consumatori, rispetto alla quale viene valutata soltanto l'attitudine astratta ad influenzare il consumatore medio; *ii)* pratiche che si realizzano attraverso la ripetizione sistematica di condotte identiche o simili, rivolte ciascuna ad un diverso consumatore. In altri termini, pare ragionevole presumere che la pratica valutata dall'AGCM come idonea ad influenzare indebitamente un ipotetico consumatore medio, abbia poi effettivamente condizionato i singoli consumatori suoi destinatari, che hanno assunto decisioni del tipo di quella potenzialmente influenzata⁸².

Il punto di equilibrio tra l'esigenza di consentire al consumatore di sfruttare a fini probatori l'accertamento compiuto dall'AGCM e quella di evitare un eccessivo alleggerimento degli oneri probatori sullo stesso gravanti, è individuato nell'attribuzione di un valore indiziario in capo alla decisione dell'AGCM, ritenuta capace di dimostrare, in via presuntiva, l'astratta idoneità della pratica commerciale ad alterare l'autodeterminazione del *deceptus*.

L'accertamento compiuto in sede amministrativa sulle modalità di conclusione del contratto potrebbe infatti facilitare la prova del dolo o della violenza sensi dell'art. 1439 c.c.⁸³, fermo restando che il

⁸² P. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel processo civile, con particolare riferimento alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, cit., 215.

⁸³ Si è sostenuto che l'accertamento in via amministrativa dell'ingannevolezza o dell'aggressività della pratica commerciale introduca nel giudizio civile una presunzione *iuris tantum* di

professionista potrebbe fornire la prova che nel caso di specie la pratica commerciale non ha avuto alcuna incidenza causale sulle scelte negoziali compiute dal singolo consumatore.

Ad ogni modo secondo una parte della dottrina quanto detto non varrebbe per le pratiche commerciali della c.d. *black list* prevista dall'art. 36, c. 2, Cod. cons., perché in tali ipotesi il comportamento del professionista dovrebbe considerarsi sempre determinante del consenso, senza necessità di verificare in concreto quali effetti abbia espletato la pratica commerciale sul consumatore che agisce in giudizio⁸⁴.

Sulla questione si è recentemente espresso l'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF), che nel valutare la validità di un contratto di finanziamento sottoscritto da un cliente con una banca responsabile di una pratica commerciale scorretta, ha affermato che il provvedimento dell'AGCM "*può costituire senz'altro: i) un principio di prova del fatto che anche la ricorrente è stata vittima di un comportamento ingannevole posto in essere dall'intermediario al fine di indurla ad un'operazione di acquisto di azioni che altrimenti non avrebbe compiuto e dunque anche ii) un principio di prova di un comportamento che, specie nella prospettiva seriale che caratterizza la contrattazione di impresa, ben può essere qualificata come un artificio idoneo a integrare la fattispecie di annullabilità del contratto disciplinata dall'articolo 1439, comma uno, cc.*"⁸⁵.

In motivazione, l'ACF sembra giustificare la sua decisione valorizzando l'autorevolezza dell'AGCM, sotto il profilo della sua indipendenza (intesa come neutralità) e del suo ruolo istituzionale di autorità deputata a sindacare la diligenza e la correttezza dei

annullabilità del contratto; cfr. GALGANO, *Sull'invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contratto e impresa*, 2011, n. 4/5, 954.

⁸⁴ S. LOPOPOLO, *Le tutele individuali del consumatore*, in F. VESSIA (a cura di), *L'accesso alla giustizia*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 1709.

⁸⁵ ACF, 5 giugno 2017, n. 5, in <https://acf.consob.it>.

comportamenti attuati dalle imprese nell'ambito delle relazioni economiche.

La questione ora prospettata si presenta anche con riferimento alla disciplina della pubblicità ingannevole.

Anche qui, la giurisprudenza che si è occupata della sorte del contratto stipulato a valle di una pratica pubblicitaria illecita sembra condividere l'indirizzo secondo cui il provvedimento dell'AGCM non è irrilevante in sede processuale.

Infatti, anche se dal punto di vista definitorio l'inquadramento dogmatico del provvedimento non risulta univoco, la giurisprudenza è costante nell'attribuire una valenza probatoria privilegiata al provvedimento sanzionatorio dell'Autorità⁸⁶.

Il tema in esame consente peraltro alcune brevi considerazioni in ordine alla qualità dell'accertamento che l'AGCM compie in applicazione delle normative contro le pratiche commerciali scorrette (in senso ampio, cioè comprensive della pubblicità ingannevole o comparativa illecita) o le clausole vessatorie.

Tali normative, infatti, a differenza di quelle *antitrust* (cioè relative ai divieti di intese anticoncorrenziali e di abuso di posizione dominante), conferiscono all'AGCM un potere di accertamento che non attiene all'analisi economica del mercato, bensì costituisce applicazione concreta di un parametro che rinvia a concetti di valore, evocativi di *standard valutativi*⁸⁷.

⁸⁶ Trib. Salerno, 20 gennaio 2020, n. 259: “*il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità antitrust ha innegabilmente una valenza probatoria privilegiata, se non una presunzione, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato [...] spendibile anche nel singolo rapporto con il privato*”. Sul tema cfr. altresì Trib. Terni, 6 luglio 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1836, con nota di PERUGINI. Più risalente, invece, Pret. Bologna, 8 aprile 1997, in *Foro it.*, I, 1997, 3064, con nota di D'AQUINO e in *Giust. civ.*, 1998, 3, 879, con nota di POLIMENO; secondo il Tribunale, la decisione dell'AGCM deve essere considerata “*elemento indiziario idoneo a far presumere l'induzione in errore del consumatore fini dell'annullamento del contratto stipulato a seguito di tale campagna pubblicitaria*”.

⁸⁷ M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., 73.

Allo stesso modo, a fronte della suddetta normativa il giudizio civile si differenzia nettamente dal *private enforcement antitrust*, in quanto non richiede conoscenze tecnico-specialistiche, mentre all'opposto il processo *antitrust* presenta una base fattuale la cui natura tecnico-economica, nonché l'opinabilità delle valutazioni richieste per il suo accertamento, rendono necessario semplificare l'applicazione del diritto al fatto mediante l'impiego del provvedimento *antitrust*⁸⁸.

Ciò non esclude, secondo la giurisprudenza, la possibilità di assegnare un qualche rilievo probatorio al provvedimento dell'AGCM anche quando interviene su fattispecie di carattere consumeristico. In questo senso la recente Cass., sez. I, 31 agosto 2021, n. 23655, ha espressamente applicato i principi affermati in materia *antitrust* alle clausole vessatorie, ritenendo che anche quando si pronuncia sulla chiarezza e comprensibilità di un testo contrattuale, il giudizio dell'AGCM è in grado di esplicitare una forza probatoria "privilegiata" in sede di *private enforcement*.

Da un punto di vista sistematico, la sentenza da ultimo citata merita di essere ricordata per le seguenti ragioni⁸⁹.

In primo luogo, ad avviso della Suprema Corte, la presunzione di correttezza che accompagna la valutazione compiuta dall'AGCM va

⁸⁸ La deduzione dal provvedimento *antitrust* dell'esistenza dei fatti constatati dall'AGCM razionalizza il giudizio che il giudice deve compiere sui fatti controversi, realizzando un'economia processuale, nella misura in cui evita la reiterazione degli elementi già valutati in sede pubblicistica. La questione attiene all'applicazione del diritto al fatto e, quindi, alla formazione della sentenza nella mente del giudice, il cui compito è tradurre nel processo la volontà normativa astratta, attraverso una sentenza che rappresenta il risultato di un sillogismo (ma CALAMANDREI, *La genesi della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, I, 5, avverte che, invero, si tratta di un'operazione più complessa composta da "deduzioni concatenate"), di cui la norma di legge costituisce la premessa maggiore e la fattispecie concreta la premessa minore. A questo proposito CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, cit., 235, spiega che la norma giuridica "parla in modo indiretto, generico e astratto in previsione di una eventualità non ancora verificata"; quando nella realtà si verifica una fattispecie simile a quella supposta in astratto dalla norma, la volontà generica contenuta nella norma si concretizza e si specializza, trasformandosi in una regola di condotta che si indirizza in modo immediato e definitivo per un singolo determinato soggetto.

⁸⁹ Cass., sez. I, 31 agosto 2021, n. 23655, in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*, con nota di G. DE LUCA, *L'efficacia probatoria del provvedimento di public enforcement sulla vessatorietà delle clausole inserite nei contratti del consumatore*.

collocata entro la categoria delle presunzioni legali, in quanto, anche se non espressamente stabilita dalla legge, tale presunzione è desumibile dal sistema e, in particolare, dalla funzione che l'ordinamento assegna agli strumenti di *public enforcement*.

Il fatto che la Suprema Corte ricorra al concetto di presunzione legale non è irrilevante, dal momento che, a differenza del semplice ragionamento presuntivo, che appartiene alla *quaestio facti* e, pertanto, presuppone un effettivo convincimento del giudice, la presunzione legale opera direttamente sul piano del diritto, fissando un rapporto di consequenzialità necessaria tra un "fatto noto", frutto di un'attività accertativa, e un "fatto ignoto"⁹⁰.

Ciò significa che se l'AGCM si è già pronunciata in ordine alla mancanza di chiarezza di una certa clausola contrattuale, il consumatore che voglia farla dichiarare invalida dal giudice civile o avanzare una pretesa risarcitoria di fronte a quest'ultimo, non sarà tenuto a provarne il carattere vessatorio, potendo a tal fine avvalersi dell'accertamento compiuto in sede amministrativa.

Spetterà invece al professionista convenuto dimostrare il contrario, provando la comprensibilità della clausola o la propria buona fede e quindi di aver trattato con la controparte in modo leale ed equo.

Viene in questo modo alterato l'ordinario riparto dei carichi probatori proprio del processo civile, in quanto il consumatore-attore viene sollevato dall'onere di provare un elemento costitutivo della propria pretesa, che viene ritenuto esistente alla luce dell'accertamento compiuto dall'AGCM.

In secondo luogo, un altro aspetto della sentenza in esame che va preso in considerazione riguarda la parte in cui la Corte di Cassazione applica in materia di clausole vessatorie i principi sanciti con riferimento

⁹⁰ V. quanto sopra esposto nel par. 1 del presente capitolo.

agli illeciti *antitrust*, senza preoccuparsi di approfondire l'importante differenza che intercorre tra le suddette fattispecie.

Infatti, mentre i divieti previsti dalla disciplina *antitrust* attengono comunque a “fatti storici”⁹¹, le fattispecie consumeristiche richiedono la formulazione da parte dell'interprete di un giudizio di conformità degli atti o dell'attività del professionista ai principi generali di correttezza e buona fede⁹².

Ne segue che l'accertamento compiuto dall'AGCM sulla vessatorietà delle clausole contrattuali è qualitativamente diverso da quello *antitrust*, costituendo, come già evidenziato, applicazione concreta di un parametro valoriale.

Detto ciò, la sentenza in commento utilizza l'istituto della presunzione, senza tenere conto che tale meccanismo presuppone una relazione tra fatti, in cui il fatto noto, una volta accertato, consente di desumere in via inferenziale il fatto ignoto.

Tale semplificazione probatoria ha senso nel diritto *antitrust* perché viene in rilievo una *quaestio facti* da risolvere, mentre appare poco coerente in relazione alla materia consumeristica perché l'accertamento della vessatorietà di una clausola si traduce in un problema qualificatorio e non in un'indagine fattuale.

La Suprema Corte è consapevole di tale differenza, ma l'unica conseguenza che ne trae sembra essere quella di non seguire pedissequamente l'orientamento che limita il diritto alla controprova ai

⁹¹ Cfr. Cons. St., 15 luglio 2019, n. 4990, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 740, alla cui interpretazione aderisce GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, disponibile da www.giustizia-amministrativa.it, 2 novembre 2021, 10.

⁹² Cass., sez. I, 31 agosto 2021, n. 23655, *cit.* La sentenza compara la fattispecie *ex art. 37bis* Cod. cons. agli illeciti *antitrust*, sottolineando che la valutazione sull'abusività di una clausola non consiste nell'accertamento di un fatto storico, ma rappresenta “un giudizio” sul tenore del documento contrattuale, che viene “*valutato nella sua potenzialità di adeguata capacità esplicativa per un comune contraente, versante in posizione di debolezza e di asimmetria informativa*”. Il requisito di buona fede viene inteso in senso oggettivo come regola di condotta che impone al professionista di trattare “in modo leale ed equo con la controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi”, come si evince da considerando 16 Direttiva 1993/13/CEE.

profili non sindacati dall'AGCM⁹³, bensì quello che autorizza il giudice a discostarsi dalla qualificazione del fatto operata dall'AGCM, purché ottemperi al dovere di motivazione rafforzata, particolarmente pregnante ove il dissenso si fondi proprio sul contenuto del testo contrattuale e non su elementi di fatto ulteriori attinenti allo specifico rapporto fra professionista e consumatore.

4. La natura della vincolatività ascritta al provvedimento *antitrust* nelle *follow-on actions*. In particolare, la sua assimilazione alla *res judicata*, alla prova legale e alla presunzione legale *iuris et de jure*

L'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 ha introdotto nell'ordinamento italiano un vincolo esterno che condiziona l'accertamento della violazione *antitrust* da parte del giudice civile nelle *follow-on actions*.

Come già evidenziato, un analogo effetto vincolante era stato in precedenza previsto dall'art. 16 Reg. n. 2003/1/CE, in forza del quale le giurisdizioni nazionali “*non possono prendere decisioni in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione*”, anche laddove quest'ultima constati l'inesistenza dell'infrazione⁹⁴.

L'esistenza di tale precedente normativo, tuttavia, non ha intaccato la portata dell'innovazione ordinamentale prodotta dal citato art. 7: mentre il vincolo previsto dall'art. 16 Reg. 2003/1/CE può ricondursi alla particolare forza giuridica della decisione comunitaria, quale atto

⁹³ Cfr. Cass., sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211, *cit.*; 9 maggio 2012, n. 7039, *cit.*; 28 maggio 2014, n. 11904, *cit.*

⁹⁴ Ad es., laddove la Commissione constati ai sensi dell'art. 10 Reg. 2003/1/CE l'inapplicabilità al caso concreto degli artt. 101 e/o 102 TFUE. E. BOTTI, A. ZANAZZO, *Le decisioni della Commissione, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento e la relativa politica sanzionatoria*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 223, sottolineano che negli intenti del legislatore UE l'art. 10 Reg. 2003/1/CE avrebbe dovuto contribuire a garantire la certezza del diritto nel contesto del sistema di eccezione legale introdotto dal medesimo regolamento; tuttavia, ad oggi non risulta che la Commissione abbia mai fatto uso di tale tipologia decisionale. In ordine alle decisioni della Commissione che vincolano i giudici nazionali, cfr. F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust*, Pisa, 2017, 133.

obbligatorio in tutti i suoi elementi e per tutti i suoi destinatari (*ivi* compreso l'autore dell'illecito), il vincolo recentemente introdotto nel nostro sistema costituisce una novità dirompente, in quanto è la prima volta che il legislatore attribuisce carattere vincolante ad “*un puro e semplice atto amministrativo nazionale*”⁹⁵.

Rispetto alla disposizione del Reg. 2003/1/CE, inoltre, l'ambito di applicazione dell'art. 7 risulta più circoscritto, risentendo della letteratura e della giurisprudenza in materia di giusto processo⁹⁶.

Quanto a questo profilo, infatti, alcune differenze tra la norma dell'art. 16 Reg. 2003/1/CE e quella dell'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 riflettono approcci diversi in ordine al rischio che l'effetto vincolante comporti in sede civile un *vulnus* di tutela per l'impresa contro cui è fatto valere il vincolo.

Il riferimento è innanzitutto al fatto che mentre la decisione della Commissione vincola i giudici nazionali a prescindere dalla sua inoppugnabilità, le decisioni dell'AGCM (e più in generale delle ANC) sono vincolanti unicamente se divenute definitive. Posto che la quasi-totalità dei provvedimenti sanzionatori dell'AGCM sono impugnati dinanzi al giudice amministrativo, ciò significa che la vincolatività implica il superamento del vaglio giurisdizionale⁹⁷.

Del resto, il citato art. 7 (riproducendo quanto previsto dall'art. 9 della Direttiva Danni) prevede che la violazione *antitrust* sia definitivamente accertata nei confronti dell'autore dell'illecito se è stata

⁹⁵ Sull'impossibilità di estendere le prerogative proprie e il regime delle decisioni della Commissione all'atto amministrativo nazionale, cfr. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 1004.

⁹⁶ G. MUSCOLO, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, cit., 41.

⁹⁷ Segnalano la rarità dei casi di mancata impugnazione del provvedimento dell'AGCM F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, cit., 163; P. CASSINIS, *L'efficacia vincolante delle decisioni antitrust nei giudizi di risarcimento dei danni*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, 9.

constatata da una decisione definitiva dell'AGCM o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato.

In entrambi i casi il vincolo è *secundum eventum litis*, in quanto opera nella sola ipotesi di accertamento della violazione, sicché chi ritiene di aver subito un danno *antitrust* può sempre agire in giudizio, anche in presenza di un provvedimento o di una sentenza che neghi la sussistenza della violazione, ma in tale caso dovrà provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito.

Qualora il provvedimento *antitrust* sia oggetto di impugnazione davanti al giudice amministrativo l'operatività del vincolo è condizionata dall'esito del giudizio, nel senso che l'effetto vincolante si configura solo nel caso in cui il giudice respinga il ricorso.

Resta da capire quale sia, in questo caso, la fonte del vincolo.

Una parte della dottrina afferma che quando il provvedimento viene sottoposto a controllo giudiziale sarà il giudicato amministrativo ad incorporarne l'effetto vincolante, con la conseguenza che anche in questo caso il giudice civile si vede sottratta una porzione di cognizione, ma “*questo non avrebbe luogo per effetto di un provvedimento amministrativo, bensì a causa di un giudicato*”⁹⁸.

Un altro indirizzo, invece, sostiene che anche laddove sia intervenuto un giudicato amministrativo l'effetto vincolante di cui all'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 è comunque riconducibile al capo di accertamento autonomo contenuto nel provvedimento (e non ad un concorrente ed assorbente accertamento giudiziale)⁹⁹.

La prima tesi mostra di valorizzare il contenuto di accertamento insito nella sentenza, mentre la seconda tesi condivide il principio secondo cui nel sistema di giustizia amministrativa la sentenza di rigetto del ricorso

⁹⁸ F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, cit., 163.

⁹⁹ In questo senso, M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, 2, 489, con specifico riferimento a nt. 39.

non produce effetti costitutivi o innovativi rispetto al precedente assetto di rapporti sostanziali, avendo il solo effetto di dichiarare infondate le censure proposte dal ricorrente¹⁰⁰.

L'adesione ad una teoria piuttosto che ad un'altra ha conseguenze sull'estensione soggettiva del vincolo *antitrust*: infatti, accogliendo l'idea che la regola del caso concreto resti quella dettata dal provvedimento la cui impugnazione sia stata rigettata, non si pone il problema dei limiti soggettivi del giudicato *ex art. 2909 c.c.*, che non appaiono compatibili con un'estensione del vincolo alle azioni civili intentate dai soggetti che non hanno partecipato al procedimento *antitrust*¹⁰¹.

La seconda peculiarità dell'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 riguarda il perimetro oggettivo del vincolo e incide sul diritto di difesa dell'impresa sanzionata, consentendo di individuare (in negativo) quali sono le difese che la parte contro cui viene fatto valere il provvedimento *antitrust* può articolare in sede civile.

Ai sensi dell'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 il vincolo *antitrust* copre i seguenti profili: “*la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale*”¹⁰².

Nell'ottica del legislatore, infatti, l'introduzione del vincolo serve come risposta all'esigenza di riequilibrare, almeno sotto il profilo probatorio, le posizioni sperequate dell'impresa e del privato che subisce

¹⁰⁰ Cfr. Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2003, n. 7725. V., altresì, TAR Liguria, sez. I, 29 aprile 2014, n. 684: “*se all'esito del giudizio sono mantenuti fermi gli effetti di un provvedimento che comporta un obbligo di fare (come nella specie, un'ordinanza di demolizione), la fonte di tale obbligo continua ad essere provvedimento amministrativo (e non la sentenza del giudice che sia limitata a respingere il ricorso contro di esso)*”.

¹⁰¹ Cfr. B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. 1 della Direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2016, 106; ID., *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, co. 1 della Direttiva antitrust 104/2014*, in *Aida*, 2015, 194. Al riguardo v. *infra*, p. 168 del presente capitolo.

¹⁰² La norma riprende testualmente quanto precisato nel considerando 34 Direttiva 2014/104/UE: “*L'effetto della constatazione dovrebbe, tuttavia, riguardare soltanto la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, come determinata dall'autorità garante della concorrenza o dal giudice del ricorso nell'esercizio della sua giurisdizione*”.

la violazione *antitrust*¹⁰³; esigenza che non si pone con riguardo alla sussistenza del danno-evento né del danno-conseguenza, trattandosi di profili che esulano dalle valutazioni effettuate dall'AGCM in relazione agli effetti anticoncorrenziali della condotta, nonché di elementi che si verificano nella sfera giuridica dell'attore.

Resta ferma, inoltre, la possibilità per gli attori di provare che la condotta anticoncorrenziale abbia avuto una portata e/o una durata più ampia di quella accertata in sede di *public enforcement* o sia imputabile ad un numero di soggetti maggiore rispetto a quanto deciso dall'AGCM¹⁰⁴.

La volontà di alleggerire i carichi probatori gravanti sul danneggiato era già stata valorizzata dalla giurisprudenza nel regime antecedente, ove, come si ricorderà, quest'ultima aveva attribuito, sia pure in via interpretativa, al provvedimento dell'AGCM una pregnante efficacia probatoria nel giudizio civile di risarcimento, accompagnata ad una limitazione del diritto alla contro-prova spettante all'impresa convenuta¹⁰⁵.

Tale limitazione è stata riprodotta nel decreto legislativo di attuazione della Direttiva 2014/104/UE, che impone agli Stati membri di considerare “*inconfutabilmente accertata*” la violazione *antitrust*, che non potrà così essere “*rimessa in discussione in successive azioni per il risarcimento del danno*”¹⁰⁶.

