



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto dei Consumatori

**ANALISI SULL'IDENTITA' GIURIDICA DELL'AUTORITA' GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO: TRA
GIURISDIZIONALIZZAZIONE DELLE FUNZIONI E INTEGRAZIONE
DELLE COMPETENZE**

Chiari.mo Prof. Antonio Catricalà

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Maria Pia Pignalosa

CORRELATORE

Cecilia Tommasi

Matricola 133233

CANDIDATO

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

INDICE

Prefazione

CAPITOLO I

<i>La concorrenza e la sua tutela: modello comunitario di funzionamento del mercato interno</i>	13
<i>1. Introduzione</i>	13
<i>2. La concorrenza, elemento strutturale dei mercati europei ed occidentali</i>	14
<i>3. La concorrenza nell'Europa post-bellica</i>	18
<i> 3.1 (segue) Consumer welfare</i>	20
<i>4. La comunitarizzazione del diritto della concorrenza</i>	21
<i>5. Le Istituzioni del diritto della concorrenza comunitario.....</i>	23
<i>6. Trattato di Lisbona</i>	28
<i>7. I tre pilastri del diritto antitrust</i>	29
<i>8. L' attuazione comunitaria degli Artt. 81 e 82 TCE.....</i>	31
<i> 8.1 (segue) Rule of reason.....</i>	33
<i>9. Rapporti tra Commissione CE e ANC nel reg. CE 17/1962.....</i>	34
<i>10. La disciplina del '62</i>	38
<i>11. I limiti della disciplina del '62.....</i>	40
<i>12. Il regolamento n. 1/2003</i>	42
<i>13. Competenze delle ANC ai sensi del reg. CE 1/2003</i>	45
<i>14. Le nuove competenze della Commissione.....</i>	47
<i>15. La cooperazione tra Commissione e ANC secondo il reg. CE 1/2003... </i>	49

16. Rete europea della concorrenza	53
17. Valutazione conclusiva	56
18. Proposta di direttiva <i>114 final</i> del 2017	57

CAPITOLO II

<i>Il modello italiano di tutela della concorrenza, l'AGCM e i nodi interpretativi irrisolti sulla natura delle autorità amministrative indipendenti.....</i>	62
1. <i>Introduzione</i>	62
2. Principi costituzionali a garanzia della libera concorrenza e dell'equilibrio di mercato	63
3. La legge 287/1990 e l'attuazione del diritto comunitario <i>antitrust</i>	68
3.1. <i>(segue)</i> Caratteristiche strutturali dell'AGCM.....	70
3.2 <i>(segue)</i> Caratteristiche funzionali dell'AGCM	72
4. L'AGCM e la tutela del consumatore	72
5. Natura giuridica del procedimento sanzionatorio davanti all'AGCM ..	75
alla luce della pronuncia sul ricorso U.R.R.A., Consiglio di Stato n. 7265 del 2003	75
6. Il sistema di <i>enforcement</i> europeo e il doppio binario di tutela	76
7. <i>Private e public enforcement</i> problemi di coordinamento, il caso Sky e la sentenza 4773/2014 del Consiglio di Stato.....	88
8. L'avvicinamento dei poteri delle ANC e degli organi giurisdizionali secondo la disciplina comunitaria; Sentenza n. C-53/2003 della Corte di Giustizia, caso <i>Syfait</i>	94
9. <i>Giurisdizionalizzazione</i> dell'Autorità <i>antitrust</i>	99

10. La svolta giurisprudenziale della Sentenza della Corte Costituzionale n. 13 del 2009: il ruolo maieutico dell'AGCM.....	104
11. La soluzione del <i>tertium genus</i>	115

CAPITOLO III

Comparazione tra i sistemi di tutela <i>antitrust</i> a livello comunitario ed internazionale.....	121
1. <i>Introduzione</i>	121
2. L'antitrust negli Stati Uniti	121
3. Modello comunitario di tutela della concorrenza: l'esperienza del Regno Unito e della Francia.....	128
3.1 L'Inghilterra	130
3.2 La Francia	132
4. L'introduzione delle prime normative anti-monopolio e del mercato in Cina.....	133
5. L'Italia e le innovazioni sul piano ordinamentale della tutela della concorrenza.....	137
5.1 La direttiva n. 1/2019 dell'11 dicembre 2018	140
<i>Conclusioni</i>	149
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	156

Prefazione

La disciplina della concorrenza, nella sua ancestrale configurazione, ha da sempre costituito lo strumento principale con cui gli ordinamenti hanno cercato di far fronte al disordine delle relazioni commerciali tra i soggetti economici che agiscono sul mercato. L'importanza politica del tema emerge nel momento in cui si paragona la Società a un'arena in cui gli interessi privati degli individui interagiscono e si scontrano reciprocamente senza lasciare spazio a ipotesi di auto-determinazione dei conflitti.

In ragione delle recentissime innovazioni giuridiche introdotte a livello comunitario al fine di corroborare le modalità di tutela della concorrenza nei mercati degli Stati Membri, il presente lavoro si propone di svolgere un'analisi critica degli aspetti di maggiore rilievo giuridico delle forme di disciplina della concorrenza introdotte nel nostro ordinamento nazionale al fine di recepire gli indirizzi di politica *antitrust* affermatasi a livello comunitario, prospettando conclusivamente le modalità con cui l'ordinamento italiano si adeguerà alle novità giuridiche del settore.