Tuttavia, il vincolo introdotto dal D. Lgs. n. 3/2017 non rappresenta in assoluto una “pericolosa fuga in avanti”, perché sotto alcuni profili

¹⁰³ Nel considerando 14 Direttiva 2014/104/UE si legge che “*gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili dall'attore*”.

¹⁰⁴ G. MUSCOLO, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, cit., 43.

¹⁰⁵ Il particolare regime di raccordo con cui la giurisprudenza ha regolato il rapporto tra *private* e *public enforcement* della concorrenza (v. sopra, par. 1 del presente capitolo) affievolisce la significatività dell'impatto normativo dell'art. 9 Direttiva 2014/104/UE. Sul punto, P. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della Direttiva 2014/104/UE*, cit., 255.

¹⁰⁶ Cfr. considerando 34 Direttiva 2014/104/UE.

costituisce piuttosto un “arretramento” rispetto a quanto già statuito dalla Corte di Cassazione¹⁰⁷, laddove abbandona l’idea che l’accertamento dell’illecito in sede di *public enforcement* possa condizionare la cognizione del giudice civile relativamente al nesso causale e all’esistenza del danno.

L’intenzione del legislatore è quella di limitare al minimo le conseguenze negative per l’impresa sanzionata derivanti dall’effetto vincolante, cercando un equilibrio tra l’esigenza di favorire la posizione processuale del danneggiato e quella di rispettare la proporzionalità e la ragionevolezza del vincolo di *public enforcement*.

In dottrina la compressione (se non addirittura l’estinzione)¹⁰⁸ del principio della parità delle armi in sede civile, nonché le altre conseguenze negative riconducibili al vincolo *antitrust* (come l’estensione dei termini prescrizionali e il danno reputazionale)¹⁰⁹, hanno rappresentato elementi significativi ai fini dell’inquadramento dogmatico dell’art. 7 D. Lgs. n. 3/2017.

In rapporto all’incisività del vincolo, un indirizzo teorico considera l’accertamento *antitrust* come una componente specifica dell’efficacia imperativa del provvedimento, nel quale individua un “capo” di accertamento autonomo, cioè un contenuto capace di creare un proprio

¹⁰⁷ P. CASSINIS, *L’efficacia vincolante delle decisioni antitrust nei giudizi di risarcimento dei danni*, cit., 10.

¹⁰⁸ F. GOISIS, *L’efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 53.

¹⁰⁹ Ai sensi dell’art. 8, c. 2, D. Lgs. n. 3/2017 “la prescrizione rimane sospesa quando l’autorità garante della concorrenza avvia un’indagine o un’istruttoria in relazione alla violazione del diritto della concorrenza a cui si riferisce l’azione per il diritto al risarcimento del danno. La sospensione si protrae per un anno dal momento in cui la decisione relativa alla violazione del diritto della concorrenza è divenuta definitiva o dopo che il procedimento si sia chiuso in altro modo”. Sulla possibilità di essere esclusi dalla partecipazione alle gare pubbliche ai sensi dell’art. 80, c. 5, D. Lgs. n. 50/2016; cfr. M. DI DONNA, *I cartelli antitrust e l’esclusione dalla gara d’appalto al debutto del nuovo codice*, in *Urb. app.*, 2017, 4, 554.

effetto dichiarativo principale¹¹⁰, che determina autoritativamente la volontà della legge nel caso concreto¹¹¹.

Il citato indirizzo ritiene che il conferimento all'AGCM di un autonomo potere dichiarativo sia stato previsto proprio al fine di incrementare l'effettività del diritto della concorrenza, considerato che nel sistema di cui al D. Lgs. n. 3/2017 il provvedimento *antitrust* “*crea (...) i presupposti per una successiva azione a tutela di interessi (non solo privati ma anche e forse primariamente) pubblici*”¹¹².

Il carattere autonomo e la conseguente capacità dell'accertamento *antitrust* di “fare stato” *erga omnes* (potendo i terzi avvalersi di tale accertamento in sede risarcitoria) sono riconosciuti anche da quella dottrina che accoglie la tesi della natura paritaria (e non autoritativa) di tale accertamento.

Sul presupposto che il recepimento della Direttiva 2014/104/UE abbia realizzato un’“*eterogenesi delle funzioni dell'Autorità*”¹¹³, l'indirizzo in esame esclude che la funzione accertativa dell'AGCM dia luogo al binomio potestà-interesse legittimo (che riguarda, invece,

¹¹⁰ L'accertamento autonomo si distingue da quello strumentale al provvedimento finale, che non rileva al di fuori della determinazione provvedimentoale, da cui risulta assorbito. A questo riguardo, D. SORACE, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 57, sottolinea che nella specie del provvedimento non sono compresi gli atti di accertamento dei presupposti di fatto di un provvedimento, a meno che non abbiano degli effetti verso terzi autonomi rispetto a quelli del provvedimento di cui costituiscono il presupposto. Applicando le menzionate categorie concettuali, si evince che di regola l'accertamento dei presupposti dell'atto è strumentale e non ha rilevanza autonoma (sul presupposto inteso come stato di fatto cui il provvedimento si collega *a posteriori* e in quanto una norma espressamente lo disponga, v. M.S. GIANNINI, voce *Atto*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, Milano, 174). Per analoghi concetti, sia pure sulla base di un diverso ordine ricostruttivo, cfr. B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., 107 e ss.

¹¹¹ F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, cit., 51 e ss., ritiene che il capo di accertamento del provvedimento *antitrust* sia autoritativo, in quanto così disposto dal legislatore, che lo ha dotato di conseguenze giuridiche.

¹¹² F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, cit., 57.

¹¹³ Così, G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 1008, il quale sottolinea che la nuova Direttiva “*finisce per assicurare un contenuto vincolante non solo alla determinazione finale dell'Autorità (quella, per intenderci, che commina sanzioni, che ordina la cessazione di determinate condotte ecc.), ma anche all'accertamento dell'illecito antitrust, che funge da presupposto (necessario, quanto si vuole, ma pur sempre un presupposto) del provvedimento finale*”.

l'esercizio del potere ordinatorio e sanzionatorio), in quanto lo schema logico entro il quale sussumere l'operazione di accertamento di un illecito *antitrust* sarebbe quello che si articola in norma-fatto-effetto, che è tipica dei giudizi su diritti soggettivi.

In tal senso, l'efficacia dichiarativa correlata all'accertamento *antitrust* in sé considerato (e, cioè, isolato dal potere sanzionatorio e/o inibitorio dell'AGCM) è sarebbe espressione di una funzione giustiziale (o semicontenziosa)¹¹⁴, a fronte della quale la posizione dell'operatore economico viene considerata di diritto soggettivo¹¹⁵.

Si ritiene in particolare che la decisione dell'AGCM espliciti un'efficacia dichiarativa sua propria, capace di cristallizzare nel successivo giudizio quegli elementi della responsabilità civile già accertati nel corso del procedimento *antitrust*; così facendo, l'Autorità opera in sostituzione del giudice ordinario e perviene a definire in via anticipata un segmento della futura controversia *follow-on* (coincidente con quegli aspetti su cui calerà il vincolo).

L'indirizzo dottrinale appena esaminato trova riscontro a livello giurisprudenziale nelle sentenze che si sono occupate del valore probatorio del provvedimento con cui la Banca d'Italia (allora competente per le infrazioni *antitrust* compiute dagli istituti di credito) aveva dichiarato anticoncorrenziali alcune condizioni generali contenute nello schema di contratto fideiussorio predisposto dall'Associazione bancaria italiana (ABI)¹¹⁶.

Ad avviso di Cass., sez. I, 26 settembre 2019, n. 13846, l'elevata attitudine probatoria del provvedimento discende dalla componente di

¹¹⁴ Il che può alimentare il dibattito già esistente sulla natura dell'AGCM, v. sopra, cap. I, par 6.

¹¹⁵ Cfr. G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, cit., 6.

¹¹⁶ Si tratta del provvedimento 2 maggio 2005 della Banca d'Italia, a cui prima della riforma apportata dall'art. 19, c. 11, L. 262/2005 spettava l'accertamento delle infrazioni ex art. 2 L. 287/1990 poste in essere dagli istituti di credito.

accertamento in esso presente e non dal suo contenuto sanzionatorio o prescrittivo¹¹⁷.

Il fulcro dell'efficacia vincolante del provvedimento *antitrust*, quindi, viene rinvenuto nella pura e semplice constatazione di una violazione concorrenziale, a prescindere dal fatto che sia stato funzionale all'esercizio del potere inibitorio e/o sanzionatorio di *public enforcement*.

In applicazione di tale principio, inoltre, è stato attribuito carattere vincolante anche ai provvedimenti che riconoscono l'immunità di un'impresa nell'ambito di un programma di clemenza (*leniency programme*) e a quelli adottati dalla Commissione all'esito di una procedura transattiva (*settlement*), dato che in entrambi i casi il beneficio accordato in sede di *public enforcement* presuppone l'accertamento dell'illecito *antitrust*¹¹⁸.

¹¹⁷ Cass., sez. I, 26 settembre 2019, n. 13846, applica *ratione temporis* la normativa antecedente l'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017. Il provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005 non aveva carattere sanzionatorio né inibitorio (ma prescriveva che l'ABI emendasse, con riguardo alle disposizioni illegittime dello schema contrattuale, le proprie circolari da diffondere presso il sistema bancario). Secondo il giudice di merito nei casi in cui la procedura non si fosse conclusa con una diffida o con una sanzione, in quella sede non si sarebbe potuto riconoscere un accertamento dell'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale. Sul punto, la Corte di Cassazione, invece, individua un'"impropria valorizzazione della mancata presenza all'interno del provvedimento (...) di diffide o sanzioni. Infatti – anche a voler prescindere dal rilievo per cui il provvedimento in questione presentava un contenuto prescrittivo (...) ciò che rileva, ai presenti fini, è che i fatti accertati e le prove acquisite nel corso del procedimento amministrativo non siano più controvertibili, né utilizzabili a fini e con senso diverso da quello attribuito nel provvedimento stesso".

¹¹⁸ L'impresa che aderisce ad un programma di clemenza (*leniency applicant*) denuncia il proprio coinvolgimento nella realizzazione di uno specifico illecito *antitrust*. Presupposto dell'istituto della clemenza è, infatti, l'insufficienza degli elementi a disposizione dell'Autorità, tanto che in assenza delle dichiarazioni dell'impresa partecipante la sussistenza del cartello sarebbe difficilmente accertabile. Pertanto, il *leniency applicant* per essere premiato sul piano sanzionatorio deve fornire all'Autorità competente elementi di prova determinanti per la constatazione dell'illecito, che devono costituire un valore aggiunto rispetto agli elementi probatori già in possesso dell'Autorità procedente al momento della presentazione della domanda di clemenza (cfr. Direttiva 2019/1/UE). In relazione all'istituto transattivo previsto dall'art. 10bis Reg. 2004/773/CE (riguarda i soli procedimenti della Commissione aventi ad oggetto cartelli fra imprese), invece, si sottolinea che l'intesa comune raggiunta all'esito della transazione si fonda sulla dichiarazione confessoria dell'impresa interessata. Infatti, la Comunicazione della Commissione del 2 luglio 2008, C 167/1 prevede che le imprese siano informate circa gli elementi fino a quel momento presi in considerazione dalla Commissione e nella proposta di transazione dichiarino, tra l'altro, di aver commesso l'illecito *antitrust*. In giurisprudenza, sulla vincolatività del provvedimento transattivo (precisamente, sull'applicazione dell'art. 16 Reg. 2003/1/CE), cfr. Trib. Milano, 4 ottobre 2018, n. 9759. Sul punto, però, S. D'ALBERTI, *Le decisioni con settlement e il rilievo per l'antitrust private*

Con riferimento a detta vincolatività occorre, però, osservare che, se da un lato, il danneggiato può trarre sicuro vantaggio dal provvedimento di *leniency* o di *settlement*, dall'altro lato, la Direttiva 2014/104/UE (e la sua trasposizione nel D. Lgs. n. 3/2017) ha contro-bilanciato l'effetto vincolante prevedendo stringenti limiti alla possibilità per i terzi di accedere al fascicolo del procedimento *antitrust*¹¹⁹.

Tutto quanto sopra esposto non basta, tuttavia, a definire in maniera precisa la natura del vincolo previsto dall'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017, come dimostra la circostanza che, nel silenzio del legislatore, si possono profilare ulteriori ricostruzioni.

Una prima tesi ritiene che l'efficacia del provvedimento *antitrust* sia assimilabile alla cosa giudicata, come emerge dalla giurisprudenza che già prima della Direttiva 2014/104/UE affermava l'impossibilità di allegare in sede civile fatti già valutati dall'AGCM¹²⁰.

La qualificazione in termini di vero e proprio giudicato si fonda sull'effetto preclusivo prodotto dal provvedimento *antitrust* in caso di mancata impugnazione. Il provvedimento, infatti, una volta divenuto

enforcement, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2020, Padova, 568, osserva che il carattere sintetico della decisione di *settlement* può attenuare la vincolatività del provvedimento.

¹¹⁹ Cfr. artt. 6 e 7 Direttiva 2014/104/UE, trasposti negli artt. 4 e 5 D. Lgs. n. 3/2017 (v. sopra, cap. I, par. 7). In particolare, ai sensi dell'art. 4, c. 5, D. Lgs. n. 3/2017 “il giudice non può ordinare a una parte o a un terzo di esibire prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione”. Secondo l'interpretazione ritenuta preferibile, P. COMOGLIO, *Note ad una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. pr. civ.*, 2017, 3, 1004, osserva che tale divieto di divulgazione si riferisce alle sole dichiarazioni rese dalle imprese e non ai documenti allegati ad esse; ne segue che anche l'acquisizione di tale documentazione potrebbe diminuire la marcata asimmetria informativa delle azioni risarcitorie *antitrust*.

¹²⁰ Si tratta di una tesi diffusa, come dimostra Cass. n. 9116/2014, *cit.*, nella parte in cui dichiara di non volersi occupare della questione “*se di vero e proprio giudicato ultra partes possa perfino ma, effettivamente, con qualche seria perplessità argomentarsi*”. A favore di una sostanziale equiparazione dell'efficacia dei provvedimenti dell'AGCM a quella di una sentenza passata in giudicato, P. COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 213, sottolinea che il provvedimento sanzionatorio non solo impedisce ad altri giudici di rimettere in discussione la compiuta violazione delle norme *antitrust* (c.d. effetto negativo del giudicato), ma impone a quest'ultimi anche di decidere in conformità ad esso (c.d. effetto positivo del giudicato). In senso analogo, F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, *cit.*, 140 e ss., equipara l'efficacia del provvedimento *antitrust* a quella di una sentenza (definitiva) di condanna generica.

inoppugnabile, impedisce una successiva contestazione di quanto *ivi* accertato e dei fatti deducibili, ma non dedotti in sede di *public enforcement*¹²¹.

In quest'ottica, il provvedimento *antitrust* costituisce uno strumento alternativo alla giurisdizione, ad essa equivalente quanto agli effetti, che il legislatore ha previsto per garantire certezza a quanto accertato dall'AGCM, indipendentemente dalla sua corrispondenza alla realtà.

In senso contrario all'equiparazione sopra illustrata depongono, però, i limiti del giudicato posti dal diritto positivo.

Sotto il profilo soggettivo, l'improprietà terminologica di ricondurre l'efficacia del provvedimento alla cosa giudicata discende dalla fruibilità della decisione *antitrust* da parte di soggetti terzi estranei al procedimento; la varietà di coloro che possono subire gli effetti della violazione *antitrust* (si pensi al c.d. *umbrella effect*)¹²², infatti, comporta che il provvedimento possa essere utilizzato a proprio vantaggio da un numero potenzialmente indeterminato di soggetti danneggiati.

Quanto detto, però, si pone in contrasto con l'art. 2909 c.c., che delimita l'effetto della cosa giudicata alle parti (ai loro eredi o aventi causa) del giudizio in cui è stato compiuto l'accertamento. I limiti

¹²¹ L'incontestabilità di un accertamento formatosi *aliunde*, è elemento tipico dell'efficacia giuridica preclusiva, che viene approfondita da A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, *Enc. Dir.*, XIV, 1965, 488 ss.; M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, *cit.*, spec. 476 e 489 e ss., da un lato, rileva che il provvedimento *antitrust* risulta “*non scalfibile né in alcun modo eludibile in sede civile, così precludendo alla parte ogni contestazione, a stretto rigore anche se fondata su fatti 'deducibili, ma non dedotti' nel procedimento di formazione della decisione*”, dall'altro lato, però, osserva che non si può facilmente discorrere di un effetto di cosa giudicata in senso proprio, dato che il provvedimento dell'AGCM in quanto amministrativo resta esposto all'autotutela da parte dell'amministrazione.

¹²² L'*umbrella effect* (o effetto di prezzo di protezione o prezzo guida) si verifica laddove, a causa di un accordo di prezzo posto in essere da alcune imprese, anche i prezzi praticati da imprese estranee all'intesa sono più alti di quelli che avrebbero potuto praticare in assenza dell'accordo. Con riferimento a detta ipotesi, C. giust., 5 giugno 2014, C-557/12, *Kone AG c. ÖBB Infrastruktur AG*, stabilisce che la vittima di un prezzo di protezione può ottenere il risarcimento del danno ad opera degli aderenti ad un'intesa, ancorché non abbia intrattenuto vincoli contrattuali con il medesimo, laddove risulti accertato che detta intesa fosse tale da poter incidere sull'applicazione di un prezzo di protezione da terzi agenti autonomamente e che tali circostanze non potessero essere ignorate dai membri dell'intesa medesima.

soggettivi del vincolo *antitrust*, pertanto, sono più ampi di quelli definiti dall'ordinamento positivo con riguardo al giudicato.

Per superare tali problematiche, è stata sostenuta la non tassatività dell'art. 2909 c.c. e il conseguente carattere derogatorio dell'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 trattato come ipotesi (eccezionale) in cui il legislatore riconosce al terzo la possibilità di aderire ad un giudicato formatosi *inter alios*¹²³.

Sotto il profilo oggettivo, poi, emergono alcune problematiche connesse all'oggetto del giudicato, dato che la cosa giudicata si riferisce alla situazione sostanziale per la quale è richiesta la tutela giurisdizionale, cioè all'esistenza o meno del diritto soggettivo fatto valere in giudizio¹²⁴, mentre l'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 attribuisce efficacia vincolante anche alla porzione del provvedimento corrispondente al fatto materiale che ha dato luogo all'illecito *antitrust*.

Alla luce di ciò, la forza di accertamento del provvedimento *antitrust* può essere ricondotta al modello dell'art. 651 c.p.p.¹²⁵, che disciplina gli effetti del giudicato penale di condanna (e quindi un vincolo *secundum eventum litis*, come quello *antitrust*) nei giudizi civili e amministrativi,

¹²³ Per un approfondimento sui limiti del giudicato e sull'esistenza di singole disposizioni di legge che definiscono forme di operatività ultrasoggettiva della decisione a favore di terzi, cfr. A. CHIZZINI, *Art. 2909*, in CIAN-TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Milano, 2020, 3765.

¹²⁴ F. LUISO, *Diritto processuale civile. Principi generali*, Milano, 2021, I, 156 e ss.

¹²⁵ Così, la Corte di Cassazione nelle Osservazioni a seguito dell'approvazione del *White Paper* in materia di azioni di risarcimento del danno *antitrust*, disponibile da www.ec.europa.eu, 11 luglio 2008, osserva che in base al documento approvato dal gruppo di lavoro istituito presso la Corte di Cassazione in vista del Libro bianco della Commissione "la scelta di estendere il carattere vincolante delle decisioni della Commissione, già stabilito dall'articolo 16 del regolamento n. 1/2003 alle decisioni delle autorità nazionali assunte ai sensi dell'articolo 5 del predetto regolamento, ancorché limitato alle decisioni delle autorità nazionali con carattere definitivo, avrebbe comportato per il giudice italiano effetti analoghi a quelli attualmente previsti dall'articolo 651 c.p.p. in ordine all'efficacia della sentenza penale di condanna nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno". *Contra*, M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 489 e ss., osserva che "le somiglianze con il fenomeno dell'efficacia nella sede civile risarcitoria del giudicato penale di condanna, [...] non possono tuttavia fare velo alla circostanza che il vincolo qui in commento discende da un provvedimento soggettivamente non giurisdizionale, configurandosi allora come fenomeno doppiamente eccezionale, derogatorio rispetto ad assetti e principi in cui consolidati". Sottolinea che nell'art. 651 c.p.p. si tratta pur sempre di un rapporto tra autorità giudiziarie. G. DI FEDERICO, *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, 74.

circoscrivendo l'efficacia extra-penale di tale giudicato all'accertamento della sussistenza del fatto, alla sua illiceità penale e alla commissione dello stesso da parte dell'imputato.

In particolare, va osservato che già gli studi svolti sul 651 c.p.p. avevano evidenziato la necessità di distinguere i casi in cui il giudicato penale si forma sull'antigiuridicità della condotta da quelli in cui, invece, a passare in giudicato sono le statuizioni di sussistenza del fatto o di sua commissione da parte dell'imputato.

Soltanto nel primo caso si potrebbe parlare di vero e proprio giudicato, mentre nelle altre ipotesi (in cui si verte sull'esistenza del fatto storico) sarebbe più corretto qualificare la sentenza penale divenuta irrevocabile alla stregua di una prova legale¹²⁶.

A differenza del giudicato, infatti, l'istituto della prova legale attiene alla fase di accertamento dei fatti posti dal giudice a fondamento della sentenza. Attraverso la prova legale il legislatore stabilisce *ex ante*, in base al criterio di normalità ricavato dall'*id quod plerumque accidit*, in che modo il giudice debba valutare una certa prova ai fini del giudizio sull'esistenza e sul modo di essere del fatto da accertare¹²⁷.

Ciò che accomuna la prova legale al giudicato attiene alla capacità di entrambi di produrre certezza giuridica, diversa, però, sotto il profilo qualitativo, a seconda che operi sul piano fattuale o su quello del diritto¹²⁸.

¹²⁶ Cfr. P. CALAMANDREI, *La sentenza come mezzo di prova*, cit., 575.

¹²⁷ Cfr. A. GIULIANI, *Concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., 236. Si tratta della nozione di prova legale *stricto sensu*, che C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., 147, contrappone a quella legale *lato sensu*, con cui si intendono in generale i sistemi fondati sulla tipizzazione dei mezzi di prova, in cui la predeterminazione legislativa attiene alla fase di ammissione (e non a quella di valutazione) del mezzo di prova.

¹²⁸ Sull'essenza qualitativa della sicurezza giuridica, C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., 194 e ss., sottolinea che l'istituto del giudicato si differenzia dalla prova legale, la quale mira alla certezza delle relazioni giuridiche, ma opera sul piano del giudizio fattuale. Il giudicato, invece, mira alla stabilità degli interessi raggiunti attraverso il processo, inteso come luogo in cui si contrappongono diversi apprezzamenti della realtà giuridica. In tal senso, A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., 506, il quale sottolinea la necessità pratica che ai soggetti titolari degli interessi coinvolti sia dato un termine oltre il quale non sia più consentito di opporre efficacemente il loro contrastante apprezzamento della realtà giuridica accertata dalla sentenza. Anche a questo riguardo, si sottolinea come la non ripetibilità del giudizio passato in giudicato

Secondo un'opinione diffusa il vincolo previsto dall'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 avrebbe proprio natura di prova legale (*irrefutable proof*)¹²⁹, in quanto il legislatore impone al giudice di apprezzare il provvedimento dell'AGCM quale prova certa della “verità” dei fatti in esso accertati.

In questo senso, il legislatore avrebbe razionalizzato e semplificato il giudizio sul fatto *antitrust* attraverso l'attribuzione al provvedimento dell'AGCM di un'efficacia legale privilegiata, che si giustifica alla luce dei penetranti poteri d'indagine di cui l'Autorità dispone, della garanzia del diritto di difesa nel procedimento e della “credibilità” che assume l'accertamento compiuto da un ente altamente specializzato e istituzionalmente preposto alla tutela della concorrenza.

In relazione a quest'ultimo profilo, va sottolineato che le decisioni dell'AGCM sono il frutto di un'attività in cui la definizione dei concetti giuridici indeterminati, come quello di mercato rilevante o di dominanza (artt. 101 e 102 TFUE; ma anche gli analoghi artt. 2 e 3 L. n. 287/1990), beneficia del dibattito e del confronto svolto su tali tematiche all'interno dei comitati in cui è organizzata la REC.

Stante la “credibilità” delle decisioni adottate in sede di *public enforcement*, il legislatore ha, quindi, ritenuto ragionevole agevolare l'attore nel giudizio sul danno *antitrust* apportando una deroga al principio del libero convincimento del giudice.

La prova legale, infatti, riguarda la media dei casi, mentre trascura l'individualità del fatto storico, che resta fuori dall'accertamento giudiziale, non essendovi spazio per eventuali dubbi sulla corrispondenza a verità di quanto provato per mezzo del provvedimento *antitrust*¹³⁰.

prescinda dalla conformità della situazione giuridica accertata rispetto a quella realmente verificatasi.

¹²⁹ V. il Libro Bianco della Commissione in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie (COM (2008), 165 del 2 aprile 2008).

¹³⁰ Cfr. A. GIULIANI, *Concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., 246: “lo scopo politico di un sistema di prove legali può essere perseguito a condizione di trascurare l'individualità, la concretezza del fatto storico, che è oggetto dell'accertamento giudiziale. Se il giudice applica criteri di valutazione fissati in anticipo, è implicito un atteggiamento tecnico,

Ad ogni modo, la prospettiva che colloca il fenomeno sul terreno della prova legale non riesce a dare adeguatamente conto di un vincolo che attiene sia agli accertamenti in fatto sia alle relative valutazioni giuridiche¹³¹.

Da ciò è scaturita un'altra possibile sistematizzazione dell'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017, secondo la quale il vincolo *ivi* previsto darebbe luogo ad una presunzione legale assoluta, che è lo strumento con cui il legislatore attribuisce a un fatto le conseguenze giuridiche di un altro, perché, secondo l'esperienza, il primo fatto è indice del secondo¹³².

La tesi in commento sposta sul piano sostanziale la questione del vincolo *antitrust*, in quanto la presunzione legale assoluta (che non ammette prova contraria) incide sulla fattispecie normativa astratta, implicando la deduzione diretta di conseguenze giuridiche dalla statuizione normativa¹³³.

Secondo questa chiave di lettura la decisione dell'AGCM, che accerta l'illiceità di una condotta ai sensi del diritto della concorrenza, è senz'altro oggetto di un possibile controllo da parte del giudice amministrativo, ma una volta divenuta definitiva fonda il meccanismo presuntivo *iuris et de iure* a prescindere dalla sua legittimità.

La decisione, infatti, non si allega come tale a fondamento della domanda risarcitoria, bensì come elemento della fattispecie legale, che configura come definitivo l'accertamento della violazione contenuto nella

formalista, se non addirittura burocratico, nella ricerca del fatto". La verità acquisita al processo mediante una prova legale è una verità storica formale, non essendo acquisita al processo per via del libero apprezzamento del giudice sul materiale probatorio; così, C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., 9 ss.

¹³¹ M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 488 e ss.

¹³² S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, cit., 105.

¹³³ Le presunzioni legali assolute hanno diretta influenza sulla formazione della fattispecie e sulla previsione degli effetti giuridici, sicché "*in nessun modo possono assumersi come strumenti di natura processuale*" (così, S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, cit., 104). Il compito del giudice si riduce ad un mero giudizio di corrispondenza tra la previsione normativa e il caso concreto, al cui avverarsi si producono gli effetti legali. Sulla natura sostanziale delle presunzioni legali assolute v., C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., 157; S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, cit., 133.

predetta decisione, imponendo di considerare dimostrata la violazione *antitrust* a prescindere da un controllo sulla legittimità della stessa ulteriore e diverso da quello che l'autore della violazione avrebbe potuto previamente attivare davanti al giudice amministrativo¹³⁴.

In questa prospettiva sostanziale il provvedimento *antitrust* assume la veste di un fatto costitutivo (almeno in parte, ossia rispetto agli elementi su cui cade il vincolo) del diritto al risarcimento del danno azionato nei processi *follow-on*¹³⁵.

L'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017, quindi, assumerebbe a “presupposto di fatto” (della responsabilità civile) una situazione giuridica realizzatasi nel diverso ordinamento amministrativo¹³⁶. In altri termini, la norma presupposta dovrebbe essere considerata come un elemento di fatto rispetto all'operatività della norma presupponente, perdendo la propria autonomia giuridica in favore dell'esclusiva giuridicità del sistema cui appartiene la norma presupponente¹³⁷.

Dalla varietà degli orientamenti esposti si avverte una certa difficoltà nell'inquadrare il vincolo *antitrust* nell'ambito delle categorie giuridiche tradizionali.

Ciò che l'interprete senz'altro può fare dinanzi all'art. 7 D.Lgs. n. 3/2017 è prendere atto dell'esplicita volontà legislativa di riconoscere al provvedimento *antitrust* una forza giuridica superiore a quella che

¹³⁴ Così, G. PARODI, *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust nella nuova disciplina del private enforcement. Su alcune questioni di rilievo costituzionale*, in *Contr. e impr.*, 2021, 4, 1157.

¹³⁵ A.D. DE SANTIS, *La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile italiano*, in *Revista de Processo*, 2016, 332 e ss.; M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 490.

¹³⁶ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 118 e ss.

¹³⁷ Il legislatore trasforma un elemento formale del diritto, quale è la qualificazione giuridica (la regola) che discende da una norma, in un elemento materiale che condiziona l'applicabilità della norma medesima (il *support* della regola). Sul punto, A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica* (1929), in *Formalismo e sapere giuridico*, 1963, 165 e 180 ss., sottolinea che “ciò che da un certo punto di vista partecipa della natura dell'elemento formale, ossia del valore può precipitare al livello del fatto”.

altrimenti, in assenza di previsione espressa, sarebbe argomentabile a livello di teoria generale.

La peculiarità di detta forza consiste in un eccezionale vincolo avente ad oggetto sia l'accertamento in fatto sia la qualificazione giuridica di una condotta accertata nel provvedimento dell'AGCM, che per volontà di legge viene a costituire un presupposto materiale del giudizio di risarcimento nel processo *follow-on*.

5. **Problemi costituzionali dell'efficacia vincolante del *public enforcement*. Spazi di autonomia per il giudice civile**

La previsione formale di un vincolo esterno per il giudice civile – tenuto a conformarsi al provvedimento *antitrust* – costituisce una novità nel panorama ordinamentale, che merita di essere esaminata anche per il suo impatto su alcune questioni di ordine costituzionale.

In particolare, l'art. 9 Direttiva 2014/104/UE e l'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 sollevano dubbi di legittimità costituzionale con riferimento all'indipendenza della magistratura e alla separazione dei poteri (artt. 101 e ss. Cost.; ma anche art. 47 CDFUE)¹³⁸, nonché in relazione al diritto di difesa, quale corollario del giusto processo (artt. 24, 111 Cost.).

La prima questione da affrontare concerne la compatibilità del vincolo *antitrust* con l'impianto sistematico del nostro ordinamento, che “*stenta a tollerare la soggezione del giudice alla decisione di un'autorità amministrativa*”¹³⁹.

Occorre innanzitutto interrogarsi se in un sistema in cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101 Cost.) possa essere previsto un

¹³⁸ Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) ha acquisito il valore giuridico dei trattati dell'Unione (art. 6 TUE). L'art. 47 CDFUE riconosce ad ogni persona il diritto a che la propria causa sia esaminata “*da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge*”.

¹³⁹ R. RODORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Le Società*, 2014, 7, 785.

condizionamento come quello prefigurato dal più volte citato art. 7, anche perché se il vincolo introdotto dal legislatore fosse ritenuto in contrasto con gli artt. 101 e ss. Cost., verrebbe meno l'utilità di indagare sulle garanzie di difesa spettanti all'impresa convenuta.

Il dubbio sulla legittimità dell'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 (e/o della legge di autorizzazione alla ratifica dei Trattati, per quanto attiene alla portata dell'art. 9 Direttiva 2014/104/UE)¹⁴⁰ sorge in quanto il vincolo *ivi* previsto assoggetta il potere giudiziario all'accertamento compiuto da un'autorità che non appartiene al sistema giurisdizionale. Nel processo sulla responsabilità civile per illecito *antitrust*, infatti, il giudice è privato della cognizione piena in ordine all'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione, che viene, invece, affidato all'AGCM.

Di per sé l'erosione del monopolio statale in tema di giurisdizione si pone in linea con una tendenza già presente nell'ordinamento, in cui però l'idea della fungibilità delle giurisdizioni (quella statale, quelle straniere, quella rimessa ai privati) è ammessa a condizione che l'amministrazione della giustizia sia esercitata da un terzo imparziale in un processo rispettoso del giusto processo¹⁴¹.

¹⁴⁰ Ma i medesimi profili di criticità sussistono anche con riferimento al vincolo previsto dall'art. 16 Reg. 2003/1/CE, rispetto alla cui applicazione si è manifestata la resistenza della giurisprudenza a sospendere il processo, quando sui fatti della controversia sia pendente un procedimento *antitrust* dinanzi alla Commissione. Si riteneva, infatti, che “*lo scopo di garantire l'uniformità nella applicazione del diritto comunitario risponde appieno ai principi generali del nostro ordinamento, se il mezzo per raggiungerlo è la creazione, anche giurisprudenziale, di un set di regole sostanziali e processuali e di buone prassi comuni agli Stati membri, ma cessa di esserlo se si pongono limiti alla piena autonomia del giudice del caso nella ricostruzione della fattispecie e nella individuazione della sua regola*” (G. MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nelle controversie tra privati: il ruolo dei giudici nazionali*, cit., 227). Oltretutto, osserva G. CAROVANO, *Art. 16(1), Regolamento n. 1/2003: un revirement nécessaire. L'uniformità del diritto europeo della concorrenza e il valore giuridico delle Decisioni della Commissione Europea*, cit., 406, che la Commissione rappresenta il potere esecutivo dell'UE (si discute, peraltro, se abbia il potere di creare il diritto europeo della concorrenza; cfr. CH. TOWNLEY, *Co-ordinated Diversity: Revolutionary Suggestions for Eu Competition Law (and for Eu law too)*, in *Yearbook of European Law*, 33, 1, 2014) e la “supremazia” delle sue decisioni contraddice la filosofia del sistema di competenze parallele adottato dal Reg. 2003/1/CE (“*le Corti nazionali verrebbero prima qualificate come in grado di applicare direttamente gli articoli 101 e 102 TFUE e, successivamente, limitate in questa loro competenza*”).

¹⁴¹ Nella dottrina processuale-civilistica la funzione giurisdizionale è stata considerata espressione della non rinunciabile sovranità dello Stato, in quanto attività volta alla composizione delle liti tra consociati attraverso l'attuazione del “comando della legge”, che

Da questo punto di vista la riforma del 2017 è ancora più dirompente: essa, infatti, assoggetta il giudice ad un vincolo di origine amministrativa promanante da un'autorità, che, anche se indipendente dal potere esecutivo, difetta del requisito dell'imparzialità.

L'AGCM, infatti, non è indifferente agli interessi coinvolti nel procedimento dalla stessa condotto, come dimostra l'assenza di un'autentica alterità tra chi formula l'"accusa" e chi ricopre le funzioni "decidenti", nonché la veste di parte processuale che assumerebbe ove il provvedimento *antitrust* fosse impugnato davanti al giudice amministrativo¹⁴².

A ciò va aggiunto che l'AGCM è estranea al circuito della rappresentanza democratica e questo aspetto rende ancora più problematico il rapporto con l'art. 101 Cost. per il quale la giustizia deve essere amministrata in nome del popolo.

I principi contenuti nell'art. 101 Cost., inoltre, concorrono a definire il carattere democratico dell'ordinamento e costituiscono elementi indefettibili della forma repubblicana, tanto è vero che secondo una parte della dottrina il recepimento dell'art. 9 Direttiva 2014/104/UE rievocherebbe la problematica dei "controlimiti"¹⁴³.

produce sul piano giuridico l'assetto definitivo degli interessi in contestazione, come previsti dall'ordinamento giuridico (P. CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, I, 233.). In questa prospettiva, la giurisdizione è stata ascritta alla sfera esecutiva delle funzioni statali di governo (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, 3, 1826) e l'accertamento giudiziale è stato ritenuto monopolio dello Stato in quanto "comando" da cui nasce il vincolo a ritenere esistente o inesistente la situazione giuridica che ha costituito oggetto dell'accertamento. Sul tema, cfr. G. VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. pr.*, 2003, 2, 371 e ss.; N. PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle Corti*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 2011, 2, 43 e ss.

¹⁴² C. EDU, sez. II, 4 marzo 2014, cause riunite 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10, *Grande Stevens c. Italia*, in *Giur. comm.*, 2014, 543 e ss., esclude che il consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione sia compatibile con l'imparzialità (richiesta dall'art. 6, § 1, CEDU). Sulla base del difetto di imparzialità la C. cost. n. 13/2019, *cit.*, ritiene che l'AGCM non abbia natura giurisdizionale dell'AGCM, in quanto, per essere considerata tale, non dovrebbe avere alcun interesse, neanche mediato o indiretto, rispetto alla situazione sostanziale controversa. Sulla natura dell'AGCM, v. sopra, cap. I, par. 6.

¹⁴³ F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle Istituzioni di tutela della concorrenza*, *cit.*, 161. *Contra*, G. MUSCOLO, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di*

Quanto detto finora ha spinto la dottrina ad interrogarsi sull'esistenza di strumenti (o “*vie di fuga dal vincolo*”)¹⁴⁴ che il giudice potrebbe adoperare per non conformarsi al provvedimento *antitrust*.

Il primo strumento individuato è stato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (art. 267 TFUE), espressamente contemplato dagli artt. 9 Direttiva 2014/104/UE e 7 D. Lgs. n. 3/2017. Detto rinvio riserva, infatti, un certo spazio di autonomia al giudice, il quale, ove ritenga il provvedimento *antitrust* illegittimo ai sensi del diritto UE, può rivolgersi alla Corte di Giustizia e, nel caso in cui sia accertata la violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, sottrarsi al vincolo discendente dal provvedimento¹⁴⁵.

Nel caso in cui la Corte UE dovesse, invece, attestare la validità del provvedimento, il giudice risulterebbe “assoggettato” non al provvedimento *antitrust*, bensì alla sentenza della Corte di Giustizia, che in virtù del principio di immediata applicazione del diritto UE costituisce un precedente vincolante nell'ordinamento nazionale¹⁴⁶.

L'altro istituto proposto in dottrina consiste nella disapplicazione del provvedimento amministrativo ai sensi dell'art. 5, all. E), L. n. 2248/1865 (di seguito l.a.c.), che attribuisce al giudice ordinario il potere di non tenere conto ai fini della decisione degli atti amministrativi non conformi alla legge¹⁴⁷.

concorrenza per le corti nazionali, cit., 45, ritenendo che l'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 debba essere letta conformemente all'efficace ed uniforme applicazione delle regole antitrust, con il ricorso, se del caso, alla nomofilachia della Corte di Giustizia (“*semmai competente a decidere sull'interpretazione da darsi all'articolo 9 della Direttiva private enforcement è la Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale*”).

¹⁴⁴ M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile, cit.*, 500.

¹⁴⁵ Cfr. la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, ora artt. 101 e 102 TFUE (2004/C 101/4), punto 13.

¹⁴⁶ G. CAROVANO, *Art. 16(1), Regolamento n. 1/2003: un revirement nécessaire. L'uniformità del diritto europeo della concorrenza e il valore giuridico delle Decisioni della Commissione Europea, cit.*, 405 e ss.; sull'effetto delle sentenze della CGUE, anche quelle interpretative, nell'ordinamento interno, cfr., Corte Cost., ord. 23 giugno 1999, n. 255, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2203; Corte Cost., 13 luglio 2007, n. 284, in *Giur. cost.*, 2007, fasc. 4.

¹⁴⁷ B. TONOLETTI, *L'All. E, l. 30 marzo 1865, n. 2248: il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario*

A differenza del rinvio pregiudiziale, la disapplicazione del provvedimento *antitrust*, però, non è stata prevista a livello di diritto positivo, essendo contemplata soltanto nella relazione governativa al D. Lgs. n. 3/2017 per il caso “*residuale se non eccezionale*”, in cui il giudice del risarcimento “*ritenga irrimediabilmente viziato il provvedimento dell’autorità*”¹⁴⁸.

A questo proposito, diverse critiche sono state mosse dalla dottrina, dato che la potestà di disapplicazione “*dovrebbe riguardare tutti i vizi, non solo quelli più gravi, atteso che l’art. 101 Cost. non pare discriminare tra leggi più o meno ‘importanti*”¹⁴⁹.

Peraltro, l’attribuzione al giudice di uno specifico potere di disapplicazione sembra porsi in antinomia con il diritto UE¹⁵⁰, tenuto conto che la Direttiva 2014/104/UE pretende l’inderogabile “soggezione” del giudice al provvedimento *antitrust*.

Contro la disapplicazione del provvedimento dell’AGCM sono stati individuati anche altri argomenti, che si correlano alla natura giuridica del vincolo previsto dalla legge.

breve al Codice del processo amministrativo, Padova, 2021, 103, sottolinea che “*si tratta di un potere processuale sia di cognizione, in quanto rivolto a sindacare la legittimità dell’atto amministrativo e del regolamento, sia di decisione, in quanto consente di paralizzare l’efficacia che l’atto avrebbe sulla res dedotta in giudizio*”.

¹⁴⁸ Nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva 2014/104/UE, reperibile in www.osservatorioantitrust.eu, si legge che: “*il principio di soggezione del giudice (solo) alla legge non ammette che il giudice civile davanti al quale viene proposta un’azione di responsabilità, sulla base della constatazione della violazione delle regole di concorrenza contenuta in una decisione dell’autorità garante semplicemente inoppugnabile, sia ad essa, comunque, vincolato, anche di fronte ad una evidente illegittimità. Né tale conseguenza appare univocamente imposta dall’articolo 9 della direttiva, interpretato in riferimento al risultato perseguito di promozione del private enforcement e in modo conforme all’articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che sancisce il diritto dell’individuo ad un giudice indipendente*”.

¹⁴⁹ F. GOISIS, *L’efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, cit., 59.

¹⁵⁰ Così, F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle Istituzioni di tutela della concorrenza*, cit., 162; F. GOISIS, *L’efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, cit., 59.

Chi ritiene il vincolo *antitrust* equiparabile ad un giudicato *ex art.* 2909 c.c. esclude ogni potere di disapplicazione¹⁵¹ sul presupposto che il passaggio in giudicato conferisce certezza ed incontrovertibilità alla situazione accertata, per cui la disapplicazione del provvedimento contrasterebbe con la volontà del legislatore di ritenere definitivamente accertata la violazione della concorrenza¹⁵².

Similmente, un altro indirizzo esclude il potere di disapplicazione argomentando a partire dalla previsione legislativa di una presunzione assoluta, che impone al giudice di considerare dimostrata la violazione del diritto della concorrenza a prescindere da un controllo sulla legittimità diverso da quello che l'autore della violazione avrebbe potuto previamente attivare dinanzi al giudice amministrativo¹⁵³.

Secondo questa chiave di lettura, essendo il provvedimento *antitrust* allegato come elemento della fattispecie legale di cui all'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017, non viene in rilievo un provvedimento suscettibile di disapplicazione, “*poiché il giudice civile si trova di fronte ad una disposizione di legge che a tale provvedimento, una volta divenuto definitivo, annette il valore probatorio voluto dalla direttiva*”¹⁵⁴.

La paralisi della disapplicazione, quindi, non contrasta con l'art. 101, c. 2, Cost.: anche nelle *antitrust follow-on actions* il giudice è soggetto “*soltanto alla legge*”, o meglio alla scelta del legislatore di cristallizzare, a vantaggio dell'attore e nei confronti dell'autore della violazione, l'accertamento contenuto nel provvedimento dell'AGCM.

Alla luce di quanto sopra illustrato la questione sulla legittimità del vincolo *antitrust* si sposta sul piano della ragionevolezza della limitazione

¹⁵¹ P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3/2017. Novità processuali e parziali inadeguatezza in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. pr. civ.*, 2017, 3, 1009.

¹⁵² A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, *cit.*, 506.

¹⁵³ Per un'analisi delle tesi relative alla natura del vincolo *antitrust*, v. sopra, par. 4 del presente capitolo.

¹⁵⁴ G. PARODI, *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust nella nuova disciplina del private enforcement. Su alcune questioni di rilievo costituzionale*, *cit.*, 1157.

legislativa dei poteri processuali dell'impresa convenuta, che abbia deciso di non impugnare il provvedimento dinanzi al giudice amministrativo.