Sebbene il diritto *antitrust* si proponga come una disciplina altamente tecnica e settoriale, lo studio analitico delle strutture giuridiche preposte alla tutela della concorrenza mi ha permesso di constatare come la sua regolazione rappresenti nella realtà dei fatti la traduzione in termini normativi delle esigenze economico politiche della società, le cui dinamiche di funzionamento si estrinsecano principalmente, se non unicamente, nella gestione dei rapporti di mercato. Facendo fede su quanto insegnato da Allan David Bloom sull'importanza della storia quale strumento ideale per «*far vivere il passato così che possa spiegarci come rendere possibile il futuro*» ho ritenuto opportuno svolgere nel primo Capitolo un dettagliato *excursus* storico-politico dei meccanismi evolutivi della disciplina *antitrust*, facendo emergere in particolar modo come i differenti approcci ideologici alla tutela del bene giuridico della concorrenza, abbiano ricoperto un ruolo determinante nella definizione degli specifici meccanismi

normativi di tutela del mercato. Sicuramente significativo in tale contesto è stato l'apporto dei teorici statunitensi dello *Sherman Act*, che ha da sempre svolto il ruolo di precursore delle politiche nazionali e internazionali di tutela della concorrenza, esportando un modello di regolazione che tutt'oggi, dopo più di un secolo dalla sua introduzione, rappresenta un *unicum* nelle economie capitaliste d'avanguardia.

L'evoluzione recente del "giovane" diritto *antitrust* comunitario mi ha portato a soffermarmi sulle differenti fasi che dal 1952 hanno consentito all'allora Comunità Europea di mettersi al passo con le più evolute economie internazionali, sviluppando progressivamente un coerente sistema di tutela della concorrenza che potesse fungere da adeguata garanzia del corretto funzionamento non solo dei mercati nazionali individualmente intesi, ma anche del mercato unico interno. Un consistente impulso allo sviluppo del diritto *antitrust* comunitario è stato sicuramente costituito dall'introduzione del regolamento CE n. 1 del 2003, passato agli annali come il regolamento della modernizzazione, il quale ha eletto a strumenti ideali per il conseguimento dell'armonizzazione del diritto *antitrust* tra gli Stati Membri un modello di coerente decentramento delle competenze per la tutela del mercato e della concorrenza a favore delle Istituzioni nazionali, nonché un'innovativa forma di cooperazione internazionale sia orizzontale che verticale tra Autorità Nazionali della Concorrenza.

Poste tali basi teoriche ho spostato successivamente il *focus* della trattazione sulla dimensione nazionale di tutela della concorrenza per la quale si è reso opportuno soffermarsi sugli strumenti di recepimento dei valori *antitrust* attuati a livello Statale offrendo un'interpretazione esegetica sia dei principi costituzionali di tutela della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., sia della legge ordinaria n. 287 del 1990, legge *antitrust* con cui è stata istituita l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. All'inizio dei primi anni '90 l'Italia dimostrò di essersi definitivamente liberata dai vincoli economico-governativi della ingerente e dirigista politica del Ventennio, accogliendo così modelli istituzionali in cui forme di intervento amministrativista si resero maggiormente confacenti con l'apertura a modelli di società pluriclasse. L'innovativa soluzione di affidare la tutela di interessi di carattere generale

ad Autorità amministrative poste in una condizione di neutralità e d'indipendenza rispetto alle dinamiche politico-governative non ha ricevuto sin da subito un uniforme plauso; ciò ha causato delle inevitabili deviazioni dalla conformazione giuridica originariamente introdotta per tali Autorità, manifestando delle chiare tendenze alla giuridizionalizzazione delle loro competenze.

Nel secondo capitolo ispirata dalla lettura di illustri esponenti della dottrina privatistica e commerciale, ho infatti ho affrontato in parallelo sia il tema della tutela della concorrenza dettato dai meccanismi di *private* e *public enforcement* di origine comunitaria e recepiti dalla normativa degli anni '90, sia la spinosa questione sull'identità giuridica dell'AGCM e *generalis* delle autorità amministrative indipendenti. Per svolgere tale analisi mi sono affidata alle posizioni assunte in materia dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale¹ e agli studi svolti sul tema dalla migliore dottrina nazionale. Tra le oscillanti conclusioni a favore da un lato del riconoscimento dell'*authority* come un organo esclusivamente amministrativo, e dall'altro della configurazione di una nuova categoria di organi para-giurisdizionali, le recentissime posizioni assunte dalla giurisprudenza Costituzionale con la sentenza n. 1 del 2019 sono state definitivamente dirimenti della controversia. Si anticipa quanto si tratterà diffusamente nel Capitolo II dicendo che il Giudice delle Leggi, chiamato a decidere su una questione di legittimità costituzionale sollevata dall'AGCM per l'interpretazione di alcune norme della legge del notariato riguardanti i procedimenti sanzionatori avviati nei confronti degli organi professionali, ha rigettato la questione in rito per carenza di legittimazione dell'AGCM soffermandosi sull'interpretazione dell'art. 1 della L. 1 del 1948 circa il possibile inquadramento dell'*authority* in quella categoria di soggetti dell'ordinamento che al pari del giudice possono sollevare la questione di legittimità costituzionale. Dedotta l'infondatezza della questione, la Corte ha concluso sostenendo l'impossibilità di riconoscere all'AGCM tale competenza e ha

¹ Anticipo la citazione di due capisaldi della giurisprudenza amministrativa nazionale: le sent. n. 7265 del 2003 e la n. 4773 del 2014 entrambe emesse dal Consiglio di Stato, e la sentenza C-53/2003 della Corte di Giustizia Europea.

dunque risolto le controversie sull'individuazione dell'identità giuridica dell'autorità a favore della sua chiara natura amministrativa, purtuttavia, ammettendo la possibilità di individuare una certa "giurisdizionalità" nelle funzioni svolte.

Da ultimo ho concentrato la trattazione su una valutazione critica delle recenti proposte di direttiva² avanzate dalla Commissione europea per corroborare l'efficienza dei sistemi di tutela della concorrenza attraverso il riconoscimento alle *authorities* di ulteriori poteri e competenze. La dissertazione del tema è stata preceduta da una analisi comparatistica dei sistemi *antitrust* internazionali con particolare attenzione ancora una volta agli Stati Uniti. Infatti, una valutazione comparativa dei sistemi *antitrust* comunitari e internazionali rivela tutta la sua importanza nell'offrire interessanti spunti di riflessione sulla disciplina attuale di Stati che come l'Italia rivestono un ruolo di rilievo nella scacchiera dei rapporti economici internazionali. L'accoglimento della proposta di direttiva ha portato gli organi legislativi comunitari alla recentissima introduzione della direttiva n. 1 del 2019 approvata in sede Parlamentare l'11 dicembre del 2018. La mancata implementazione della suddetta normativa mi ha indotto conclusivamente a considerare seppur in termini assolutamente ipotetici le possibili conseguenze che l'attuazione di tale direttiva potrebbe avere nel nostro ordinamento, in considerazione non solo dello *ius positum* nazionale, ma anche dell'inegabilmente insufficiente radicamento dei valori della concorrenza e del mercato nel nostro ordinamento.

² Proposta n. 114 *final* {2017}.

CAPITOLO I

La concorrenza e la sua tutela: modello comunitario di funzionamento del mercato interno

SOMMARIO: 1. *Introduzione*; 2. La concorrenza, elemento strutturale dei mercati europei ed occidentali; 3. La concorrenza nell'Europa *post*-bellica; 3.1. *Consumer welfare*; 4. La *comunitarizzazione* del diritto della concorrenza; 5. Le Istituzioni del diritto della concorrenza comunitario 6. Trattato di Lisbona; 7. I tre pilastri del diritto *antitrust*; 8. L'attuazione comunitaria degli Artt. 81 e 82 TCE; 8. 1 (*segue*) *Rule of reason*; 9. Rapporti tra Commissione CE e ANC nel reg. CE 17/1962; 10. La disciplina del '62; 11. I limiti della disciplina del '62; 12. Il regolamento n. 1/2003; 12. Competenze delle ANC ai sensi del reg. CE 1/2003; 14. *Le nuove* competenze della Commissione; 15. La cooperazione tra Commissione e ANC secondo il reg. CE 1/2003; 16. Rete europea della concorrenza; 17. Valutazione conclusiva; 18. Proposta di direttiva *114 final* del 2017

1. Introduzione

Il diritto della concorrenza ha da sempre rappresentato la colonna portante delle economie occidentali, dal momento che costituisce lo strumento necessario alla regolazione dei rapporti economici tra i soggetti protagonisti di mercato: consumatori e produttori.

La disciplina della concorrenza costituisce un importante strumento di interpretazione delle dinamiche sociali ed economiche dei rispettivi periodi storici, dal momento che la sua regolazione rappresenta la traduzione in termini normativi delle esigenze economico politiche della società, le cui dinamiche di funzionamento si estrinsecano principalmente, se non unicamente, nella gestione dei rapporti di mercato.

La qualificazione della concorrenza come bene giuridico ci consente di studiare in maniera più chiara ed efficiente la *ratio* delle modalità di disciplina dei rapporti

concorrenziali di mercato più rilevanti per la storia del diritto; nello specifico può essere sin da ora utile evidenziare che l'evoluzione delle teorie giuridico-filosofiche sul diritto della concorrenza è arrivata a considerare la concorrenza come un bene giuridico strumentale, vale a dire tutelato in funzione del conseguimento di utilità ulteriori, piuttosto che come nozione auto evidente da cui far dipendere una tutela fine a sé stessa.

2. La concorrenza, elemento strutturale dei mercati europei ed occidentali

Prima di trattare della attuale disciplina della concorrenza sarebbe utile svolgere un *excursus* storico sull'evoluzione del diritto *antitrust*, analizzando nello specifico come sia progressivamente mutato l'approccio ideologico e normativo dei Legislatori alla tutela della concorrenza intesa come bene giuridico³.