In particolare, occorre chiedersi se sia necessario e proporzionato comprimere le facoltà difensive dell'autore dell'illecito *antitrust* per riequilibrare la posizione di debolezza informativa che connota i soggetti danneggiati¹⁵⁵, tenendo conto, da un lato, degli spazi di autonomia lasciati al giudice civile, dall'altro lato, dell'intensità del sindacato che il giudice amministrativo può effettuare sul provvedimento.

Il primo aspetto da prendere in considerazione attiene ai confini del vincolo *antitrust*, sulla base dei quali individuare (in negativo) i tratti di cognizione che residuano a favore del giudice civile.

Come visto, secondo il tenore letterale dell'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 l'effetto di accertamento del provvedimento cade tanto sui fatti storici dell'illecito *antitrust* quanto sulla loro antiggiuridicità.

Ciò significa che il giudice civile non potrà rimettere in discussione la qualificazione come illecito *antitrust* del fatto accertato dall'AGCM, mentre spetterà alla sua cognizione stabilire se quel fatto, certamente illecito sul piano concorrenziale, integri pure un illecito civile¹⁵⁶.

Il piano della responsabilità civile, infatti, si distingue da quello della repressione *antitrust*, in quanto presuppone un "fatto dannoso" lesivo di

¹⁵⁵ Sul punto, si ricorda che l'effetto utile perseguito dalla Direttiva 2014/104/UE pone al centro – unitamente all'obiettivo di aumentare l'effetto deterrente a presidio dell'efficace applicazione del diritto della concorrenza – l'esigenza di riequilibrio degli oneri probatori nel processo civile a favore dei soggetti danneggiati, ostacolati nell'esercizio delle loro ragioni, specie se consumatori, da inevitabili asimmetrie informative (considerando 34 Direttiva 2014/104/UE).

¹⁵⁶ Nei provvedimenti dell'AGCM si ha l'accertamento solo di un presupposto necessario, ma non sufficiente, per la sussistenza del debito risarcitorio dell'autore dell'illecito verso il privato danneggiato. Cfr. F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, cit., 55 e 61. In senso analogo, con riferimento al giudicato penale (art. 651 c.p.p.), cfr. C. MARINELLI, *Art. 651 c.p.c.*, in G. ILLUMINATI, L. GIULIANI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2020, 3171; A. HENKE, *L'efficacia degli accertamenti del giudice penale nelle cause IP*, in A. GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 89, precisa che il fatto accertato dal giudice penale sia quell'accadimento concreto che integra la fattispecie di reato prevista dal legislatore; il vincolo, quindi, cade su quei fatti che siano compresi nei limiti della contestazione in quanto presupposto logico e necessario della pronuncia penale. Rispetto a questi fatti, però, il giudice civile è libero di effettuare una diversa valutazione in applicazione dei diversi parametri di cui alle norme civilistiche.

un interesse giuridicamente tutelato nella vita di relazione¹⁵⁷. All'opposto, le fattispecie *antitrust* prescindono dal riscontro di un danno ingiusto: un conto è l'incidenza della condotta sulle dinamiche concorrenziali del mercato, un altro il pregiudizio (eventuale) cagionato all'altrui sfera individuale.

Può accadere, tuttavia, che il provvedimento *antitrust*, in specie quando verta su un'intesa sanzionata per l'effetto prodotto sul mercato, si soffermi sulle conseguenze nocive derivanti dalla violazione accertata; in tali casi, ci si domanda se anche i profili motivazionali, quantomeno quelli posti in stretto e necessario collegamento logico-giuridico con il dispositivo, diano luogo ad un accertamento vincolante.

Con riferimento all'art. 651 c.p.p. la giurisprudenza ha affermato che, laddove il giudicato di condanna riguardi un "reato di danno", *"l'esistenza del danno è implicita e, conseguentemente, non può formare oggetto di un ulteriore accertamento [...] in sede civile"*¹⁵⁸.

Tuttavia, in materia di *private enforcement*, occorre tenere conto che il legislatore ha chiaramente escluso dall'operatività del vincolo il danno prodotto dall'illecito *antitrust*. Il parallelismo con l'art. 651 c.p.p., quindi, non può valere ad escludere la cognizione del giudice civile in ordine alla sussistenza del nesso causale tra i fatti accertati in sede di *public enforcement* e il danno oggetto dell'azione risarcitoria.

L'individuazione e la quantificazione del danno risarcibile rappresentano, pertanto, profili fattuali che appartengono sempre alla cognizione del giudice civile¹⁵⁹, in coerenza con il principio di legalità e

¹⁵⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2021, V, 559. La riparazione di un danno ingiusto è considerata da E. CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, 1970, XX, 119, come elemento distintivo dell'illecito civile rispetto a quello amministrativo.

¹⁵⁸ Cass., S.U., 25 febbraio 2010, n. 4549.

¹⁵⁹ In questo senso, C. giust. (Grande Sezione), 6 novembre 2012, C-199/11, *Otis*, §§ 65-66: *"resta di competenza del giudice nazionale stabilire la sussistenza di un pregiudizio e di un nesso di causalità diretta tra lo stesso e l'intesa o la pratica in discussione. Infatti, anche se la Commissione è stata indotta a precisare gli effetti dell'infrazione nella sua decisione, spetta sempre al giudice nazionale determinare individualmente il danno cagionato a ciascuno dei soggetti che hanno tentato un'azione di risarcimento"*.

con le esigenze difensive dell'impresa contro cui è fatta valere la vincolatività del provvedimento. Si ricorda, infatti, che non essendovi una piena coincidenza tra l'illecito civile e quello *antitrust* ed essendo quella *antitrust* una fattispecie di "pericolo", l'impresa convenuta nel processo civile deve avere la possibilità di dimostrare che sul piano individuale gli effetti accertati dall'AGCM, spesso in termini di mera potenzialità, non hanno inciso sulla singola posizione dell'attore.

Non rileva che l'art. 14 D. Lgs. n. 3/2017 preveda in materia di cartelli anticoncorrenziali una presunzione relativa estesa al danno, trattandosi di una norma eccezionale, mediante la quale il legislatore ha tenuto conto della segretezza del cartello, che "normalizza" l'asimmetria informativa¹⁶⁰.

Oltretutto, non è certo che detta norma preveda un danno *in re ipsa*¹⁶¹, perché secondo una parte della dottrina la presunzione legale *ivi* sancita riguarderebbe solo il "danno sociale" (come l'alterazione dei prezzi sul mercato) e non quello privato, sicché dall'accertamento di un cartello non si potrebbe dedurre *ipso facto* la produzione di un danno a carico dell'attore¹⁶².

¹⁶⁰ Cfr. considerando 46 e 47 Direttiva 2014/104/UE.

¹⁶¹ Cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 317. F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle Istituzioni di tutela della concorrenza*, cit., 178, poi, osserva che con riferimento alle pratiche concordate presumere il danno subito dall'attore per effetto del cartello comporterebbe il rischio che la presunzione "trascini con sé anche la dimostrazione del nesso causale"; in questi casi, infatti, presumendo anche il danno individuale si inciderebbe in maniera significativa sulla posizione processuale dell'autore della violazione, dato che all'inversione probatoria relativa al danno si sommerebbe il carattere presuntivo che già sul piano sostanziale connota le fattispecie di pratica concordata (l'A., 171, ricorda che tale fattispecie si basa su un argomento presuntivo: dal "fatto noto" (il parallelismo) si risale, sussistendo certe condizioni, al "fatto ignoto" (il cartello), per cui "è fisiologico che possa restare un margine di dubbio sul se effettivamente una volontà di accordarsi vi sia stata". La pratica concordata, infatti, si regge solitamente su un mero parallelismo di comportamenti sul mercato da parte degli operatori economici, il quale viene considerato illecito o perché non esistono altre spiegazioni plausibili del suo accadere, che non siano quelle legate all'esistenza di un cartello, o perché al parallelismo si unisce un momento di contatto qualificato (sovente, come visto, uno scambio di informazioni) da cui possa evincersi, in mancanza di prova contraria, un'intesa anticoncorrenziale).

¹⁶² Cfr. E. BRODI, *Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni casi recenti di posizione dominante*, in *Riv. soc.*, 2008, 1440; 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, 3, 975-976.

La tesi così delineata, in primo luogo, trova conferma nella Direttiva 2014/104/UE, che prevede la presunzione di “un” danno in senso generico¹⁶³; in secondo luogo, si pone in linea con la giurisprudenza precedente la riforma del 2017 in materia di cartelli assicurativi, che concepiva il provvedimento dell’AGCM come uno strumento presuntivo da cui dedurre la prova del danno *antitrust*, senza per questo escludere l’onere probatorio dell’attore¹⁶⁴.

I confini del vincolo *antitrust*, infine, sollevano altre specifiche questioni in relazione alla portata del diritto dell’impresa di argomentare l’insussistenza della propria responsabilità in ordine al danno lamentato dall’attore; in determinate circostanze, infatti, la preclusione probatoria derivante dal vincolo rischia di tradursi in un *vulnus* alle prerogative difensive dell’impresa convenuta.

La prima di dette situazioni si può verificare quando, per ragioni di celerità procedimentale e di efficacia dell’azione di *public enforcement*, il provvedimento *antitrust* contiene elementi o ricostruzioni fattuali rimasti assorbiti nell’ambito di un ragionamento complessivo dell’AGCM. In questi casi, la formazione dell’effetto vincolante anche sui profili non esaminati esplicitamente in sede di *public enforcement* potrebbe risultare oltremodo lesiva delle logiche difensive dell’impresa convenuta, sicché una parte della dottrina suggerisce “*cautela in chiave garantista*”¹⁶⁵.

Il medesimo problema, inoltre, si pone rispetto ai profili fattuali che, non essendo costitutivi dell’illecito *antitrust*, rivestono un ruolo accessorio ai fini del provvedimento dell’AGCM; talvolta, infatti, fornire una diversa configurazione dei suddetti elementi potrebbe rivelarsi

¹⁶³ Considerando 47 e art. 17 Direttiva 2014/104/UE.

¹⁶⁴ La tesi del danno in *re ipsa* è definita “aberrante” da Cass., n. 2305/2007, *cit.*

¹⁶⁵ F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle Istituzioni di tutela della concorrenza*, *cit.*, 166 e 180, che sottolinea il bisogno di non sacrificare oltremisura logiche difensive che possono trovare la loro naturale soluzione nel processo civile.

essenziale per l'impresa, al fine di provare l'insussistenza del nesso causale o del danno lamentato dall'attore¹⁶⁶.

Pertanto, si ritiene corretto escludere dall'efficacia vincolante di cui all'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 qualsiasi valutazione non essenziale ai fini della constatazione di un'infrazione e, in particolare, quelle valutazioni che concernono gli effetti di un'infrazione, ma sono incluse in una decisione che sanziona la condotta in quanto anticoncorrenziale "per oggetto"¹⁶⁷.

A giustificare un "filtraggio" dei contenuti del provvedimento *antitrust* vi sono due ordini di ragioni: *i*) di norma soltanto gli accertamenti essenziali alla constatazione dell'illecito sono oggetto di approfondite analisi e suffragati da sufficienti elementi di prova, rendendo quindi in una certa misura superflua un'ulteriore riesame in sede civile; *ii*) gli accertamenti incidentali, in quanto non determinanti ai fini della constatazione dell'infrazione, potrebbero non costituire oggetto di impugnazione da parte del destinatario della decisione e sfuggire quindi al vaglio di un'istanza giurisdizionale di ricorso.

Può poi accadere che fatti sopravvenuti abbiano mutato materialmente le circostanze fattuali oggetto del provvedimento; in questo caso non sembrano esservi problemi ad escludere l'effetto vincolante, dal momento che, venendo meno l'identità con i fatti accertati dall'AGCM, risulta naturale l'inoperatività del vincolo¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Sul tema, cfr. F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle Istituzioni di tutela della concorrenza*, cit., 177 e ss.; con riferimento al giudicato penale la questione è stata risolta nel senso che tali fatti possono avere una qualche influenza nel successivo giudizio di danno, potendo le relative prove essere valutate dal giudice civile. In tale sede, però, sarà possibile introdurre una prova contraria. Cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2020, 994. A. HENKE, *L'efficacia degli accertamenti del giudice penale nelle cause IP*, cit., 89.

¹⁶⁷ 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 italiano*, in *Conc. merc.*, 2014, 306.

¹⁶⁸ Invero, l'ipotesi della sopravvenienza di fatti capaci di giustificare il distacco del giudice dal vincolo del provvedimento *antitrust* è stata trattata, con riguardo alla decisione della Commissione, da G. CAROVANO, *Art. 16(1), Regolamento n. 1/2003: un revirement nécessaire. L'uniformità del diritto europeo della concorrenza e il valore giuridico delle Decisioni della Commissione Europea*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, 3, 425. Secondo l'A., in un simile caso, non sussisterebbe alcuna violazione dell'art. 16 Reg. 2003/1/CE, poiché il mutamento dei

Infine, un ulteriore spazio di autonomia per il giudice si rintraccia nella valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito civile. Come è stato già sottolineato, la condanna al risarcimento del danno può essere pronunciata a condizione che l'illecito *antitrust* costituisca al tempo stesso anche un illecito civile; il giudice, quindi, è tenuto ad accertare che la condotta anticoncorrenziale sia stata realizzata con dolo o colpa, con la conseguenza che, ove difetti tale coefficiente psicologico, il vincolo *antitrust* non potrà spiegare alcun effetto.

Il riferimento alla “portata personale” contenuto nell’art. 7 D. Lgs. n. 3/2017, infatti, attiene all’individuazione dei soggetti concorrenti nell’illecito e non riguarda la rimproverabilità soggettiva della violazione, anche tenuto conto che la dimensione psicologica non concorre a definire i caratteri dell’illecito *antitrust*¹⁶⁹.

6. (Segue) Effettività di tutela e sindacato sul provvedimento dell’AGCM

I margini lasciati al giudice del risarcimento possono essere apprezzati nell’ambito di una valutazione complessiva delle limitazioni processuali previste dal legislatore del 2017, nella prospettiva di un

fatti determinerebbe il venir meno dell’identità – essenziale ai fini del vincolo – tra i fatti della controversia civile e quelli rilevanti in sede di *public enforcement*.

¹⁶⁹ G. PARODI, L’accertamento definitivo dell’illecito antitrust nella nuova disciplina del private enforcement. Su alcune questioni di rilievo costituzionale, cit., 1156. Nella stessa direzione, F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle Istituzioni di tutela della concorrenza*, cit., 166, ritiene che il giudice, rispetto ad una data configurazione della questione risarcitoria, possa escludere il dolo o la colpa dell’impresa convenuta. Sull’elemento soggettivo dell’illecito antitrust, cfr. L. BACCARO, *Condotta illecita e elemento psicologico*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 861. In giurisprudenza, si afferma che “*al fine di verificare l’esistenza di una restrizione alla concorrenza, non occorre dimostrare che i comportamenti delle imprese siano stati volontariamente diretti a restringere la concorrenza, quanto che tali comportamenti abbiano effettivamente avuto questo scopo*” (cfr., Cons. St., 30 giugno 2016, n. 2927, 11 luglio 2016, n. 3047). V. anche Cons. St., 20 febbraio 2017, n. 740, 28 febbraio 2017, nn. 927e 928: “*l’accertamento dell’elemento soggettivo quanto meno della colpa costituisce il presupposto per l’applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, ai sensi dell’art. 11, § 2, del Reg. n. 1/2003, ma non costituisce elemento costitutivo dell’illecito antitrust (ad es., ai fini dell’adozione di misure interdittive)*”. Sul carattere oggettivo di “abuso”, cfr. C. giust., 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffman-La Roche c. Commissione*, § 91; 3 luglio 1991, C-62/86, *Azko Chemie c. Commissione*, § 69, secondo cui l’intenzionalità della condotta può essere considerata in sede di determinazione della sanzione.

bilanciamento tra l'esigenza di riequilibrare gli oneri probatori a favore dei soggetti danneggiati – quale strumento per realizzare l'efficace applicazione del diritto della concorrenza – e quella di non privare l'impresa convenuta del diritto di difesa garantito dalla Costituzione.

Le previste limitazioni processuali, tuttavia, sono compatibili con gli artt. 24, 111, 113 Cost. solo se compensate sul diverso piano del procedimento *antitrust*, quale luogo di risoluzione di buona parte delle questioni che costituiscono il fondamento logico-giuridico della decisione del giudice¹⁷⁰.

A questo riguardo, non importa che il procedimento *antitrust* non soddisfi tutti i canoni del giusto processo¹⁷¹, se le garanzie procedurali possono essere “recuperate” nel giudizio di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo¹⁷².

Infatti, come affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Corte EDU), la decisione amministrativa “determinativa” di diritti e obbligazioni civili, anche se adottata senza il rispetto dei requisiti del “giusto processo” di cui all'art. 6 della Convenzione¹⁷³, è nondimeno conforme alla CEDU, ove il giudice possa

¹⁷⁰ Cfr., A.D. DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 6, 1495.

¹⁷¹ Si ricorda che il procedimento dinanzi all'AGCM non garantisce un contraddittorio orizzontale né l'imparzialità dell'organo decisore (sul punto, v. sopra, cap. I, par. 5). Secondo L. PREVITI, *Il tramonto della full jurisdiction per gli antitrust infringements: la chiusura italiana ai principi dettati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sanzioni amministrative e giusto processo. Il caso delle intese anticoncorrenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1350, il panorama attuale, con tutte le criticità in punto di compatibilità della dimensione procedurale rispetto ai canoni del giusto processo, è destinato a mutare *in peius* a seguito della Direttiva ECN +, che conferisce alle ANC più incisivi poteri di *enforcement* a tutela delle norme della concorrenza.

¹⁷² C. EDU, 27 settembre 2011, C-43509/08, *Menarini diagnostic s.r.l. c. Italia*; C. EDU, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11, *Placi c. Italia*; C. EDU, sez. II, 4 marzo 2014, cause riunite 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10, *Grande Stevens c. Italia*, in *Giur. comm.*, 2014, 543 e ss.

¹⁷³ L'art. 6, § 1, CEDU codifica il diritto di ciascuno “*a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti*”. Sull'ampiezza delle controversie amministrative ricadenti nella materia civile ai sensi dell'art. 6 CEDU, cfr. M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e*

“rimediare” *ex post*, attraverso un sindacato di *full jurisdiction*, ai deficit delle garanzie procedurali¹⁷⁴.

Nella giurisprudenza della Corte EDU la *full jurisdiction* consiste nella possibilità per il cittadino di adire un tribunale in grado di riformare (*rèformer*, nella versione ufficiale francese) qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione amministrativa impugnata, potendo esaminare i punti decisivi per l’esito del caso in maniera indipendente e, cioè senza essere (o considerarsi) vincolato dai precedenti accertamenti compiuti dall’amministrazione¹⁷⁵.

La centralità della *full jurisdiction* risulta implementata dall’introduzione dell’art. 7 D. Lgs. n. 3/2017, perché la forza vincolante assegnata al provvedimento *antitrust* porta con sé problemi legati all’adeguatezza profondità e intensità del sindacato del giudice amministrativo¹⁷⁶.

Una volta assoggettato il giudice civile all’accertamento della violazione *antitrust*, è chiaro che l’applicazione dell’art. 6 CEDU nel giudizio di impugnazione dei provvedimenti dell’AGCM si giustifica non tanto per la natura sostanzialmente penale delle sanzioni *antitrust*¹⁷⁷,

il processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 569 e ss.; ID., Art. 6 CEDU. *Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

¹⁷⁴ A questo riguardo, F. GOISIS, *L’efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, cit., 73, parla di “capacità terapeutica del procedimento giurisdizionale”.

¹⁷⁵ Da ultimo, C. EDU, sez. V, 11 gennaio 2018, casi nn. 38334/08 and 68242/16, *Haralambi Borisov ANCHEV c. Bulgaria*, § 132, precisa che il giudice dotato di *full jurisdiction* deve essere libero da ogni limitazione “autoimposta o altrimenti prevista” all’esame dei punti decisivi per la decisione della controversia. Sull’attuazione dell’art. 6 CEDU nelle controversie sull’esercizio del potere amministrativo, v., altresì, C. EDU, plen., 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W. c. United Kingdom*, § 82; sez. V, 7 giugno 2012, caso n. 32181/04, 35122/05, *Sigma Radio Televisioni Ltd. v. Cyprus*, § 157; sez. I, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, *Steininger v. Austria*, § 52, §50.

¹⁷⁶ F. GOISIS, *L’efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, cit., 75; L. PREVITI, *Il tramonto della full jurisdiction per gli antitrust infringingements: la chiusura italiana ai principi dettati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di sanzioni amministrative e giusto processo. Il caso delle intese anticoncorrenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1354.

¹⁷⁷ C. EDU, 27 settembre 2011, C-43509/08, *Menarini diagnostic s.r.l. c. Italia* riconosce che la sanzione *antitrust* ha natura penale secondo i criteri elaborati da C. EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, §§ 81 e 82, che ha fornito un’interpretazione sostanzialistica della nozione di “accusa penale” rinvenibile all’interno dell’art. 6 CEDU. In quest’ottica, l’obiettivo dell’insegnamento della C. EDU è quello di evitare

quanto alla luce della nuova efficacia di accertamento. Quest'ultima, infatti, rende la decisione amministrativa (divenuta inoppugnabile o confermata in sede di ricorso) "decisiva" per l'esercizio del diritto risarcitorio, essendo in grado di influenzarne il contenuto¹⁷⁸.

Consapevole delle ricadute del vincolo *antitrust* sul tema del diritto di difesa dell'impresa convenuta, il legislatore delegato ha inserito al secondo periodo dell'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 la seguente disposizione: "*il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*".

Lo scopo di tale previsione è coordinare l'effetto vincolante ascritto al provvedimento dell'AGCM, limitativo delle facoltà probatorie dell'autore della violazione nel giudizio risarcitorio, con le garanzie difensive esercitabili nei confronti del provvedimento *antitrust*¹⁷⁹. La

che il legislatore nazionale, attraverso la qualificazione formale delle sanzioni *antitrust*, escluda il regime di garanzia previsto dalla CEDU.