Lo studio *de qua* richiede una preliminare presentazione del concetto archetipo di mercato, inteso alternativamente come il luogo fisico in cui si realizzano gli scambi di beni e di servizi e come il luogo figurato nel quale la correttezza e la regolarità degli scambi garantiscono la pace sociale.

Data la perfetta interdipendenza funzionale tra le relazioni economiche di mercato e le interazioni sociali dei singoli individui nella società, la disciplina della concorrenza costituisce la risposta prioritaria alle esigenze politico-economiche delle epoche; ciò rende evidente che la trattazione di seguito svolta non può prescindere da un'analisi delle differenti strutture della società.

La regolazione del mercato quale bene finale e contemporaneamente strumentale alla disciplina dei rapporti sociali ha vissuto nel tempo cambiamenti significativi a seconda delle esigenze politiche del periodo di riferimento.

³ vd. *supra*

Già nella Roma imperiale era possibile rinvenire le prime *legislazioni* a tutela della concorrenza: basti pensare alla *lex Giulia de annonae*, adottata da Augusto imperatore nel 18 a.C. la quale puniva l'incetta di derrate al fine di aumentare artificialmente i prezzi dei beni alimentari; poi ancora sotto Diocleziano venne emanato un Editto che comminava la pena di morte per chi avesse approfittato della penuria dei beni di consumo per aumentare i prezzi⁴. Tali primitive forme di regolazione della concorrenza nel mercato hanno anticipato le normative attuali anche per quel che riguarda le deroghe alle restrizioni anticoncorrenziali: nota agli storici è la costituzione di modelli di monopolio collettivo strumentali alla soddisfazione e alla tutela di precisi comparti di produzione sia durante l'epoca imperiale che durante il periodo medievale-*precapitalistico*⁵; si tratta dei *collegia* romani e delle gilde alto-medievali, considerati indispensabili per il buon andamento della vita della collettività⁶. L'idea di una struttura di mercato a *somma zero* in cui le relazioni economiche dei privati costituiscono lo strumento ideale di stabilizzazione del mercato e in cui la garanzia della libertà di iniziativa economica si combina con la concessione di limitate esenzioni al divieto di accordi privati anticoncorrenziali, nel corso del XIII secolo veniva soppiantato da teorie di mercato a *somma positiva*, mutate dall'ideologia mercantilista⁷ secondo la quale, il divieto di intese restrittive della concorrenza poteva essere derogato solo dalla previsione di monopoli legali gestiti e governati dallo Stato. I monopoli legali, a differenza dei medievali monopoli collettivi, non costituirono più lo strumento di

⁴ Prefazione di *Diritto antitrust*, Federico Ghezzi, Gustavo Olivieri- G. Giappicelli editore – Torino.

⁵ Nella scansione dei periodi storici dell'economia europea il *precapitalismo* si colloca nel periodo Alto Medievale, caratterizzato dalla presenza di un modello organizzativo di mercato basato sul libero commercio e il divieto di monopolio, la cui unica deroga era ammessa in favore di organizzazioni corporative delle attività produttive, giustificate da ragioni di utilità sociale. *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Mario Libertini, Giuffrè Editore, Milano 2014, pp.6.

⁶ *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Mario Libertini, Giuffrè Editore, Milano 2014, pp.4.

⁷ “*Sistema di politica economica (detto anche sistema mercantile o mercantilista) tipico delle grandi monarchie assolute del Seicento e del Settecento, le quali miravano ad accrescere la ricchezza e quindi la coesione e la potenza dello stato attraverso interventi nell'economia (politiche indirizzate ad aumentare la disponibilità di moneta entro lo stato, politiche di restrizioni alle importazioni e provvedimenti atti a stimolare le esportazioni, ecc.) basati sul principio che il commercio internazionale fosse da favorire soltanto fino a quando conduceva a un attivo della bilancia commerciale.*” Enciclopedia Treccani, www.treccani.it.

garanzia dell'equilibrio del mercato, quanto piuttosto la spinta propulsiva, o meglio lo stimolo necessario allo sviluppo del mercato. Tali monopoli legali avevano solitamente ad oggetto "manifatture regie" che richiedevano in massima parte investimenti straordinari.

Una seconda rivoluzione culturale ha riguardato successivamente lo sviluppo del liberismo economico che ha giustificato dal punto di vista teorico il periodo della rivoluzione industriale del XVIII secolo. Il principio del *laissez faire* elaborato dagli studiosi dell'economia del XVIII e XIX secolo, cui si ispira la storia economica moderna, si estrinseca in una sostanziale negazione dell'utilità dei monopoli legali quale stimolo del mercato, portando piuttosto alla conclusione che libera concorrenza non significa più solo libero accesso al mercato, ma anche e soprattutto, rivalità, competizione per il conseguimento del profitto.

La teoria cui si fa qui riferimento ha segnato un punto di sintesi delle esperienze passate: concorrenza, elemento immanente del mercato, che non è più solo funzionale a garantire il giusto prezzo e l'ordine naturale degli scambi ma diventa anche strumentale a stimolare l'innovazione e lo sviluppo economico⁸. Tuttavia, mentre il liberalismo economico europeo trovava in Inghilterra con la Rivoluzione industriale un suo compiuto sviluppo, oltreoceano, negli Stati Uniti del 1890 veniva approvato dal Congresso lo *Sherman Act* il quale ha costituito la base della politica economica americana. L'introduzione di tale innovazione legislativa è stata dettata dall'esigenza di contrastare e di correggere gli effetti negativi provocati dalla generale libertà economica con cui era concesso operare alle grandi imprese emergenti⁹ (si tratta

⁸ *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Mario Libertini, Giuffrè Editore, Milano 2014, pp.4.

⁹ Negli ultimi anni del XIX si assistette ad un repentino emergere ed affermarsi delle grandi imprese dell'industria pesante. Il connubio di fattori eterogenei quali l'ampliamento dei mercati e delle economie nazionali, le crisi economiche che anticiparono la Grande Depressione degli anni '30 del '900, e ancora gli imprevedibili problemi climatici che ebbero una notevole incidenza sulla produttività agricola del periodo, determinarono una generale riduzione dei prezzi a cui le grosse imprese, specie del settore petrolifero, reagirono con la creazione di intese volte alla fissazione dei prezzi ad un livello sufficientemente elevato da garantire alti margini di profitto. Fu successivamente su impulso del principale imprenditore petrolifero del periodo, John D. Rockefeller, nonché delle problematiche

soprattutto del settore petrolifero e ferroviario) a detrimento delle piccole organizzazioni imprenditoriali. In un'America che non aveva conosciuto né i rapporti feudali, né le corporazioni d'arti e mestieri, l'*antitrust* si erse quale strumento di tutela dell'efficienza complessiva del sistema economico. La base teorica era data dalla considerazione secondo cui la *concorrenza* costituiva *l'equivalente economico della democrazia*¹⁰, e dunque parimenti meritevole di garanzia e di tutela da parte dell'ordinamento. Si mutua dai sistemi di *common law* il tradizionale *crimen monopolii*¹¹, che condannava qualunque forma di monopolizzazione del mercato statale ed internazionale, e dunque ogni forma di accordo finalizzato a creare restrizioni di mercato avrebbe dovuto esser considerato nullo, invalido o non vincolante. Con lo *Sherman Act* si affermò una delle colonne portanti dell'ideologia economica americana: strutture di mercato deconcentrate governate da un'equa e giusta democrazia economica nella quale spirito di iniziativa, indipendenza e individualità trovavano il loro luogo ideale¹².

Differenti orientamenti dottrinali, maturati a partire dalla seconda metà del XIX secolo, hanno influenzato in vario modo le politiche *antitrust* adottate nel corso dei primi anni del XX secolo. Nello specifico rilevante impatto ideologico hanno avuto gli strutturalisti della scuola di Harvard i quali hanno valorizzato la tutela del pluralismo dei mercati contro qualunque forma di organizzazione oligopolistica. Poi ancora

connesse all'emergere delle così note "guerre di prezzo", che si diede origine allo Standard Oil Trust, con cui si iniziò ad utilizzare l'istituto del trust per la determinazione di strategie di mercato competitive volte al controllo diretto dei concorrenti ed in maggior misura evitare guerre di prezzo. *Diritto Antitrust*, Federico Ghezzi, Gustavo Olivieri, Giappichelli Editore - Torino, pp. 4.

¹⁰ A. Simmons, *Sherman act and foreign trade*, Heinonline.

¹¹ La qualificazione come reato delle condotte anticoncorrenziali si rese necessaria per tutelare le categorie di mercato più deboli quali commercianti ed agricoltori che subivano un duplice danno: quali acquirenti di materie prime da un lato e come medio-piccoli venditori di prodotti finiti. La drastica riduzione degli spazi di libera concorrenza aveva depauperato tali soggetti di qualunque reale potere economico, precludendogli chiaramente la possibilità di imporsi nel mercato rendendo dunque emergente la necessità di ri - stabilizzazione degli equilibri democratici del libero mercato concorrenziale; uno dei più importanti successi che la politica liberale dello *Sherman Act* ha conseguito è sicuramente lo smembramento della Standard Oil, con la sentenza *Standard Oil Co. US 221 (1911)*, op. cit. *Diritto Antitrust*, Federico Ghezzi, Gustavo Olivieri, Giappichelli Editore - Torino, pp. 4.

¹² op. cit. *Diritto Antitrust*, Federico Ghezzi, Gustavo Olivieri, Giappichelli Editore - Torino, pp.4

brevemente ricordiamo la riscoperta del più puro liberismo neoclassico della scuola di Chicago¹³, la quale si erse a sostegno dei mercati liberamente concorrenziali, acconsentendo, solo a precise condizioni, all'intervento dello Stato. L'evoluzione delle sopracitate teorie economiche si sviluppò fino ad arrivare all'attestazione dell'ancora attuale "teoria dei giochi"¹⁴ con la quale si segna un attenuamento dalla iniziale ipotesi di concorrenza perfetta giungendo a concludere che l'importanza della concorrenza come bene giuridico da tutelare anche con l'imposizione di sanzioni detentive¹⁵, non potesse essere assunto sulla base di una nozione semplice e autoevidente che la qualificasse come bene "utile a sé". La tutela della concorrenza è piuttosto strumentale al conseguimento del *consumer welfare*, e la libera concorrenza, quale democrazia economica dei mercati, rappresenta elemento essenziale e imprescindibile per il corretto funzionamento del mercato.