¹⁷⁸ L'art. 6 CEDU, che sancisce il principio del giusto processo, si applica non solo nei procedimenti penali, ma anche nelle controversie in cui si controverte di situazioni "decisive" per l'esercizio di situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento. Anche una decisione amministrativa può essere ritenuta "determinativa" di diritti e obbligazioni civili, in quanto il concetto di "determinazione" è stato riferito ad ogni atto in grado di precisare o influenzare il contenuto della situazione giuridica coinvolta. Sul tema, L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11, Placi c. Italy)*, in www.osservatorioaic.it, 9, sottolinea come l'indifferenza della CEDU per il *nomen iuris* dei rapporti intersoggettivi assuma un rilievo particolare nel nostro ordinamento a fronte del dualismo delle situazioni giuridiche soggettive che il privato vanta nei confronti della pubblica amministrazione. In dottrina, v. altresì F. GOISIS, *Garanzie procedimentale la convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 4, 1345; M. ALLENA, *Garanzie procedimentali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Giustamm.it*, 2011, 12.

¹⁷⁹ Nella relazione governativa al D. Lgs. n. 3/2017, con riferimento all'art. 7, si legge che: "l'effetto dell'accertamento contenuto nel provvedimento dell'autorità nei confronti dell'autore della violazione, che può intendersi in termini di limitazione delle sue facoltà probatorie nel giudizio di risarcimento del danno a violazione del diritto della concorrenza, appare (...) compatibile con i principi costituzionali in materia di diritto di difesa, poiché la sostanziale limitazione dei poteri processuali della parte convenuta, che non può dare prova contraria dell'avvenuta violazione che sia accertata in via definitiva, va coordinata con la piena garanzia giurisdizionale accordata dall'autore della violazione nei confronti dei provvedimenti sanzionatori dell'autorità, che possono essere impugnati davanti al giudice amministrativo,

norma citata, tuttavia, invece di creare chiarezza sul punto, ha alimentato il già intenso dibattito in tema di *full jurisdiction*¹⁸⁰.

L'interpretazione logica e letterale della disposizione, infatti, riporta l'assetto del sindacato di legittimità a prima degli anni '90, prevedendo che il sindacato del giudice amministrativo non si estende ai profili tecnici che presentano un margine di opinabilità. Secondo quest'interpretazione, quindi, il sindacato del giudice amministrativo dovrebbe arrestarsi dinanzi alle valutazioni tecnico-economiche dell'AGCM, in quanto fondate su scienze inesatte ed opinabili, che consentono di "riempire" di significato i concetti giuridici indeterminati contenuti nei divieti *antitrust*.

Escludere *tout court* il riesame delle valutazioni tecniche dell'AGCM, però, non è coerente con il percorso evolutivo che la giurisprudenza amministrativa ha intrapreso e che l'ha condotta ad un sindacato intrinseco implicante un diretto accesso ai fatti del giudizio e un controllo sulla qualificazione giuridica degli elementi di natura tecnica rilevanti, verificando il percorso intellettuale seguito dall'amministrazione¹⁸¹.

A partire da Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, infatti, il giudice amministrativo, a fronte di una valutazione tecnica, effettua una

chiamato, a sua volta, ad esercitare un adeguato controllo giurisdizionale, che il secondo periodo del comma 1 assicura".

¹⁸⁰ Il secondo periodo dell'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 non trova fondamento né nella legge delega n. 114/2015 né nella Direttiva 2014/104/UE ed è considerato anacronistico da F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2, 200 e ss.; in senso critico, F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia, cit.*, 138, ravvisa un'"incoerenza concettuale intrinseca alla norma", dato che l'arresto del giudice di fronte alle questioni opinabili si porrebbe in contraddizione con la previsione di una verifica diretta dei fatti.

¹⁸¹ La pluralità di modelli di sindacato giurisdizionale è affrontata da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 133 e ss.; il sindacato è intrinseco quando è esercitato applicando le cognizioni tecniche necessarie per accertare il fatto presupposto del provvedimento impugnato, mentre si definisce diretto quando è volto al controllo della veridicità del fatto in via autonoma e indipendente dall'attività conoscitiva svolta dall'amministrazione (cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 489). Dunque, anche in forza della L. n. 205/2000, che ha codificato l'esperibilità della consulenza tecnica d'ufficio nel giudizio amministrativo, viene abbandonato il principio della sindacabilità estrinseca della c.d. discrezionalità tecnica, che consiste in una pura verifica formale dell'attività valutativa compiuta dall'amministrazione alla luce di generici criteri di esperienza

“verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo”, precisando che la questione di fatto “non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità”¹⁸².

Nello specifico, si sostiene che laddove il fatto presupposto dalla norma attributiva del potere sia complesso, nel senso di richiedere un apprezzamento tecnico non univoco da compiere alla stregua di conoscenze specialistiche di carattere extra-giuridico, è la stessa struttura normativa ad assegnare rilevanza giuridica ai criteri, alle regole e ai canoni tecnici impiegati e, dunque, ad attrarli nel sindacato di legittimità.

Del pari, con riferimento ai provvedimenti *antitrust*, il Consiglio di Stato da tempo ritiene che il sindacato del giudice amministrativo si estenda anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne la legittimità, e che, ove questi includano valutazioni ed apprezzamenti con un oggettivo margine di opinabilità, lo scrutinio di legittimità s’inveri in un controllo di logicità, coerenza e ragionevolezza di tale giudizio e nella verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità¹⁸³.

¹⁸² Con. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 182 e ss., con nota di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato* e P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, e in *Giornale dir. amm.*, 1999, 12, 1179, con nota di D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*.

¹⁸³ Cfr. *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 03 marzo 2020, n. 1547; sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266. I tratti del sindacato sugli atti dell’AGCM appaiono pressoché analoghi a quelli della tutela giurisdizionale avverso gli atti della Commissione. G. GATTINARA, *La tutela giurisdizionale avverso gli atti della Commissione*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Padova, 2020, 626 e ss., sottolinea come il giudice UE non possa rimettere in discussione la scelta della Commissione, ad esempio di intervenire in un determinato settore o i criteri generali con cui attuare la politica della concorrenza. C. giust., 8 dicembre 2011, C-389/10 P, *KME Germany AG c. Commissione*, punto 121, statuisce che negli ambiti in cui la Commissione dispone di un potere discrezionale in materia economica il giudice dell’UE: *i*) controlla come la Commissione ha interpretato i dati di natura economica; *ii*) verifica l’esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza; *iii*) accerta se tali elementi costituiscono l’insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che ne sono state tratte (in senso analogo, C. giust., 15 febbraio 2005, C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval*, punto 39; 22 novembre 2007, C-525/04 P, *Spagna c. Lenzing*, punti 56 e 57).

Si tratta di un sindacato di “attendibilità tecnica”, che ammette una piena conoscenza del fatto nonché del percorso intellettuale e/o volitivo seguito dall’amministrazione, allontanando il processo amministrativo dal paradigma “cassatorio” di legittimità e privilegiando, invece, una connotazione “appellatoria” di gravame, secondo lo schema tipico di impugnazione, che ha ad oggetto il provvedimento e il relativo procedimento, piuttosto che la sola rappresentazione che della realtà si fa l’amministrazione¹⁸⁴.

Dal confronto tra l’art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 e il “diritto vivente” emerge, pertanto, l’imprecisione linguistica del legislatore, che testualmente revoca in dubbio il modello processuale invariato da tempo nella giurisprudenza, in base al quale il sindacato amministrativo si estende all’analisi economica compiuta dall’AGCM, al fine di controllare la ragionevolezza degli apprezzamenti tecnici, attraverso la ripetizione e l’analisi del procedimento cognitivo e valutativo da essa svolto.

Al contempo, il legislatore delegato non affronta quello che rappresenta la vera questione che ancora oggi anima il dibattito scientifico in tema di sindacato sui provvedimenti *antitrust*, e cioè se il giudice amministrativo possa sostituire alla regola tecnica formulata dall’AGCM quella elaborata nel corso del processo (di regola, avvalendosi di una consulenza tecnica d’ufficio, *ex art. 67 c.p.a.*).

L’opinabilità (o controvertibilità) delle valutazioni tecniche, infatti, comporta che la qualificazione illecita di una fattispecie *antitrust* è fortemente influenzata dalla definizione nel caso concreto dei concetti di mercato rilevante, di consistente restrizione del gioco concorrenziale, di abuso di posizione dominante nel mercato; tali concetti giuridici indeterminati implicano l’applicazione di teorie economiche, che in quanto frutto di una scienza inesatta non conducono ad un’univoca

¹⁸⁴ Cfr. Cons. St., n. 4990/2019, *cit.*

soluzione, sicché l'AGCM deve scegliere tra le alternative prospettabili quella tecnicamente preferibile. Laddove, però, il giudice amministrativo non condivide siffatto apprezzamento, si discute se la valutazione giudiziale prevalga o meno su quella dell'AGCM.

La discussione si muove all'interno delle coordinate del rapporto tra legge, giudice e amministrazione (*rectius*, tra il momento intellettuale della norma attributiva del potere e la sua applicazione al caso concreto); in generale, ci si domanda se, nei casi in cui il legislatore delimita il potere amministrativo attraverso il ricorso a concetti giuridici indeterminati, la valutazione di ordine tecnico sia oggetto di una riserva assoluta in capo all'amministrazione.

In ambito pubblicistico, infatti, la sovrapposizione dell'opera interpretativa del giudice a quella già svolta dall'amministrazione può rappresentare una violazione del principio di separazione dei poteri dello Stato, dal momento che il titolare del potere di concretizzazione della norma è anzitutto l'amministrazione e solo in seconda battuta il giudice amministrativo¹⁸⁵.

La tesi che tende a configurare una competenza riservata in capo all'AGCM, attraverso un controllo giurisdizionale non "sostitutivo" (o "debole", da intendersi come quello che impedisce al giudice di esprimere proprie autonome scelte in ordine alle valutazioni tecniche opinabili)¹⁸⁶,

¹⁸⁵ Sotto questo profilo, l'applicazione dei concetti giuridici indeterminati nel processo amministrativo si distingue da quella del giudice ordinario, che in campo civile o penale li applica nei confronti di soggetti privi di potere autoritativo e, dunque, non ha problemi ad effettuare un sindacato sostitutivo. Sul punto, cfr. M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., 51; sulla posizione della giurisprudenza ordinaria, VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 136. Emerge, quindi, una nozione di valutazione tecnica "a geometria variabile", come osserva M. CAPPALÀ, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro...e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019, 21, 4.

¹⁸⁶ Cons. St., n. 926/2004, cit., precisa che con l'espressione sindacato di tipo "debole" si intende porre un limite finale alla statuizione del giudice, che, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'autorità corrette, ragionevoli, proporzionate e attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere. Questa precisazione si è resa necessaria perché

valorizza l'intangibilità del merito amministrativo: così come il giudice non può sindacare l'opportunità di una scelta discrezionale dell'amministrazione¹⁸⁷, allo stesso modo non può sindacare l'opinabilità di una scelta tecnica ragionevole alla luce delle scienze specialistiche, sostituendo il proprio modello di attuazione logica dei concetti giuridici indeterminati a quello dell'amministrazione.

A questo argomento, se ne aggiungono altri, che riguardano la specifica ipotesi in cui l'amministrazione interessata è l'AGCM. In questi casi, il carattere non sostitutivo del sindacato sulle valutazioni tecniche deriverebbe dalla particolare complessità tecnica della materia concorrenziale, istituzionalmente affidata alla competenza di un soggetto altamente specializzato¹⁸⁸, nonché dalla presenza di una valutazione tecnica che “*impinge nelle scelte di merito*”¹⁸⁹, non essendo la disciplina

l'“infelice” distinzione tra sindacato “debole” e sindacato “forte”, come ricorda F. SCLAFANI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e merito*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, 1, 159, aveva indotto le imprese a lamentare che un sindacato definito “debole” non è compatibile con il principio di effettività della tutela. Oggi tale distinzione è stata superata e sostituita con quella tra controllo “sostitutivo” o “non sostitutivo”, come rileva F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle Istituzioni di tutela della concorrenza*, cit., 140.

¹⁸⁷ Il parallelismo si spiega in ragione del fatto che l'amministrazione può trovarsi a dover scegliere tra più soluzioni possibili sia quando esercita attività discrezionale “pura” sia quando effettua una valutazione tecnico-scientifica. Per questo motivo, il potere di valutazione tecnica viene spesso indicato con l'espressione “discrezionalità tecnica”, che, però, non fa venire meno l'estraneità di quest'ultima rispetto alla discrezionalità amministrativa vera e propria. La discrezionalità “pura” si distingue dalla valutazione tecnica per il diverso processo di conoscenza, dato che la scelta dell'amministrazione nel primo caso costituisce l'esito di una comparazione degli interessi pubblici-privati coinvolti (secondo la ricostruzione di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, spec. pp. 74 ss.), ossia di una scelta “politico-amministrativa”. L'amministrazione individua la soluzione, tra quelle legittime, che ritiene più adeguata in ordine all'interesse pubblico da perseguire, e la convenienza e/o opportunità di tale scelta afferisce alla sfera del merito amministrato, escluso dal sindacato del giudice (sul tema, E. FOLLIERI, F. G. SCOCA, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, in F. G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 174.).

¹⁸⁸ In giurisprudenza, Cons. St. n. 2199/2002, cit., richiama la “*rilevanza della materia della tutela della concorrenza, affidata dal legislatore ad una Autorità amministrativa, caratterizzata da una particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza*”.

¹⁸⁹ VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 129.

di ordine tecnico suscettibile di un apprezzamento neutrale (caratterizzato, cioè, dall'indifferenza del risultato valutativo rispetto all'osservatore)¹⁹⁰.

A questo riguardo, si afferma che l'esclusività della valutazione tecnica in capo all'amministrazione derivi dalla difficoltà di separare la fase di accertamento (in senso proprio) delle circostanze e del contesto fattuale – definiti nella loro consistenza storica o naturalistica – dalla “contestualizzazione” della norma (*rectius*, dei concetti giuridici indeterminati)¹⁹¹, in cui si annida quella che viene chiamata “discrezionalità tecnica” dell'AGCM¹⁹², implicando un apprezzamento che il legislatore “*funzionalizza all'interesse pubblico, alla cui cura l'amministrazione è preposta*”¹⁹³.

Cercando un equilibrio tra l'effettività della tutela e la separazione dei poteri amministrativo e giurisdizionale, il Consiglio di Stato afferma che le cognizioni tecniche devono essere utilizzate dal giudice

¹⁹⁰ M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., 71. Si tratta delle letture proposte dalla dottrina che avvicinano le valutazioni tecniche delle Autorità indipendenti alla discrezionalità amministrativa, in conseguenza della sempre più frequente commistione tra il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della scelta discrezionale, tale da rendere la seconda direttamente influenzata dalla prima. In tali casi, la fattispecie è concretizzabile soltanto attraverso un “*giudizio di insieme basato su una libera selezione e valutazione delle circostanze rilevanti, orientata esclusivamente dallo scopo della disciplina normativa*” (così, B. TONOLETTI, *L'accertamento*, cit., 142-144). Sul tema, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 300, con riferimento all'applicazione dei concetti giuridici indeterminati, sottolinea che, “*non tutti questi concetti si comportano allo stesso modo: ad alcuni di essi infatti, anche se il canone di giudizio prevalente è di altro ordine, non possono essere completamente estranee valutazioni puramente amministrative (esemplare il concetto di urgenza): in questi casi, la determinazione del concetto, cioè, non può prescindere dal concreto riferimento anche all'interesse pubblico*”.

¹⁹¹ Secondo la suddivisione operata da Cons. St., n. 2199/2002, cit., che distingue logicamente le varie fasi della decisione amministrativa evidenziando una prima scansione (fase *a*) di accertamento dei fatti, che verranno poi “confrontati” (fase *c*) con il parametro contestualizzato (fase *b*) al fine dell'eventuale applicazione della sanzione (fase *d*).

¹⁹² Cfr. la distinzione offerta da E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 481, in base alla quale gli accertamenti (o acclaramenti) sono dichiarazioni di scienza relative a fatti semplici constatati alla stregua di un criterio obiettivo incentrato sulla coppia “sussistenza-insussistenza” e si distinguono dalle valutazioni tecniche, che, invece, vengono poste in essere quando, al fine di operare la qualificazione di un fatto, non è sufficiente una semplice attività di apprendimento e una consequenziale dichiarazione di scienza, ma è richiesta un'attività di valutazione e, cioè, la formazione di un giudizio estimativo. A differenza degli accertamenti, le valutazioni tecniche sono il frutto di “discrezionalità tecnica”, sebbene si tratti pur sempre di un'attività non decisionale e priva del carattere volitivo tipico della discrezionalità “pura”.

¹⁹³ M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, spec. 746, 754.

amministrativo al solo scopo di controllare la ragionevolezza e la coerenza tecnica del provvedimento *antitrust*, precisando che, laddove ad un certo problema tecnico ed opinabile l'AGCM abbia dato una determinata risposta, il giudice non è chiamato a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, bensì deve verificare se siffatta risposta rientri o meno nella gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto¹⁹⁴.

La medesima impostazione è condivisa dalle Sezioni Unite, secondo cui i provvedimenti dell'AGCM “*sono sindacabili per vizi di legittimità e non di merito, nel senso che non è consentito al Giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo 'forte' sulle valutazioni tecniche opinabili, che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione*”¹⁹⁵.

Alla luce dell'orientamento esposto, una parte della dottrina interpreta il secondo periodo dell'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 in senso non innovativo, come conferma dell'accesso diretto del giudice a tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere (anche quelli a struttura complessa) e di un sindacato giurisdizionale che, sulla scia dei limiti indicati dalla giurisprudenza, è “*destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consente di definire quell'apprezzamento illegittimo*”¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Cons. St, sez. VI, 03 marzo 2020, n. 1547; sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6022; sez. IV, 10 dicembre 2014, n. 6050. In dottrina, F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle Istituzioni di tutela della concorrenza*, cit., 121.

¹⁹⁵ Cass., S.U., 20 gennaio 2014, n. 1013, avente ad oggetto la verifica dell'eventuale eccesso di potere giurisdizionale in materia di sanzioni irrogate dall'AGCM. In dottrina, B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazione a Corte di Cassazione Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 1057 e ss..

¹⁹⁶ Cass., S.U., 7 maggio 2019, n. 11929. Nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2020, n. 2674. A favore di un sindacato di mera attendibilità M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla*, cit., 740 e ss., spec. 746; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 97 ss..

Un diverso orientamento, però, ritiene che, specialmente a seguito dell'effetto vincolante di cui all'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017, il sindacato "non sostitutivo" del giudice amministrativo sia incompatibile con i canoni di *full jurisdiction* delineati dalla Corte EDU.

L'art. 6 CEDU, infatti, imporrebbe l'attuazione di un sindacato di "maggiore attendibilità", in cui il giudice non si limita a vagliare l'attendibilità intrinseca della soluzione tecnica adottata dall'AGCM, ma si spinge fino a verificare se la scelta compiuta dall'Autorità sia la più plausibile tra tutte le soluzioni alternative prospettate dalle parti. In questa prospettiva, il provvedimento *antitrust* potrà essere annullato laddove la valutazione dell'AGCM, sebbene intrinsecamente attendibile (perché rientrante nei margini di elasticità consentiti dai concetti giuridici indeterminati contenuti nei divieti *antitrust*) sia ritenuta meno attendibile di quella prospettata dall'impresa sanzionata.

L'indirizzo in esame sostiene che soltanto un sindacato di tale intensità possa assicurare adeguata tutela all'autore della violazione concorrenziale, che altrimenti non potrebbe fare valere un diverso apprezzamento degli elementi costitutivi dell'illecito né in sede di ricorso né nell'eventuale successivo processo civile di risarcimento.

Ciò non toglie, comunque, che in forza del principio dispositivo il giudice deve essere posto in condizione di comparare le diverse soluzioni tecniche che in astratto l'Autorità avrebbe potuto adottare in applicazione del criterio dalla stessa prescelto; il ricorrente, pertanto, non può genericamente dolersi di tutto il provvedimento, nell'intento di sollecitare un riesame dell'intero procedimento, ma ha l'onere di individuare in modo nitido e puntuale le carenze e le criticità che affliggono la valutazione dell'AGCM nonché le altre soluzioni tecniche che quest'ultima avrebbe potuto seguire.

La tesi del sindacato di “maggiore attendibilità” ha conosciuto una prima applicazione con la “coraggiosa”¹⁹⁷ sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato, 15 luglio 2019, n. 4990 che ritiene di aderirvi in ossequio ad una “riconsiderazione” della giurisprudenza in materia alla luce del nuovo assetto che la riforma del 2017 ha tracciato tra *public* e *private enforcement antitrust*.

L’impianto argomentativo della sentenza in esame offre spunti di riflessione rilevanti ai fini di una ricostruzione sistematica del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell’AGCM.

I principi espressi nella citata sentenza muovono da due premesse strettamente correlate tra loro: la prima è che le valutazioni tecniche espresse dall’AGCM rientrano nel perimetro della *quaestio facti* e, come tali, risultano pienamente sindacabili dal giudice amministrativo, mentre la seconda afferma che la vigilanza esercitata dall’AGCM contiene in sé i connotati di una funzione “arbitrale” volta a comporre interessi privati contrapposti.

Nello specifico, il Consiglio di Stato ritiene che il potere esercitato dall’AGCM consista nel presidiare e salvaguardare le “condizioni di contesto” all’interno delle quali i rapporti interprivati possono legittimamente esplicarsi. Dette condizioni sono prestabilite dal legislatore, che “*determina a priori ed in astratto ciò che spetta ad ognuno dei soggetti coinvolti*”, sicché lo schema logico attraverso cui qualificare una condotta come illecito *antitrust* non si articola nella sequenza norma-fatto-potere-effetto, bensì nella sequenza norma-fatto-effetto.

Nel contesto ordinamentale così delineato gli elementi descrittivi dell’illecito sono considerati nella “*dimensione oggettiva di ‘fatto storico’ accertabile in via diretta dal giudice, e non di fatto ‘mediato’*”

¹⁹⁷ Come la definisce G. GRECO, *L’illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, cit., 9, che condivide le conclusioni di Cons. St. n. 4990/2019, cit.

dall'apprezzamento dell'Autorità" e la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logico-semanticamente dei concetti giuridici indeterminati è qualificata come "un'attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa".

Nel ragionamento proposto, il sindacato "sostitutivo" viene giustificato sull'assunto che l'accertamento dell'illecito *antitrust* non consisterebbe in un'attività discrezionale in quanto l'assetto degli interessi risulterebbe già prefigurato a livello legislativo; in questo senso, al giudice amministrativo spetterebbe l'ultima parola sull'applicazione del diritto *antitrust*, potendo accertare la regola sostantiva stabilita dal legislatore e "definire" in tutti i suoi aspetti la fattispecie sostanziale, se del caso prendendo posizione sul grado di attendibilità della valutazione economica compiuta dall'AGCM.

Quanto detto sarebbe dimostrato dal fatto che nei processi c.d. *stand alone* (ossia non preceduti da una decisione dell'AGCM) il giudice gode di una piena ed indiscussa autonomia nell'accertamento della violazione *antitrust*; come rilevato in dottrina "se una stessa condotta può costituire un illecito *antitrust*, sia che vi sia l'intervento dell'Autorità sia in sua assenza, significa che l'intera fattispecie dell'illecito è normativamente prefigurata (sia pure in termini molto generici), senza alcun apporto integrativo o di completamento da parte dell'Autorità medesima. E se su tale condotta e sulla sua riconducibilità alla fattispecie normativa sussiste il sindacato pieno del Giudice ordinario, non si vede perché altrettanto non possa accadere per il Giudice amministrativo"¹⁹⁸.

¹⁹⁸ G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, cit., 11, in linea con la sentenza del Cons. St. n. 4990/2019. Contra, M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, cit., 748; F. SCLAFANI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e merito*, cit., 162-163, il quale pur evidenziando una serie di "buone ragioni" a favore di un sindacato di maggiore attendibilità, critica il passaggio motivazionale di Cons. St. n. 4990/2019, ritenendo che la diversità del sindacato esercitato dal giudice ordinario nelle azioni civili *stand alone* rispetto a quello del giudice amministrativo sulla legittimità dei provvedimenti *antitrust* derivi dall'assenza di un

Le conclusioni cui è pervenuto il Consiglio di Stato non sono state condivise da tutta la comunità scientifica, divisa tra chi ritiene ammissibile (e necessario ai sensi del diritto CEDU) un sindacato pieno di tipo “sostitutivo” e chi, all’opposto, rintraccia nell’attività di accertamento dell’illecito *antitrust* profili di “discrezionalità tecnica”, che in quanto connotati da oggettivi margini di opinabilità si ritengono assoggettati ad un sindacato di “attendibilità tecnica”, in cui il controllo del giudice è circoscritto ai profili di ragionevolezza, logicità e coerenza, senza poter sostituire il proprio apprezzamento (opinabile) a quello (altrettanto opinabile) dell’AGCM.

A ben vedere, al centro del dibattito si pone la questione se le valutazioni tecniche compiute in sede di *public enforcement* svolgano o meno una funzione integrativa e di completamento del precetto *antitrust*.

La dottrina favorevole ad un tipo di sindacato “sostitutivo” ritiene che gli elementi costitutivi dell’illecito concorrenziale siano già compiutamente definiti sul piano legislativo, tenuto conto che, secondo la consolidata giurisprudenza convenzionale, le norme sostanzialmente penali (come quelle *antitrust*) devono risultare determinate, accessibili e

provvedimento amministrativo, e trovi la sua giustificazione nella circostanza che l’illecito *antitrust* viene accertato solo dal giudice civile senza la preventiva “mediazione” dell’AGCM.

prevedibili¹⁹⁹, per cui si esclude che l'AGCM possa integrare o completare la fattispecie normativa²⁰⁰.

Un diverso indirizzo, invece, collega la valutazione tecnica al merito amministrativo, dal momento che, quando il presupposto della norma attributiva del potere consiste in un fatto storico mediato, cioè assorbito nell'attività valutativa dell'amministrazione, *“la legge delega all'amministrazione il compito di ravvisare quando esista in concreto l'interesse da tutelare, perché l'interesse è implicito nel presupposto”*²⁰¹.

La dottrina da ultimo menzionata esclude che l'attività connotata da discrezionalità tecnica sia riconducibile ad una questione puramente interpretativa, precisando che *“l'interesse non è presupposto alla valutazione (si da imporsi sulla stessa e si da orientarne le conclusioni), ma, quanto alla propria esistenza, né è il frutto”*²⁰². In questi casi, dunque, se l'interesse concreto da tutelare è collegato alla valutazione tecnica e se la valutazione, a sua volta, è il prodotto di un'attività posta in essere dall'Autorità, è consequenziale riconoscere che spetta sostanzialmente

¹⁹⁹ Il principio di legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) è riconosciuto dalla C. EDU, 20 aprile 2009, *Sud Fondi s.r.l. c. Italia*, nell'art. 7, § 1, CEDU, che viene interpretato nel senso che la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che reprimono le condotte penalmente rilevanti, nel senso che nel momento in cui un imputato commette l'atto che dà luogo al procedimento e alla condanna deve esistere una disposizione legale che rende tale atto punibile e la pena imposta non deve eccedere i limiti fissati da tale disposizione. Sulla nozione CEDU di sanzione penale, cfr. C. EDU, sez. II, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia* (nozione fatta propria da C. giust., 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, § 35). Sul tema, M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e della prevedibilità*, in *Federalismi.it*, 2017, 4, 3 e ss., sottolinea come la giurisprudenza di Strasburgo abbia superato la classica distinzione tra sanzioni amministrative in senso stretto (cfr. A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, 1989, 350) e sanzioni amministrative in senso lato, che hanno carattere ablatorio-ripristinatorio, riconducendo alla “materia penale” non solo quei provvedimenti nei quali la componente di cura in concreto dell'interesse pubblico si affianca a finalità punitive, bensì, più in generale, ogni misura prevista dall'ordinamento come reazione alla commissione di un illecito e purché connotata da un certo grado di severità, anche ove di tipo interdittivo o con finalità ripristinatorie reali.

²⁰⁰ G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, cit., 18 e ss.

²⁰¹ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 825, il quale precisa che la fattispecie e i singoli presupposti concorrono, in termini generali, ad individuare una sorta di “bisogno”, che è il riflesso di un interesse, a cui l'atto o la norma, con i propri effetti, intendono dare soddisfazione e quindi porre rimedio.

²⁰² F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 810.

all'Amministrazione ravvisare quando esista in concreto l'interesse tutelato²⁰³.

Tra i sostenitori di un sindacato “non sostitutivo” vi è, poi, chi sostiene che la “*nuova modalità (più intensa) di sindacato*”²⁰⁴ finirebbe per stravolgere il sistema di allocazione dei poteri definito dalla L. n. 287/1990, che assegna ruoli diversi all'intervento dell'AGCM e a quello del giudice amministrativo²⁰⁵.

Il giudice amministrativo, infatti, è chiamato a esprimersi in relazione alla correttezza della decisione dell'AGCM e la sua pronuncia non è destinata ad assorbire o a sovrapporsi a quest'ultima, proprio perché il processo non è da intendere come la ripetizione *ex novo* del procedimento amministrativo²⁰⁶.

Se così non fosse, si finirebbe “*per riconoscere un ruolo di vertice ad un giudice che si presume infallibile*”, il che porterebbe a interrogarsi sulla ragionevolezza di un sistema che attribuisce al giudice (e non all'AGCM) l'ultima parola sulla soluzione tecnica da considerare maggiormente attendibile. In una tale situazione, l'apprezzamento del giudice finirebbe per tradursi in una scelta arbitraria, in quanto “*se attendibile significa 'che meriti di essere creduto', allora è difficile immaginarsi diversi livelli in astratto, o tanto più in concreto (di attendibilità)*”²⁰⁷.

²⁰³ M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., 512: “*l'interesse pubblico alla concorrenza è un interesse di composizione, che offre un punto di mediazione al coacervo di interessi esistente sul mercato. È la stessa autorità ad avere il compito di ricavare, o, meglio, di creare tale interesse, in relazione ad una specifica situazione, facendo emergere di funzione amministrativa necessariamente ancorata al dato concreto*”.

²⁰⁴ Come si legge al punto 1.7 della sentenza del Cons. St., 15 luglio 2019, n. 4990.

²⁰⁵ M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, cit., 749.

²⁰⁶ M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, cit., 749; F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, cit., 143. *Contra*, F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, spec. 42-43.

²⁰⁷ M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, cit., 747.

Oltretutto, l'AGCM è un'autorità indipendente dal potere politico, altamente specializzata e preposta in via istituzionale all'applicazione delle sanzioni *antitrust*, sicché neppure richiamando l'esigenza di sottrarre la tutela della concorrenza alle influenze della politica e dei partiti, si potrebbe giustificare la prevalenza della decisione del giudice rispetto a quella amministrativa. Quello che emerge, piuttosto, è l'inadeguatezza di una tutela "sostitutiva" offerta da un giudice privo delle conoscenze tecniche specifiche possedute dall'AGCM²⁰⁸.

Inoltre, è vero che il giudice ordinario nelle controversie *stand alone* accerta autonomamente l'illecito *antitrust*, ma ciò non significa che il giudice amministrativo possa operare con le stesse modalità del giudice ordinario, in quanto nel giudizio di impugnazione il giudice è chiamato ad esprimersi, nei limiti dei motivi di ricorso, in relazione alla correttezza della decisione dell'AGCM²⁰⁹.

²⁰⁸ M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, cit., 749. Sul tema, VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 146: "sarebbero in gioco delicati equilibri di sistema laddove si attribuisse al binomio giudice-consulente una credibilità ontologicamente superiore a quella di amministrazioni particolarmente qualificate sotto il profilo tecnico, quale le autorità indipendenti". Cfr. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914 (rist. 1992), 410: "Le norme di discrezionalità tecnica importano... un apprezzamento in relazione alle esigenze dell'interesse pubblico dei fatti che ne presuppongono l'applicazione. Quindi esse sono un termine di paragone assai impreciso ed incerto. Se esse dovessero vincolare l'amministrazione bisognerebbe ammettere che vi fossero dei giudici i quali sull'istanza dei cittadini interessati sindacassero l'opera dell'amministrazione per rivedere la valutazione dei fatti in base alle quali questa ha agito. Ma i giudici non avrebbero spesso elemento per far bene questo giudizio in relazione al pubblico interesse, non avrebbero nelle norme una guida sicura per farlo, datane l'imprecisione. D'altronde se errassero, sarebbero irresponsabili, perché i giudici sono irresponsabili dei meri errori. In altre parole, in tutti questi casi l'ultima parola spetterebbe a organi incompetenti tecnicamente e irresponsabili. Tanto vale allora non istituire il controllo, lasciare arbitra l'amministrazione di applicare le norme stesse contando sulla sua capacità e responsabilità. Ecco perché l'attività regolata da norme di discrezionalità tecnica è trattata d'ordinario come se le norme non ci fossero e se si trattasse di discrezionalità pura. Ciò non toglie che tra la discrezionalità pura e discrezionalità tecnica una differenza ci sia: là manca la norma regolatrice, qui c'è. E l'assenza di controllo giurisdizionale è un fenomeno contingente".

²⁰⁹ M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, cit., 748; F. SCLAFANI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e merito*, cit., 162-163: "il fatto che nelle azioni civili c.d. *stand alone* il giudice ordinario eserciti un modello di sindacato diverso (ma non per questo più incisivo, anzi) da quello esercitato dal giudice amministrativo sulla legittimità dei provvedimenti *antitrust* deriva dall'assenza di un provvedimento amministrativo e trova la sua giustificazione nella circostanza che l'illecito

La giurisdizione esclusiva devoluta al giudice amministrativo dall'art. 133, c. 1, let. *l*), c.p.a. resta, infatti, pur sempre un giudizio impugnatorio di legittimità, che può estendersi al merito, ai sensi dell'art. 134, c. 1, let. *c*), c.p.a., soltanto ove la contestazione riguardi la congruità del *quantum* della sanzione pecuniaria comminata dall'AGCM. Unicamente in questo caso, il giudice amministrativo è legittimato a modificare l'entità della sanzione, con una sentenza ad efficacia costitutiva a completamento della fattispecie sostanziale²¹⁰.

Una parte della dottrina ha proposto una diversa lettura del citato art. 134, prospettando che la cognizione di merito non sia limitata alla fase di applicazione della sanzione, ma abbracci l'intero suo accertamento. Così facendo, in primo luogo, verrebbe garantita una vera e propria *full jurisdiction* sulle sanzioni *antitrust*, in secondo luogo si eviterebbe una disparità di tutela rispetto ai destinatari di altre tipologie di sanzioni che, attraverso l'opposizione di cui agli artt. 22 e 23 L. n. 689/1981, hanno la possibilità di rivolgere le proprie doglianze al giudice ordinario.

Infatti, mentre il giudice ordinario riesamina la vicenda controversa in tutti i suoi aspetti e, in particolare, verifica la fondatezza della pretesa

antitrust viene accertato solo dal giudice civile senza la preventiva mediazione di un'autorità di concorrenza".

²¹⁰ Il sindacato di merito può comportare la rideterminazione del *quantum* della sanzione; cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 289. Da una disamina della casistica *antitrust* italiana in tema di intese e abuso di posizione dominante A. CASTALDO, M. GRANTALIANO, NICOLA M.F. FARAONE, *La rideterminazione giudiziale delle sanzioni antitrust: tra discrezionalità tecnica e metodologica*, in *Merc. conc. reg.*, 2018, 3, 487 e ss., rilevano un'elevata propensione del giudice amministrativo a rideterminare (nel 52% dei casi) l'importo delle sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM. Ai sensi dell'art. 34, c. 1, let. *c*), c.p.a. nei casi di giurisdizione di merito il giudice amministrativo, in caso di accoglimento del ricorso, "*adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato*". La forza evocativa della parola "merito", intesa con il significato che ha nel diritto amministrativo sostanziale, ha portato a ritenere che il sindacato si estenda al limite delle valutazioni di opportunità amministrativa; l'accentuazione di tale profilo ha addirittura portato a dubitare della natura giurisdizionale dell'attività del giudice amministrativo c.d. di merito, con riferimento al quale si è parlato di "attività giurisdizionale solo in senso formale", di "giurisdizione mista ad attività amministrativa", di "giurisdizione mista a legislazione". Sul tema, A. POLICE, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in G.P. CIRILLO (diretto da), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2017, 104; ID., *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2, 273.

creditoria fatta valere dall'amministrazione²¹¹, il giudice amministrativo non compie un sindacato pieno sui presupposti applicativi della sanzione irrogata dall'AGCM.

Dato questo quadro, si pone il problema di conciliare la tutela oggettiva del mercato concorrenziale con la tutela del diritto di difesa delle imprese, che hanno il diritto di realizzare nel mercato anche i comportamenti economici più complessi e sofisticati.

Una possibile soluzione potrebbe essere fornita dalla devoluzione della competenza giurisdizionale in materia di sanzioni *antitrust* al giudice ordinario, storicamente in grado di fornire una tutela piena, basata sul rapporto (e non sull'atto), ai destinatari delle sanzioni. L'attrazione delle sanzioni *antitrust* nel perimetro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo risponde, infatti, alla logica dei blocchi di materie respinta dalla Corte Costituzionale, che ha ribadito che giudice naturale dei diritti soggettivi è il giudice ordinario.

Secondo questa visione, nella disciplina *antitrust* coesisterebbero due diverse dimensioni: una amministrativa di natura autoritativa (a garanzia del mercato) e una sanzionatoria; nel primo caso, la posizione delle imprese sarebbe di interesse legittimo, nel secondo caso, invece, di diritto soggettivo.

Se così è, la scelta di concentrare la tutela giurisdizionale in capo al giudice amministrativo non deve risolversi in una diminuzione di tutela per le imprese, ossia in un abbandono delle potenzialità del giudizio di merito *ex art. 23 L. n. 689/1981*. Il giudice amministrativo, nel momento

²¹¹ L'opposizione all'ordinanza non costituisce un'impugnazione dell'atto amministrativo e quindi un giudizio sulla legittimità dell'ordinanza medesima, bensì un giudizio volto a verificare la fondatezza di merito della pretesa creditoria, cfr. R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 3, spec. 407-408; M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004*, *cit.*, 345 e ss.

in cui viene dotato di giurisdizione esclusiva, deve essere munito degli stessi poteri cognitivi e decisorii spettanti al giudice ordinario²¹².

La necessità di un maggior intensità del sindacato del giudice amministrativo va però conciliata con la necessità di reprimere condotte sofisticate, non sempre immediatamente percepibili, tenuto conto che l'AGCM si trova ad agire in un contesto di mercato del tutto peculiare, caratterizzato da una complessità crescente delle fattispecie poste in essere²¹³.

Di fronte alla complessità dei comportamenti economici, occorre garantire adeguata tutela al mercato concorrenziale ma, al tempo stesso, non si può abbandonare l'esigenza di richiedere *standards* rigorosi di prova dell'illiceità della condotta, dovendosi applicare sanzioni afflittive.

Sotto questo profilo, merita di essere considerata la possibilità che, in mancanza di una prova diretta della commissione dell'illecito, l'Autorità proceda per meri indizi. In questo modo, nei casi incerti, l'AGCM ha comunque la possibilità di esercitare il proprio potere sanzionatorio a fronte di un'attività istruttoria meramente induttiva, senza dover fornire in via diretta la prova della sussistenza della violazione.

Se potrebbe apparire ragionevole, ad esempio, presumere che dietro uno scambio di informazioni vi sia stato un cartello tra imprese, non è

²¹² M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, cit.*, 355-356, sottolinea che la clausola di giurisdizione esclusiva non deve consentire una "pubblicizzazione" di rapporti che in base alla disciplina sostanziale della materia sono di diritto soggettivo. Cfr. la giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale ha sempre precisato che la competenza giurisdizionale a conoscere delle opposizioni (art. 196 D. Lgs. n. 58/1998) avverso le sanzioni inflitte dalla CONSOB ai promotori finanziari, anche di tipo interdittivo, spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, posto che anche tali sanzioni, non diversamente da quelle pecuniarie, debbono essere applicate sulla base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva e quindi sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa (Cass., S.U., 13703/2004; n. 1992/2003; n. 9383/2001). In senso analogo, la giurisprudenza della Corte di cassazione con riguardo tanto alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia previste dall'art. 195 D. Lgs. n. 58 del 1998 (Cass., S.U., n. 2980/2005), quanto a quelle previste dall'art. 145 D. Lgs. n. 385/1993 (Cass., S.U., nn. 13709/2004 e 16577/2010; pur essendo originate da sanzioni di questo secondo tipo, si riferiscono ad entrambe le sanzioni le ordinanze della Cass., S.U., nn. 9600 e 9602 del 2006).

²¹³ M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, cit.*, 352 e ss.

altrettanto ammissibile, che in conseguenza di tale cartello solamente presunto si applichino sanzioni pecuniarie alle imprese stesse, visto che manca la prova del cartello stesso.

Una soluzione equilibrata che sia in grado di tutelare al tempo stesso sia la concorrenza che il diritto di difesa delle imprese potrebbe essere quella di ammettere che, in casi come quello sopra riportato, l’Autorità, da un lato, possa vietare lo scambio di informazioni, ma, dall’altro, possa applicare la sanzione alle sole imprese che effettivamente abbiano utilizzato le informazioni scambiate a fini anticoncorrenziali.

Poiché l’applicazione della sanzione è collegata all’accertamento dell’illecito, se questo accertamento non è completo, allora da esso non potrebbe conseguire l’applicazione di alcuna sanzione.

Quanto detto in relazione al Consiglio di Stato n. 4990/2019 e alla preoccupazione di garantire un’effettiva tutela all’impresa sanzionata, specialmente oggi che il giudice ordinario in sede di risarcimento non può rivendicare una piena autonomia decisionale sull’illecito constatato dall’AGCM, può essere letto avendo a mente una concezione paritaria del diritto amministrativo.

Da tempo una parte della dottrina concepisce il *public enforcement antitrust* come un sistema in cui “il «pubblico» deve creare regole per il «privato»: per la libertà economica privata, per il mercato”²¹⁴, dettando regole di comportamento che assicurano l’uguaglianza (art. 3 Cost.) degli operatori economici nel “mercato privato” e, quindi, sono rivolte agli stessi privati²¹⁵.

²¹⁴ I. MARINO, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 1002.

²¹⁵ L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, cit., 60, afferma che nella disciplina della concorrenza l’interesse pubblico si indentifica con il mantenimento dell’equilibrio fra diversi interessi privati ed è strumentale alla realizzazione di un interesse primario non riferibile alla pubblica amministrazione, ma piuttosto ad una pluralità di soggetti privati, fermo restando che tale interesse primario può assumere concretamente sia proiezione collettiva che individuale.

Secondo questa chiave di lettura la funzione di controllo assegnata all'AGCM incide su un rapporto giuridico privato, che lega le imprese tenute al rispetto dei divieti *antitrust* ai beneficiari di tali regole. In questo senso, si ritiene che l'AGCM svolga una funzione giustiziale (o semi-contenziosa) consistente nella “*qualificazione di atti, fatti e comportamenti, alla luce delle regole materiali in tema di concorrenza*”²¹⁶.

In questa prospettiva anche l'adesione alla tesi del sindacato di “maggiore attendibilità” nasconde un'equiparazione tra la posizione assunta dall'AGCM e quella delle imprese ricorrenti nel processo amministrativo; le valutazioni tecniche opinabili compiute dall'AGCM, infatti, perdono la precedente dimensione di potere, come tale in linea di principio riservato all'Autorità, e vengono poste su un piano tendenzialmente paritario rispetto alle valutazioni offerte dalla parte privata²¹⁷.

CONCLUSIONI

La portata innovativa dell'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 interessa diversi e opposti settori del diritto; come visto, infatti, l'effetto vincolante di *public enforcement antitrust* involge sia tematiche di ordine pubblicistico, specialmente di natura costituzionale e di diritto amministrativo (sostanziale e processuale), sia questioni strettamente privatistiche legate alla responsabilità da illecito *antitrust*.

In particolare, la norma citata attribuisce un nuovo ruolo al consumatore e, in generale, a tutti coloro che risultano pregiudicati da un illecito concorrenziale, i quali, da semplici oggetti di tutela, divengono

²¹⁶ E, quindi, secondo la tesi prospettata da M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 85 e ss., una funzione non dissimile da quella del giudice, “*chiamato a qualificare e sussumere una fattispecie concreta in una fattispecie normativa in vista della comminazione di una sanzione*”. Sull'assimilazione dell'AGCM ad un organo con funzione giurisdizionale, v. sopra, cap. I, par. 6.