3. La concorrenza nell'Europa *post*-bellica

I Legislatori dell'Europa della prima metà del XX secolo, si trovarono a dover far fronte a nuove questioni riguardanti la regolazione del mercato e della concorrenza: la frenesia liberale del secolo immediatamente precedente aveva reso emergente la necessità di regolarizzare il fenomeno della concorrenza. Nei decenni intercorsi tra i due conflitti mondiali si assistette a una decisa virata verso ideali filomonopolistici,

¹³ Pensiero accademico sviluppatosi presso l'Università di Chicago, fondata nel 1890 da J.D. Rockefeller.

¹⁴ Modello matematico applicato all'economia secondo cui tra le parti di un mercato comune si instaurano meccanismi di interdipendenza strategica, tali per cui le decisioni individuali, in situazioni in cui vi siano interazioni tra due o più soggetti, possono influire sui risultati conseguibili da parte del rivale secondo un meccanismo di retroazione, pur nell'ottica del conseguimento del massimo guadagno da parte di ciascun giocatore - *Macroeconomia, un'introduzione. Mercati, Istituzioni Finanziarie e Politiche* C. Imbriani A. Loper, , UTET, 2016, pp. 318.

¹⁵ "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court". - Section I Sherman Act, 1890.

giustificati dalla ormai consolidata considerazione che i mercati in cui le relazioni tra le parti erano regolate esclusivamente dalla libertà contrattuale, fossero maggiormente predisposti a forme di degenerazione monopolistica. Se in America i tentativi di monopolizzazione del mercato che hanno caratterizzato lo sviluppo economico del XIX secolo vennero arginati con l'introduzione dello *Sherman Act* che impose di disciplinare i processi di concentrazione tra le imprese concorrenti, in Europa lo stesso fenomeno venne affrontato in maniera differente, dal momento che si preferì alla repressione dei monopoli, il governo degli stessi. Da queste premesse si avvia un progressivo avvicinamento a modelli di gestione dirigistica delle aggregazioni industriali: si attribuì allo Stato il potere di intervenire al fine di proteggere le categorie socialmente più deboli altrimenti vittime dell'incontrollato potere economico dei privati¹⁶. La "fine del *laissez-faire*" all'indomani della Grande Guerra è reso evidente sul piano politico con la scomparsa della parola *liberale* dalla denominazione di molti partiti: un caso esemplare fu sicuramente quello della Germania, poi divenuta leader nella costruzione della disciplina antitrust europea, che dalla riorganizzazione dei gruppi liberali prebellici diede vita a due partiti vale a dire: il Partito popolare tedesco, di orientamento moderato, e il Partito democratico tedesco, con tendenze maggiormente progressiste, i quali assistettero alla costituzione, agli sgoccioli del secondo conflitto mondiale, del Partito dello Stato. Era evidente come l'incedere del periodo prebellico che portava con sé l'abbandono degli ideali democratici, fosse stato determinante all'allontanamento delle politiche europee dai modelli liberali, che vennero riscoperti dalle nazioni dilaniate dalla guerra solo dopo la fine dei conflitti mondiali.

Fu proprio la Germania a divenire protagonista della restaurazione del diritto della concorrenza europea. Nacque infatti presso la Scuola di Friburgo il movimento ideologico che ispirò il riavvicinamento comunitario ai principi liberali della concorrenza: si trattò del noto *ordoliberalismo* che riprese il concetto neoclassico di libertà di mercato come strumento indispensabile per la realizzazione del benessere

¹⁶ *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Mario Libertini, Giuffrè Editore, Milano 2014, pp.16.

collettivo. L'impellente necessità di ridurre lo strapotere monopolistico dei privati, fonte di abusi e di ingiustizie venne stavolta soddisfatta non con il rinvigorismento dei poteri statali, quanto piuttosto con la creazione di un'autorità amministrativa indipendente, imparziale rispetto al potere politico centrale. Tuttavia ancora una volta il liberalismo neoclassico si trovò irrimediabilmente a scontrarsi con la realtà dei mercati contemporanei che al pari di quelli statunitensi non avrebbero più potuto essere lasciati in balia della libera concorrenza: così, nel titanico scontro tra neoliberalismo interventista e un neoliberalismo neoclassico, promotore del conseguimento dell'equilibrio spontaneo del mercato, si affermò un approccio innovativo e oramai prevalente, con il quale si identificava la concorrenza come una disciplina finalizzata alla realizzazione del così noto *consumer welfare*.