²¹⁷ M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., 27.

parte attiva della funzione *antitrust* in quanto attraverso lo strumento risarcitorio, pur facendo valere la lesione di un proprio interesse individuale, sono in grado di far emergere le disfunzioni che, a livello macroeconomico, possono alterare la struttura concorrenziale del mercato.

Da questo punto di vista, l'intera disciplina della concorrenza si muove attorno ad un doppio binario di tutela in cui i rimedi privatistici e pubblicistici interagiscono tra loro, conferendo così all'*enforcement antitrust* una struttura dialogica e unitaria.

A tale riguardo si ricorda che il contributo fornito dal *public enforcement* non riguarda solo le *follow-on actions*, dato che gli strumenti di cooperazione tra le autorità pubblicistiche (la Commissione o l'AGCM) e i giudici nazionali possono essere attivati anche nelle *stand-alone actions*; anzi, proprio in relazione a quest'ultime detti strumenti possono rivelarsi molto utili, essendo il giudice ordinario chiamato ad applicare precetti che implicano la contestualizzazione di concetti giuridici indeterminati di carattere economico e propri di un sapere tecnico-scientifico connotato da margini di opinabilità.

Per quanto riguarda il vincolo previsto dall'art. 7 D.Lgs. n. 3/2017, si può ritenere che, avendo attribuito carattere vincolante all'accertamento *antitrust*, il legislatore abbia voluto affidare all'AGCM una nuova funzione di accertamento autonomo, con il precipuo scopo di evitare che il doppio binario di tutela potesse favorire la circolazione di decisioni tra loro contrastanti.

A tal fine il legislatore ha deciso di definire *ex ante* il rapporto tra il provvedimento dell'AGCM (o l'eventuale giudicato amministrativo) e l'illecito extracontrattuale, attribuendo alla prima la forza di vincolare il potere cognitivo del giudice ordinario in ordine alla sussistenza dei fatti accertati dall'AGCM e alla loro qualificazione come illeciti *antitrust*.

Il vincolo, peraltro, non opera soltanto nei confronti del giudice, bensì anche in rapporto al convenuto al quale è preclusa la possibilità di

fornire ogni prova contraria a quanto contenuto nel provvedimento *antitrust*.

Da qui nasce, in particolare, il problema di capire se l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017 imponga di conformare il sindacato sul provvedimento *antitrust* secondo i canoni di una *full jurisdiction* in senso pieno, demandando al giudice amministrativo un sindacato "sostitutivo" o di "maggiore attendibilità", in grado di offrire al ricorrente le garanzie di tutela che gli sono precluse in sede risarcitoria.

Su questo aspetto, come anticipato, si è auspicato il superamento della tradizionale distinzione tra merito (inteso come contenuto intrinseco della scelta amministrativa non direttamente sindacabile) e legittimità²¹⁸, in favore di una *full jurisdiction* in cui il giudice amministrativo decide sul fatto e sul diritto, punto su punto, senza essere vincolato dagli accertamenti già svolti dagli organi amministrativi su questioni decisive per l'esito della controversia.

In questo modo si assicurerebbe all'impresa una decisione giudiziale sulla spettanza del bene della vita, tanto più necessaria nel contesto delineato dal D. Lgs. n. 3/2017, in cui quanto accertato dal giudice amministrativo è suscettibile di riverberarsi sul piano civile.

Nella logica della *full jurisdiction* non vi dovrebbe essere spazio per il merito amministrativo inteso come area esclusa dal sindacato giurisdizionale, se non in quei limitatissimi casi in cui la controversia riguarda scelte propriamente politiche, che la stessa Corte EDU considera estranee al concetto di controversia giuridica²¹⁹.

Al contempo, però, non può essere trascurata la difficoltà di equiparare *tout court* l'attività dell'AGCM a quella del giudice, non potendosi davvero escludere che la *mission* istituzionale affidata

²¹⁸ F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2021, 42-43.

²¹⁹ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. pr. amm.*, 2015, 2, 587.

all'AGCM non influisca sulle sue scelte decisionali, nel margine lasciato libero dall'indeterminatezza della fattispecie *antitrust*. Occorre, infatti, tenere presente che l'AGCM nel concretizzare la norma, qualunque sia il tenore della disposizione, mira alla cura dell'interesse pubblico²²⁰, sicché anche il momento afflittivo è “*strumentale alla tutela degli interessi della concorrenza e del mercato attribuiti all'Autorità*”²²¹.

Sotto questo profilo il dibattito scientifico è andato oltre, interrogandosi addirittura sulla rilevanza giuridica di interessi quali la tutela dei non abbienti e la riduzione delle disuguaglianze; detti interessi, sebbene non corrispondano all'interesse primariamente perseguito dall'AGCM, possono in molti casi contribuire alla formazione del giudizio sull'esistenza o meno di un illecito *antitrust*²²².

Del resto, proprio la struttura a “maglie larghe” della fattispecie *antitrust* consente un adattamento del diritto alle nuove esigenze del mercato, in coerenza con il compito che assolve nella società contemporanea. Il diritto, infatti, non si esaurisce nella legge, comprendendo anche le regole giuridiche di origine ermeneutica, i precedenti giurisprudenziali (che possono essere considerati una fonte in

²²⁰ M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, cit., 754.

²²¹ Cfr. S. LICCIARDELLO, *I principi che governano l'irrogazione delle sanzioni amministrative*, in *La sanzione amministrativa*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI, F. TUCCARI, *La sanzione amministrativa. Accertamento, irrogazione, riscossione, estinzione, profili processuali. Le depenalizzazioni*, Milano, 2016, 78, che definisce la funzione dell'AGCM “*pedagogica, dissuasiva e correttiva*”.

²²² F. CINTIOLI, *Le prospettive della tutela amministrativa della concorrenza in Italia*, cit., 235.

senso sostanziale dell'ordinamento)²²³ e i principi e valori maturati nella cultura giuridica²²⁴.

Il mutamento del diritto *antitrust* secondo una linea interpretativa che si sviluppa nel *case law*²²⁵, dunque, non rappresenta una novità; la legislazione per clausole generali, infatti, è diffusa anche in altri settori del diritto e comporta che la controversia sia risolta valorizzando le circostanze del caso alla luce del valore che il legislatore ha positivizzato nella clausola generale²²⁶.

Nel diritto *antitrust* si pone, però il problema di stabilire se il valore, cioè l'“ideale di regolazione” a cui il giudice deve uniformarsi per l'identificazione della norma concreta²²⁷, possa ritenersi positivizzato dal legislatore, a fronte di un precetto talvolta definito in modo generico ed indeterminato²²⁸.

²²³ Il precedente giurisprudenziale non è strettamente vincolante, ma concorre alla produzione del diritto quale *lex specialis* del rapporto sostanziale oggetto del giudicato e quale “precedente” eventualmente “universalizzabile”. Su quest'ultimo profilo, v. M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 3, 710 e ss.; D. DALFINO, *Norme “vaghe”, poteri del giudice e sindacato di legittimità*, in *Questione giust.*, 2020, 1, 113, il quale sottolinea come il “diritto vivente”, cioè quello che “vive” nell'interpretazione e applicazione giudiziaria, e la “giurisprudenza consolidata”, cioè quella che esprime un punto fermo sul piano interpretativo, possano soddisfare il bisogno di ragionevole certezza (quantomeno in termini di prevedibilità) degli utenti della giustizia.

²²⁴ G. ALPA, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in *Questione giust.*, 2020, 1, 64-65. Sulla distinzione tra legge e diritto, cfr. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.

²²⁵ F. CINTIOLI, *Le prospettive della tutela amministrativa della concorrenza in Italia*, cit., 238; la linea interpretativa si sviluppa nel *case law* perché l'illecito *antitrust* è descritto in termini ampi e si fonda sull'uso di concetti indeterminati che si riempiono di contenuto mediante una seconda fase di contestualizzazione (v. sopra, cap. I, par. 1). ID., *Diritti di difesa e determinatezza dell'illecito antitrust*, cit., 31, sottolinea come la determinatezza della fattispecie sia attuata a livello di singola decisione “quasi con una concomitante creazione di una *regula juris valida direttamente nel caso concreto*”.

²²⁶ E. SCODITTI, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in *Questione giust.*, 2020, 1, 61, distingue l'argomentazione giuridica che utilizza clausole generali da quella per sistema, in cui la controversia è risolta mediante sussunzione del caso negli schemi del sistema; M. LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali*, cit., 67.

²²⁷ Quando l'interprete concretizza la clausola generale, come precisa E. SCODITTI, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, cit., 61, non segue le proprie preferenze soggettive o i propri pregiudizi valoriali, ma “assume un impegno normativo che è un impegno di indipendenza da se stesso nel perseguimento della forma ideale di regolazione del caso”.

²²⁸ Cfr., L. GIANI, F. VETRÒ, *Le funzioni di regolazione del mercato*, cit., 532. Come analizzato sopra, cap. I, par. 1, esistono diverse concezioni della concorrenza, delle sue funzioni e degli obiettivi che essa è atta a realizzare e, come sottolineano F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust*, cit., 574, “il

La questione non riguarda tutti i casi in cui il giudice amministrativo è chiamato a compiere un'operazione di sussunzione del fatto sotto una norma astratta a carattere vago o impreciso; quando l'imprecisione investe unicamente la descrizione degli estremi della fattispecie legale, il giudice è libero di colmare, secondo il suo prudente apprezzamento, il *deficit* di determinatezza che connota la fattispecie.

Laddove, invece, si trovi al cospetto di concetti giuridici indeterminati che rinviano ad una scienza inesatta e la cui applicazione è demandata ad autorità amministrative all'uopo preposte, si pone il problema di capire se il significato di tali concetti possa essere ricercato liberamente dal giudice oppure se quest'ultimo debba conformarsi alle valutazioni tecniche compiute dall'Amministrazione ad integrazione e completamento della norma giuridica.²²⁹

Non tutti ritengono, infatti, che la posizione dominante, l'effetto anticoncorrenziale e il mercato rilevante siano riducibili ad una questione di puro diritto accertabile senza limiti dal giudice amministrativo, tenuto conto che la stessa AGCM, nello svolgimento della sua attività, subisce l'“*influenza, persino legittimata dal diritto UE, derivante dalle politiche di concorrenza che [...] avrà voluto darsi in concreto*”²³⁰.

Alla luce di tutte le suesposte coordinate esegetiche, è possibile tracciare alcune considerazioni finali, con l'avvertenza che su alcune di queste si riscontra una certa convergenza di opinioni, mentre su altre, in particolare sulla tematica dell'intensità del sindacato giurisdizionale, le posizioni interpretative risultano più confliggenti.

fatto di dare maggiore o minore spazio ai diversi obiettivi che sono propri della difesa di ognuna di queste forma di concorrenza implica una diversa considerazione dei conflitti di interesse che possono nel loro ambito verificarsi e l'adozione di differenti criteri di soluzione degli stessi”.

²²⁹ Il giudice nel fare ciò “*non è libero di applicare a suo capriccio il concetto che meglio gli talenta*”, ma deve seguire precisi criteri, che siano morali, economici, politici, logici o tecnici; così, P. CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile, cit.*, 232 (sul punto, cfr. altresì, ID, *La genesi della sentenza civile, cit.*, 28 e ss.).

²³⁰ Così, F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle Istituzioni di tutela della concorrenza, cit.*, 176.

Innanzitutto, alla luce di quanto sopra indicato non sembrano ancora maturi i tempi per l'accoglimento di un sindacato di "maggiore attendibilità" inteso come libertà del giudice amministrativo di optare a proprio piacimento per una soluzione tecnica diversa da quell'AGCM, effettuando *a priori* una scelta che prescinde da quella compendiata nel provvedimento.

In secondo luogo, si può altrettanto pacificamente affermare che per ragioni intrinseche al sistema di giustizia amministrativa il giudice deve essere in grado di controllare la scelta tecnica compiuta dall'Autorità, potendosi avvalere dello strumento tradizionale (ma non per questo necessariamente "debole") dell'eccesso di potere, strettamente correlato al parametro della ragionevolezza.

Il problema principale, invece, risiede nel tipo di potere esercitato dall'AGCM.

Si discute, infatti, se le valutazioni che l'AGCM effettua al fine di reprimere gli illeciti *antitrust* presentino o meno tratti di intangibilità, in quanto tali esclusi dal controllo giurisdizionale.

In altri termini, si discute se il "merito tecnico", cioè l'opinabilità delle scienze inesatte, sia assimilabile o meno, anche in punto di trattamento giuridico, al "merito amministrativo", che attiene più propriamente alle valutazioni di "opportunità" compiute a seguito di una comparazione tra interessi pubblici/privati.

Sotto questo profilo, appare dirimente evidenziare come il legislatore abbia inteso affidare all'AGCM il compito di effettuare le scelte tecniche necessarie all'applicazione dei divieti *antitrust*.

In un'ottica di generale efficienza del sistema di *enforcement* si auspica che siano le Autorità di Concorrenza a compiere le decisioni complesse riguardanti i presupposti del provvedimento, che non presentando soltanto un contenuto tecnico, ma implicando anche

valutazioni di opportunità connesse alla *policy* adottata dall’Autorità stessa, non sono sostituibili dal giudice.

L’impossibilità di conformare il sindacato giudiziale secondo il modello sostitutivo proprio dei fautori della “maggiore attendibilità”, non esclude, comunque, che il giudice possa (e debba) vagliare la rispondenza della scelta tecnica compiuta dall’AGCM ai canoni di intrinseca logicità e coerenza.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ADINOLFI A., *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni giuridiche soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 41-60

AFFERNI G., *Azione di classe e danno antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2010, 3, 491-525.

AINIS M., *The Italian Competition Authority's maieutic role*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2016, 125-159

ALLENNA M., *Garanzie procedurali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Giustamm.it*, 2011, 12

ALLENNA M., *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e della prevedibilità*, in *Federalismi.it*, 2017, 4

ALPA G., *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in *Questione giust.*, 2020, 1, 63-66

AMATO G., *Conclusioni*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali: atti del Convegno, Roma, 20-21 novembre 1995*, Roma, 1996

AMATO G., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645-664

AMATO G., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2014

AMATO G., *Corte Costituzionale e Concorrenza*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, 425-434

AMORELLI A., *L'amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 943-979

AMORESE M., *Dall'azione individuale all'azione di classe in antitrust*, in S. BASTIANON (a cura di), *La tutela privata antitrust: Italia, Unione Europea e Nord America*, Milano, 2012, 25-53

ANGLANI V.F., *Teorie economiche della concorrenza*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza mercato e diritto dei consumatori*, 2018, Milano, 64-89.

ANTONIOLI M., *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto antitrust*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1, 61-123

AQUILANTI P., *Art. 10-11 l. n. 287/1990*, in F. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI, *Diritto italiano antitrust* (a cura di), Bologna, 1993, 837-875

ARCIDIACONO D., *Abuso di dipendenza economica e mercato rilevante. Il caso della delocalizzazione produttiva*, in *Giur. comm.*, 2015, 786-796.

ARGENTATI A., *Mercato e costituzione: il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, Torino, 2017

ARNAUDO L., PARDOLESI R., *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, III, 2019, 533-538

ASCARELLI T., *Disciplina delle società per azioni e legge antimonopolistica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 273 e ss.

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955

ASCARELLI T., *Problemi giuridici*, Milano, 1959

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960

ASSENZA A., GHEZZI F., *Art. 101 sez. III parr. XIV-XXVI*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2019

AUGENTI G. P., *L'onere della prova*, Roma, 1932

BACCARO L., *Condotta illecita e elemento psicologico*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 859-862

BAKER J.B., C.S. SALOP, *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianze*, in *Mercato concorrenza regole*, 2016, 7-34

BAIN J.S., *Barriers to New Competition and the Monopoly Problem*, in *Harvard University Press*, 1956

BARCELLONA M., *Diritto, sistema e senso – Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996

BASTIANON S., *Dai buoni pasto ai «concetti giuridici indeterminati». Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust*, in *Foro it.*, III, 2005, 5/6-25/26.

BENNACCHIO G.A., *Le regole antitrust tra diritto pubblico e diritto privato*, in G.A. BENNACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e privato. Atti IV congresso nazionale SIRD. Trento 24-26 settembre 2015*, Napoli, 2016, 197-212

BENNACCHIO G.A., *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in L.F. PACE (a cura di) *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Padova, 2020, 17-30

BENIGNI E., *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino, 2014

BENVENUTI F., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, 6 e ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, 3467-3484

BERNES A., *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, 3, 954-985.

BIANCA C.M., *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 2021

BIANCHI R., *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 7-8, 1616-1636

BIAVATI P., *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pr. civ.*, 2007, 1, 97-117

BITETTO MURGOLO A.L., *Abuso di dipendenza economica: dal private al public enforcement*, in F. DI COIMMO, O. TROIANO (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Treviso, 2018

BORK R., *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, New York, 1978

BOTTI E., ZANAZZO A., *Le decisioni della Commissione, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento e la relativa politica sanzionatoria*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 319-330

BRODI E., *Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni casi recenti di posizione dominante*, in *Riv. soc.*, 2008, 1440 ss

BRODLEY J.F., *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress*, in 62 *New York University Law Review*, 1987

BRUZZONE G., *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, Roma, 1995

BRUZZONE G., SAIJA A., *Verso il recepimento della Direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Conc. merc.*, 2014, 257-296

BRUZZONE G., SAIJA A., *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?* in *Merc. conc. reg.*, 2017, 9-36

BUSNELLI F.D., MORELLO U., *La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, 369 ss

BUTTAZZI B., *Il procedimento davanti all'autorità garante per la concorrenza e il mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 579 ss

CAIAZZO R., *L'azione risarcitoria, l'onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 473-494

CALABRESE B., *Subfornitura tra gruppi di società e abuso di dipendenza economica*, in *Giur. comm.*, 2019, 4, 828-860

CALAMANDREI P., *La genesi della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, I, 1-51

CALAMANDREI P., *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, I

CALAMANDREI P., *La sentenza come mezzo di prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, 108-129, ora in V. CAPPELLETTI (a cura di), *Opere giuridiche di Piero Calamandrei*, Roma, 2019, V, 559-578

CALINI C.B., *Procedure antitrust in Italia*, Milano, 2018

CAMMARATA A.E., *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica*, in *Ann. Fac. giur. Macerata*, 1929, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 161-190

CANNADA BARTOLI E., voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 112-127

CANNIZZARO E., PACE L. F., *Le politiche di concorrenza*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017, 236-284

CAPPALÀ M., *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019, 21

CARONNA F., *La tutela del consumatore nell'ordinamento nazionale*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 1253-1280

CAROVANO G., *Art. 16(1), Regolamento n. 1/2003: un revirement nécessaire. L'uniformità del diritto europeo della concorrenza e il valore*

giuridico delle Decisioni della Commissione Europea, in *Merc. conc. reg.*, 2019, 395-433

CARPAGNANO M., *Private antitrust enforcement: ieri oggi e domani*, in M.C. MALAGUTI, L. OGLIO, S. VANONI (a cura di) *Politiche antitrust ieri, oggi e domani*, 2017 99-118

CARPAGNANO M., *Il mercato rilevante*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 79-97

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017

CASORIA M., PARDOLESI R., *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale*, in *Foro it.*, I, 2015, 2752-2768.

CASSESE S., *Dal mercato guidato al mercato regolato*, in *Bancaria*, 1986, 5 e ss.

CASSESE S., *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultranazionali*, in *Foro it.*, V, 1996, 7/8-13/14

CASSESE S., *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in C. FRANCHINI, S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 217-223

CASSESE S., *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999

CASSESE S., *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO e M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000

CASSINIS P., *L'efficacia vincolante delle decisioni antitrust nei giudizi di risarcimento dei danni*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, 9

CASSIRER E., *Determinismo e indeterminismo nella fisica moderna*, 1937, trad. it., Firenze, 1971

CASTALDO A., GRANTALIANO M., FARAONE NICOLA M.F., *La rideterminazione giudiziale delle sanzioni antitrust: tra discrezionalità tecnica e metodologica*, in *Merc. conc. reg.*, 2018, 3, 487-514

CASTELLI L., *Recenti interventi comunitari in materia di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale*, *Giur. comm.*, 2009, 1198-1235

CERULLI IRELLI V., *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 341-390

CERULLI IRELLI V., *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, 3, 1825-1866

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, n. 129

CHIZZINI A., *Art. 2909*, in CIAN-TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Milano, 2020

CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21bis della legge n. 287/1990)*, in *Giustamm.it*, 2012, 1

CINTIOLI F., *Le prospettive della tutela amministrativa della concorrenza in Italia*, in AA.VV. *Diritto amministrativo e società civile*, Bologna, 2018, 229-249

CINTIOLI F., *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, in *Federalismi.it*, 2019, 12

CINTIOLI F., *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, Torino, 2019, 168

CINTIOLI F., *Diritti di difesa e determinatezza dell'illecito antitrust*, in *Diritto dell'economia*, 2021, 34

CIOFFI A., *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, 797-840

CLARK J.M., *Toward a concept of workable competition*, in *The American Economic Review*, vol. 30, 1940, 241

CLARICH M., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 77-105

CLARICH M., *L'attività delle autorità amministrative indipendenti in forme semicontenziose*, in C. FRANCHINI, S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 149-164

CLARICH M., *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999

CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005

CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 85 e ss

CLARICH M., RAMAJOLI M., *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021

CODACCI PISANELLI, *Questioni di priorità: la Direttiva ECN+ e la discrezionalità dell'Autorità di concorrenza nella selezione dei casi*, in *Merc. conc. reg.*, 2021, 175-194

COMOGLIO P., *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 195-217

COMOGLIO P., *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3/2017. Novità processuali e parziali inadeguatezza in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, 991-1012

COMOGLIO P., *Art. 33 l. n. 287/1990*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2019, 3680-3707

CORDOPATRI F., voce *Presunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 274-304

D'ALBERTI M., *Recensione a G. Napolitano, Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 237-241

D'ALBERTI S., *Le decisioni con settlement e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2020, Padova, 559-570

DALFINO D., *Norme “vaghe”, poteri del giudice e sindacato di legittimità*, in *Questione giust.*, 2020, 1, 112-116

DE LUCA G., *L'efficacia probatoria del provvedimento di public enforcement sulla vessatorietà delle clausole inserite nei contratti del consumatore*, in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*

DELSIGNORE M., *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, spec. 746, 754.