3.1 (segue) *Consumer welfare*

Il concetto di *consumer welfare* è stato ed è a oggi questione molto dibattuta tra i teorici del diritto. Per sviluppare il tema si rende dapprima necessario analizzare una innovativa e oramai predominante impostazione concettuale della “tutela della concorrenza” quale tutela strumentale al conseguimento di un fine ulteriore rispetto alla sola regolazione del rapporto tra le imprese e i consumatori. In un'ottica di mercato consegnato alla garanzia di un equilibrio dinamico dei rapporti economici, la tutela della concorrenza e la tutela del consumatore si sono rivelati elementi tra di loro legati da un imprescindibile nesso di interdipendenza: il consumatore, soggetto debole del mercato, venne a fini protezionistici tutelato tramite la garanzia della sua libertà di scelta duplicemente specificata in garanzia della presenza di offerte sostituibili sul mercato, e mancanza di inganni e costrizioni nell'acquisto da lui posto in essere. Una corretta disciplina della concorrenza permette il conseguimento di tali finalità protezionistiche e in un mercato a struttura dinamica, la concorrenza corretta rappresenta sicuramente la garanzia dell'efficienza dello stesso divenendo così il migliore strumento di conseguimento del benessere collettivo degli operatori economici.

Nell'analisi del fenomeno è bene tratteggiare una distinzione sostanziale tra *consumer welfare* e *total welfare*. Il *total welfare* in termini economici si riferisce rispettivamente alla somma del *consumer* e del *producer welfare*, vale a dire delle risorse che il mercato offre ai consumatori finali nonché all'insieme delle risorse che invece sono a disposizione della collettività (ricomprendendo tutti i soggetti che operano nel mercato). Poste tali preliminari definizioni, la valutazione degli obiettivi conseguibili con disciplina della concorrenza richiede di differenziare ciò che costituisce il "benessere" (economicamente inteso come *welfare*) del consumatore finale e quello degli altri operatori economici che sarebbero piuttosto inquadrabili nella nozione di *total welfare*. Si ritiene che il corretto funzionamento del mercato concorrenziale garantisca il conseguimento di un *surplus* per il consumatore che ha un valore differente rispetto a quello che potrebbe interessare le imprese, trattandosi nell'un caso dell'interesse al soddisfacimento dei bisogni della vita ad un prezzo quanto il più vicino a quello che sarebbe disposto a pagare, mentre nell'altro caso l'interesse dell'impresa o meglio del produttore consiste nell'allocazione dei suoi beni a un prezzo stavolta il più distante possibile dal minimo che egli sarebbe disposto ad accettare in sede di vendita. La distinzione ivi operata rende evidente che nell'ottica della strumentalizzazione della disciplina della concorrenza al conseguimento di finalità ulteriori rispetto alla semplice regolazione del mercato, le *competition policies* non potranno mirare al soddisfacimento indistinto del *total welfare*, come invece teorizzavano alcuni economisti come ad esempio Kaplow, essendo il *consumer welfare* inversamente proporzionale al *producer welfare*.

4. La comunitarizzazione del diritto della concorrenza

La nascita della Comunità europea, poi divenuta Unione Europea, entità giuridica distinta da tutti gli Stati europei che ne sono parte, ha fatto emergere nuove teorizzazioni sulla disciplina della concorrenza.

Affrontando dapprima gli aspetti teorici dell'approccio dell'Unione Europea alla disciplina della concorrenza è bene notare come anche in Europa, sulla falsariga dell'esperienza americana, si abbracciò il così noto MEA, acronimo per *more economic approach*, secondo cui la politica concorrenziale degli Stati deve essere valutata in chiave più economica ponendo sempre in rilievo la considerazione, di cui *supra*, che la disciplina della concorrenza costituisce uno strumento, e non un *valore a se*, per il conseguimento di fini ulteriori di carattere sociale e politico, alternativamente inquadrabili nel sopradescritto *total* e *consumer welfare*. L'obiettivo di corretto coordinamento dei fattori del mercato interno ha portato a considerare la disciplina della concorrenza come lo strumento migliore per conseguire un ottimale funzionamento del mercato e per realizzare il massimo benessere del consumatore. Mentre oltreoceano si alternavano la teoria strutturalista della Scuola di Harvard e la teoria neoliberalista della Scuola di Chicago, in Europa si sviluppò un atteggiamento maggiormente prudente basato sull'idea che una puntuale analisi di mercato non possa essere elaborata su modelli semplificati e astratti secondo i quali la disciplina della concorrenza è esclusivamente funzionale al conseguimento di un vantaggio economico (*consumer welfare*), ma deve piuttosto essere disciplinato su supporti teorici più sofisticati come quello della *teoria dei giochi*¹⁷. Tale teoria ha origine matematica e applicata all'analisi della *competition policy* consente di verificare che il fondamento dei meccanismi di mercato risiede nell'interdipendenza strategica secondo cui in situazioni in cui si registrano interazioni tra due o più soggetti, le scelte e le decisioni di uno possono influire sui risultati conseguibili da un altro rivale. Andando aldilà dei dibattiti metodologici che hanno visto opporsi economisti dall'impostazione più teorica che hanno dedotto l'esigenza di sviluppare un approccio analitico che giungesse a risultanze scientificamente valide, ed altri che invece hanno ritenuto che lo studio della concorrenza e le analisi di mercato non potessero in alcun modo essere basate su criteri di oggettività scientifica, è bene concludere, in accordo con Libertini, che in uno studio giuridico sulla disciplina della concorrenza non può prendere le mosse da sofisticate