DELSIGNORE M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 185-212

DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2006, 3, 562-579

DENTI V., *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 3, 709-713

DE PRETIS D., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giornale dir. amm.*, 1999, 12, 1179-1183

DE SANTIS A.D., *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 6, 1495

DE SANTIS A.D., *La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile italiano*, in *Revista de Processo*, 2016, 332 e ss.

DE VITA M., *Il pregiudizio al commercio tra Stati membri*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 73-84.

DI DONNA M., *I cartelli antitrust e l'esclusione dalla gara d'appalto al debutto del nuovo codice*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 554-557

DI FEDERICO G., *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, 62-77

D'IPPOLITO G., *Le esenzioni*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA, *Concorrenza mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 536

D'IPPOLITO G., *Il mercato rilevante*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 479-495

DONATI F., *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, 1, 13-29

D'OSTUNI M., *Il concetto di intesa*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2020, Padova, 85-96

D'URBANO A., *Perché l'Agcm non può sollevare questione di costituzionalità. Il difetto di terzietà e l'insufficienza del contraddittorio «verticale»*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, 1, 95-123

FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, 2006

FABBIO P., *Abuso di dipendenza economica*, in *Portale Treccani - Sezione Diritto, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, 2012, 8)

FABBIO P., *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel processo civile, con particolare riferimento alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Conc. merc.*, 2013, 193-223

FAELLA G., *Le efficienze nei casi di abuso: un'analisi economica e comparata*, in F. DI CIOMMO, O. TROIANO (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Treviso, 2018, 431-450

FAELLA G., ROMANO V.C., *Il danno antitrust: prescrizione e valore probatorio delle decisioni di accettazione degli impegni*, in *Merc. conc. reg.*, 2020, 2, 411-426

FALZEA A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 432-509

FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2019

FERGUSON, A. *macroeconomic theory of workable competition*, Durham, 1964

FIORENTINO S., GIORGI A., *La nozione di impresa*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 53-78

FOLLIERI E., SCOCA F.G., *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, in F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 159-180

FONDERICO G., *Public e private enforcement*, in *Aida*, 2015, 3-14

FRACCHIA F., VIDETTA C., *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, III, 2002, 493-500

FRANCHINI C., *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in C. FRANCHINI, S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 69-81

FRIGNANI A., *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Merc. conc.reg.*, 2013, 3, 429-447

FRIGNANI A., *Art. 1. Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano: commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Bologna, 1993, I

FURNO C., *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940

GAMBARO, *Private enforcement of Antitrust law*, in G. AJANI, A. GAMBARO, M. GRAZIADEI, R. SACCO, V. VIGORITI, M. WAELBROEC, *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, 721-742

GAMBINO A.M., FALCE V., STAZI A., *Pratiche commerciali scorrette*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, 241

GAMBUTO S., *Le esenzioni*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, Milano, 2021, 241-324

GAROZZO R., *Le decisioni di accertamento, la diffida e la politica sanzionatoria dell'AGCM*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 273-292

GATTINARA G., *La tutela giurisdizionale avverso gli atti della Commissione*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Padova, 2020, 621-634

GENTILE G., *Introduzione alla filosofia*, 1933, Sansoni, Firenze, 1952

GHEZZI F., *Art 4 l. n. 287/1990*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2019, 3476-3491

GHEZZI F., MARCHETTI B., *La proposta di direttiva in materia di Rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienze e garanzie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1015-1075

GHEZZI F., OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Torino, 2019, 114

GIANI L., VETRÒ F., *Le funzioni di regolazione del mercato*, in F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 503-538

GIANNINI M.S., voce *Atto*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 157-197

GILIBERTI B., *Public e private enforcement nell'art. 9, co. 1 della Direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2016, 77-113

GILIBERTI B., *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, co. 1 della Direttiva antitrust 104/2014*, in *Aida*, 2015, 154-203

GILIBERTI B., *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazione a Corte di Cassazione Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 1057-1099

GIULIANI A., *Concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961

GIUSSANI A., *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *Aida*, 2015, 251-257

GOISIS F., *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 45-93

GOISIS F., *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, 29-47

GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione, nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546-596

GOISIS F., *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2, 199-218

GOISIS F., *Garanzie procedimentale la convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 4, 1338-1361

GRANELLI C., *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 776-784

GRASSO G., *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 138-147

GRECO G., *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2016, 999-1018

GRECO G., *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2 novembre 2021

GROSSI P., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020

A. GUARNIERI, *L'illecito antitrust degli assicuratori, le azioni degli assicurati e una questione di competenza risolta dalle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 2, 440-447

GUIZZI G., *Brevi note intorno al cd more economic approach e al benessere del consumatore nell'applicazione del diritto antitrust*, in ID. *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2018, 190-202

GUIZZI G., *Il divieto delle pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in ID. *Mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2018, 333-354

GUIZZI G., *Interessi individuali e interessi collettivi nella disciplina della concorrenza*, in ID. *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, II, 2018, 314-330

HEISENBERG W., *L'immagine della natura nella fisica contemporanea*, 1953, in AA.VV. *Le arti nell'età della tecnica*, trad. it., Milano, 2001, 2942

HEISENBERG W., *Fisica e filosofia*, 1958, trad. it., Milano, 1961

HENKE A., *L'efficacia degli accertamenti del giudice penale nelle cause IP*, in A. GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 2012, 65-110.

IANNUCELLI P., *Art. 11-16 del Regolamento CE n. 1/2003*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, VII, 2019

IRTI N., *L'uso giuridico della natura*, Bari-Roma, 2013

IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 19-32 IRTI N., "Calcolabilità" weberiana e crisi della fattispecie, in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 33-38

IUDICA G., *L'economia di mercato tra Costituzione italiana e Costituzione europea*, in G. IUDICA, G. ALPA, (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2007, 165-182

JANNARELLI A., *L'autorità garante e la tutela della concorrenza: tra interesse «pubblico» e interesse «generale»*, in *Foro it.*, I, 2019, 1533-1545

LABELLA E., *Pratiche commerciali scorrette*, in A. CATRICALÀ, G. CASSANO, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritti dei consumatori*, Milano, 2018, 11221-1307.

LALLI A., *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008

LALLI A., *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 4, 358-368

LAMARCA S., *La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano*, Torino, 2017

LAMARCA S., AGUGGIA A., *Gli elementi costitutivi della fattispecie*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Giuffrè, 2021, 145-217

LAMBO L., nota a Cass. civ., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, I, 1999, 831/832-835/836

LAZZARA P., *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economica*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, 767-795

LAZZARA P., «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 212-254

LIBERTINI M., *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in *AA.VV., Concorrenza e Autorità Antitrust. Un bilancio a 10 anni dalla legge. Atti del Convegno di Roma 9-10 Ottobre 2000*, Roma, 69-101

LIBERTINI M., voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010

LIBERTINI M., *Economia e politica nel diritto antitrust*, in M.C. MALAGUTI, L. OGLIO, S. VANONI (a cura di), *Politiche antitrust ieri, oggi e domani. Atti del Convegno del 27 maggio 2016, Università Cattolica del Sacro Cuore*, Torino, 2017, 1-39

LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014

LIBERTINI M., *La Costituzione economica. Libertà d'impresa ed economia sociale di mercato*, in S. LICCIARDELLO (a cura di), *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario dalla nascita*, 2018, Torino, 3-56

LIBERTINI M., *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto industriale*, I, 2011, 147-171

LIBERTINI M., *Nel trentesimo anniversario della legge antitrust italiana. Un bilancio dell'attività dell'Autorità nazionale di concorrenza*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2020, 240-258

LICCIARDELLO S., *I principi che governano l'irrogazione delle sanzioni amministrative*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI, F. TUCCARI, *La sanzione amministrativa. Accertamento, irrogazione, riscossione, estinzione, profili processuali. Le depenalizzazioni*, Milano, 2016, 75-82

LIPARI M., *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/UE sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018, 8.

LOPOPOLO S., *Le tutele individuali del consumatore*, in F. VESSIA (a cura di), *L'accesso alla giustizia*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 1690-1716

LOPOPOLO S., *Il recepimento italiano della Direttiva 2014/104/UE sul private enforcement antitrust*, in *Federalismi.it*, 2017, 23

LUCIANI M., *Certeza del diritto e clausole generali*, in *Questione giust.*, 2020, 1, 67-72

LUISO F., *Diritto processuale civile. Principi generali*, Milano, 2021

LUPOI M., *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001

MAGGIOLINO M., *La tutela della concorrenza*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2019, 489-510

MAGRIS F., *L'economia nella formazione dell'Unità d'Italia: Vilfredo Pareto e Piero Sraffa*, in *Nuova antologia*, 2013, 4, 2268, 611

MANETTI M., *Le autorità indipendenti*, Laterza, 2007, 129

MANETTI M., *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 2, 314-332

MANZINI P., *Le intese*, in B. CORTESE, F. FERRARO, P. MANZINI, *Il diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2014, 40

MARINELLI C., *Art. 651 c.p.c.*, in G. ILLUMINATI, L. GIULIANI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2020, 3171

MARINI F.S., *La concorrenza tra i poteri dello Stato: l'Autorità tra tradizione e innovazione*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BAROCCI (a cura di),

20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Torino, 2011, 287-294

MARINO I., *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 1001-1021

MARZONA N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in C. FRANCHINI, S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 97 e ss.

MASSAROTTO G., GHEZZI F., *Art. 101 TFUE sez. IV-V*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuali e concorrenza*, Padova, 2019

MASSERA A., «Autonomia» e «indipendenza» nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, III, 450-488

MELI V., *Il public interest nel diritto della concorrenza della UE*, in *Mercato conc. reg.*, 2020, 3, 438-470

MELI V., *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 104/2014/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1, 119-142

MERUSI F., PASSARO M., *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003

MERUSI F., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006

MIDIRI M., *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione*, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 94-138

MIDIRI M., *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in www.dirittifondamentali.it, 12 gennaio 2018

MILITELLO G., *Le sanzioni amministrative: l'approccio dell'Autorità Garante*, in A. TOFFOLETTO, L. TOFFOLETTI (a cura di), *Antitrust: le sanzioni*, Milano, 1996, 19-32

MONTI M., *Presentazione*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, Milano, 2021

MORBIDELLI G., *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economica*, Torino, 2001, 165-255

MOSTACCI E., O. POLLICINO, *Il diritto pubblico dell'economia nella prospettiva dell'integrazione europea*, in G.F. FERRARI, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2019, 109-137

MOTTA M., *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge-New York, 2004

MUSCOLO G., *Public e private enforcement (alcune questioni in tema di prova nel processo antitrust)*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, II, 1015-1031

MUSCOLO G., *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nelle controversie tra privati: il ruolo dei giudici nazionali*, G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust. L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008, 223-243

MUSCOLO G., *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, in G.A. BENNACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Private enforcement in Italia e nell'Unione europea. Atti del VII Convegno biennale Antitrust. Trento, 11-13 aprile 2019*, Napoli, 2019, 37-46

NASCIMBENE B., *La vincolatività del provvedimento di condanna dell'Autorità garante successivamente alla direttiva sul private enforcement (Direttiva 2014/104/UE)*, in www.eurojus.it, 24 gennaio 2017

NATOLI R., voce *Abuso di dipendenza economica*, in *Dig. comm.*, Milano, 2003

NEGRI M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza. La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012, II, 305

NEGRI M., *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, 2, 476-522

NIGRO M., *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953

NIGRO M., voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 810-823

NIGRO M., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. AMATO E A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, 801 e ss.

NIGRO M., *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 162 ss., ora in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, II, 387-401

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002

NIVARRA L., *Il 2° comma dell'art. 33 l. 287/1990. La tutela civile: profili sostanziali*, in F. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto italiano antitrust*, Bologna, II, 1993, 1447-1466

ORESTANO R., *Interessi seriali, diffusi e collettivi: profili civilistici di tutela*, in S. MENCHINI (a cura di), *Le azioni seriali*, Napoli, 2008, 11-54

PACE L.F., *La nascita del diritto della concorrenza in Europa: la redazione degli artt. 85 e 86 CEE, il reg. 17/1962 e il passaggio al reg. 1/2003*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Padova, 2020, 3-16

PAGNI I., *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust*, in A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Milano, 2011, 525-556

PAJNO A., *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in C. FRANCHINI, S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 107-147

PALMIERI A., PARDOLESI R., *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro it.*, I, 2005, 1015-1018

PALMIERI A., *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*, in *Foro it.*, I, 2011, 2685-2689

PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007

PAPPALARDO A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2018

PARDOLESI R., *Art. 2. Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano: commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Bologna, 1993, I, 145 e ss.

PARDOLESI R., *Controllo e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, I, 2004, 469-475

PARDOLESI R., *Privatizzazione dell'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust. L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008, 199- 221

PARDOLESI R., *Private enforcement: da "com'eravamo" alle prospettive di un futuro incisivo*, in M. CARPAGNANO, A.G. BENNACCHIO (a cura di), *Il Private Enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali. Atti del II Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 8-9 maggio 2009*, Padova, 2009, 13-32.

PARDOLESI R., *Danno antitrust e (svuotamento dell')onere probatorio a carico del consumatore*, in *Foro it.*, I, 2014, 1735-1737

PARODI G., *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust nella nuova disciplina del private enforcement. Su alcune questioni di rilievo costituzionale*, in *Contr. e impr.*, 2021, 4, 1140-1173

PASQUARELLI P., *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della Direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. ind.*, 2016, 3, 252-264

PATTI S., *Le prove. Parte generale*, in *Tratt. Iudica Zatti*, Milano, 2010

PATTI S., *Artt. 2727-2729 c.c., Comm. breve c.c. Cian-Trabucchi*, Padova, 2020, 3565

PERA A., *Le decisioni con impegni e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 547-558

PEREZ R., *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1996, 115-147

PEZZOLI A., *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell'intervento pubblico*, in *Mercato conc. reg.*, 2020, 1, 139-155

PICARDI N., *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle Corti*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 2011, 2, 43-78

PIRAZZOLI A., *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi.it*, 2017, 23

PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quaderni cost.*, 2019, 3, 597-612

POLICE A., *I "nuovi" poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in F.

CINTIOLI, G. OLIVIERI (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007, 85-110

POLICE A., *Il potere discrezionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, 369-384

POLICE A., *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2, 263-284

POLICE A., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in G.P. CIRILLO (diretto da), *Diritto processuale amministrativo*, 2017, 97-120

POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007

POLIDORO M.S., *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, I, 191 e ss.

POLLICINO O., *L'economia nella Costituzione: modello originario e tendenze evolutive*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2020, 69-85

PORENA D., *Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul d.lgs. n. 3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di "antitrust private enforcement")*. *Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice alla legge...ed alla Autorità antitrust?*, in *Federalismi.it*, 2018, 7

PORTER M., *Il vantaggio competitivo*, 1985, trad. it., Torino, 2011

PREVITI L., *Il tramonto della full jurisdiction per gli antitrust infringements: la chiusura italiana ai principi dettati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sanzioni amministrative e giusto processo*.

Il caso delle intese anticoncorrenziali, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1325-1355

PRODI R., *Concorrenza dinamica e potere di mercato*, Milano-Roma, 1969

PRUDENZANO L., *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11, Placi c. Italy, in Osservatorioaic.it, 2014, 2*

PUGLIATTI S., voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 45-131

RABAI B., *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 165-203

RAFFAELLI E.A., CROCI F., *La prova nel private antitrust enforcement*, in M.C. MALAGUTI, L. OGLIO, S. VANONI (a cura di), *Politiche antitrust ieri, oggi e domani*, Torino, 2017, 119-163

RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998

RAMAJOLI M., *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 3, 665-682

RAMAJOLI M., *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 2, 330-358

RAMAJOLI M., *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Conc. e mercato*, 2018, 83-97

RAMAJOLI M., *La tutela antitrust nel XXI secolo*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, 2, 221-229

RAMAJOLI M., voce *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir. – I tematici*, Volume *Funzioni amministrative*, a cura di B.G. MATTARELLA e M. RAMAJOLI, in corso di pubblicazione

RESTA M.S., *Le clausole vessatorie*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 1513-1545

RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999

RISTORI L., *Il sistema dei limiti alla libertà di iniziativa economica: anatomia del diritto della concorrenza*, in *Conc. e mercato*, 2007, 227-271

RIVIEZZO A., *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quaderni cost.*, 2005, 2, 321-340

ROBERTI G.M., *La dimensione europea della politica di concorrenza*, in *Federalismi.it*, 2012, 3

ROCCHIETTI MARCH A., *Il risarcimento del danno da illecito antitrust*, in A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Milano, 2011, 487-522

RODORF R., *Il ruolo del giudice e quello dell’Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Le Società*, 2014, 7, 784-789

ROMANO G., *Il ruolo dell’AGCM nei rapporti con i giudici nazionali: disciplina e prassi*, in L. AGOSTINACCHIO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali. Atti del 2. Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Trento*, 8-9 maggio 2009, 2009, 67-80

ROMANO S., *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1946

ROMANO V., *L’abuso di posizione dominante da fatto lecito*, in *Foro it.*, III, 2014, 616 e ss.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. Iudica Zatti*, Milano, 2001

ROSSI CARLEO L., *Clausole vessatorie e tipologie di controllo: il controllo amministrativo*, in *Nuovo diritto civile*, 2016, 3, 6

ROSSI G., *Governo, magistratura e Autorità garante della concorrenza e del mercato: tre diverse filosofie dell'Antitrust*, in AA.VV. *Concorrenza e Autorità antitrust: un bilancio a 10 anni dalla legge. Atti del Convegno Roma 9-10 ottobre 2000*, Roma, 2001, 165-179

SABATTINI G., *Il ruolo della "mano visibile" dello Stato*, Milano, 1999

SABBATINI P., *Sulla (ir)rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, 3, 495-518

SACCO R., *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 399-423

SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993

SAIJA A., *La distinzione tra public e private enforcement del diritto antitrust: un valore da preservare*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il Private Antitrust Enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019*, Trento, 2019, 123-131

SALA G., *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1191-1195

SALVIA F., *La permeabilità della tecnica agli interessi e la sua diversa incidenza nei processi decisionali*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari, in memoria di Franco Ledda*, Torino, 2004, II, 1091 e ss.

SALVIA F., *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 2, 603-622

SANDULLI A.M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200-216

SANDULLI A.M., *La legittimazione dell'Agcm ex art. 21 bis l. n. 287/1990*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 635-656

SCHUMPETER J.A., *Capitalismo, socialismo e democrazia*, 1942, trad. it., Milano, 2001

SCLAFANI F., *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e merito*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, 1, 148-169

SCOCCINI G., *Aspetti generali del private enforcement*, in CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, Milano, 2021, 815-826

SCODITTI E., *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in *Questione giust.*, 2020, 1, 60-62

SIRAGUSA M., *Abuso di posizione dominante (§ 5)*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano: commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Bologna, 1993, I, 356-366

SIRAGUSA M., *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 italiano*, in *Conc. e mercato*, 2014, 297-315

SIRAGUSA M., RUOCCO L., *Le intese orizzontali*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020, 97-108

SIRENA P., *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in G.A. BENNACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Convegno nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015*, Napoli, 2016, 335-351

SMITH A., *La ricchezza delle Nazioni*, 1776, trad. it., Roma, 2008

SOSNICK S., *A critique of concepts of workable competition*, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 72, 1958, 380-423

SPAGNOLELLO E., *L'abuso di dipendenza economica e la sua rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, Milano, 2021, 528-558

STECCHETTI L., *Law cost: ripercussioni della legge 'salva Alitalia'*, in *Merc. conc. reg.*, 2008, 3, 513-526

TADDEI ELMI G., *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di Direttiva UE del 2013*, in *Conc. e mercato*, 2014, 183-233

TARUFFO M., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, V, 1974, 83/84-111/112

TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Tratt. Cicu - Messineo – Mengoni*, Milano, 1992, III

TARUFFO M., *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 3, 733- 756

TARUFFO M., *Giudizio: processo e decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 785-804

TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 3, 709-726

TARUFFO M., *Ermeneutica, prova e decisione*, in *Ars interpretandi*, 2018, 1, 29-42

TAVASSI M., *Le azioni di danno antitrust nella giurisprudenza italiana*, in M. CARPAGNANO, A.G. BENNACCHIO (a cura di), *Il Private Enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali. Atti del II Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 8-9 maggio 2009*, Padova, 2009, 113-156

TAVASSI M., *Il ruolo dei giudici nazionali nel private enforcement, competenze concorrenti e coordinamento con l'azione dell'autorità garante*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, II, 997-1013

TAVASSI M., *Le controversie civili in materia antitrust tra diritto nazionale e indicazioni della Direttiva 104/2014*, in F. MUNARI, C. CELLERINO (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, Roma, 2016, 49-75

TAVASSI M., *Il risarcimento del danno a seguito della Direttiva 2014/104/UE: nuove sfide e criticità per i giudici nazionali*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea. XII Convegno*, Bruylant, 2017, 141-170

TESAURO G., TODINO M., voce *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 112-143

TESAURO C., *Recenti sviluppi del private enforcement*, in *Merc. conc. reg.*, 2011, 3, 426-462

TONOLETTI B., *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001

TONOLETTI B., *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2014, 1, 5-28

TONOLETTI B., *L'All. E, l. 30 marzo 1865, n. 2248: il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario*, in G. FALCON, F. CORTESI, B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, 93-107

TORCHIA L., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità amministrative indipendenti*, in C. FRANCHINI, S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 55-68

TRAVI A., *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 350-416

TRAVI A., *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 627-649

TRIMARCHI M., *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in *Aida*, 2015, 204-220

TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017

TURCHINI V., *L'antitrust non è un giudice. Nemmeno "ai limitati fini"* in *Giornale dir. amm.*, 2019, 4, 467 e ss.

VALERINI F., *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust*, Pisa, 2017, 121-146

VERDE G., *Le presunzioni giurisprudenziali (Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.*, V, 1971, 177/178-191/192

VERDE G., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. pr.*, 2003, 2, 371-386

VILLA G., *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 3, 301-309

VILLATA R., M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017

VILLATA R., *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 3, 388-409

VOLPE G., *Indagine sulle funzioni dell'autorità antitrust: verso un «governo tecnico di settore»*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 1545-1553

VOLPE G., *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 791-838

ZOTTA M., GUADAGNO I., IUSTO R., *La concorrenza nell'ordinamento*, in A. CATRICALÀ, C. E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, 2021, Milano, 3-52