¹⁷ Vd. nota n. 10.

analisi microeconomiche, ma deve partire piuttosto dalla definizione di concorrenza quale bene giuridico da tutelare, prescindendo così dai modelli teorici di tipo economico. Abbandonando le teorie di riducono la tutela della concorrenza a tutela della libertà economica o libertà di contrarre, l'elaborazione di un concetto normativo di concorrenza applicata ad un sistema di mercato a equilibrio dinamico, passa per quattro punti fondamentali, così identificati dal già citato Mario Libertini ed ivi sintetizzati:

1. Prevenzione di comportamenti parassitari che possano frenare i processi dinamici del mercato;
2. Repressione di comportamenti che possano portare all'acquisizione di vantaggi competitivi di tipo monopolistico;
3. Repressione di comportamenti che possano portare all'acquisizione di vantaggi competitivi contro la libera scelta dei consumatori, come ad esempio la proposizione di offerte ingannevoli;
4. Repressione di comportamenti che possano portare all'acquisizione di vantaggi competitivi contrari al buon costume o all'ordine pubblico, dunque commettendo illeciti.

5. Le Istituzioni del diritto della concorrenza comunitario

Proseguendo l'analisi sulla *comunitarizzazione* del diritto della concorrenza, ritengo sia utile ripercorrere le principali fasi storiche che passo dopo passo hanno segnato l'avvicinamento della legislazione comunitaria alla disciplina del diritto della concorrenza.

All'indomani della Seconda Guerra Mondiale le principali esigenze economiche europee si inquadravano nella necessità di dover da un lato ristrutturare le economie nazionali pesantemente provate dalle vicende belliche, dall'altro ricreare dalle ceneri delle capitali europee, dilaniate dalla guerra, un nuovo equilibrio economico

internazionale, con un obiettivo aggiuntivo costituito dalla intenzione di realizzare un'integrazione comunitaria tra gli Stati.

La regolazione del mercato europeo *post*-bellico ha riguardato dapprima il settore economico più importante per l'economia del periodo: vale a dire il commercio dell'acciaio e della materia prima necessaria alla relativa produzione, cioè il carbone. Intorno agli anni '50 i rappresentanti dei principali produttori di acciaio di Germania, Francia, Belgio, Olanda, Lussemburgo, sull'esempio della *Comunità d'acciaio* degli anni '20, fondarono un'organizzazione, che come definito nella "Dichiarazione Shuman", era gestita da un organo sovranazionale e dunque indipendente dalle ingerenze degli Stati membri partecipanti, che al fine di superare la contraddizione tra la dimensione territoriale degli Stati e quella sovranazionale delle imprese aveva come obiettivo la realizzazione di una gestione in comune della produzione del carbone e dell'acciaio, eliminando in tal modo i presupposti che nei decenni precedenti avevano portato allo scoppio del conflitto mondiale. Con tali finalità nacque nel 1951 la CECA (acronimo di Comunità europea del carbone e dell'acciaio), nel cui Trattato costitutivo venne inserita anche una seppur acerba disciplina *antitrust*, principalmente finalizzata alla regolamentazione dei cartelli tra imprese di produzione del carbone e dell'acciaio, fino ad allora lasciata alla libera regolazione da parte delle imprese stesse sulla base di accordi internazionali privati che erano oramai divenuti inadeguati a sostenere i rapporti commerciali con gli Stati Uniti, la cui *competition policy* era ancora basata sui principi regolatori dello *Sherman Act*¹⁸. Furono inseriti così nel TCECA¹⁹ gli articoli 65 e 66 che riguardavano rispettivamente il divieto di intese e il divieto di restrizioni che potessero falsare la concorrenza. L'obiettivo ultimo del TCECA era quello di garantire "*il mantenimento e l'osservanza di condizioni normali di concorrenza*"²⁰.

¹⁸ vd. Paragrafo n. 1.4.

¹⁹ Abbr. per *Trattato della CECA*.

²⁰ Cit. Art. 5 comma 2, punto n.2 TCECA: La Comunità al fine di adempiere il suo compito secondo le condizioni stabilite nel trattato "*assicura l'istituzione, il mantenimento e il rispetto di normali condizioni di concorrenza e non esercita un'azione diretta sulla produzione e sul mercato se non quando le circostanze lo esigano*".

Emerge da tale disciplina un'idea di tutela della concorrenza che scollandosi dal tradizionale principio della "libertà di concorrenza", piuttosto imposta ora i termini della disciplina sul conseguimento di uno standard di "normalità", in quanto finalizzata a *"obiettivi quali l'espansione, l'organizzazione razionale, l'adeguata occupazione e la stabilità"*²¹.

Dopo pochi anni dalla costituzione della CECA gli Stati firmatari sentirono la necessità di offrire una maggiore concretezza alla collaborazione tra gli Stati europei; così dal Progetto Briand del 1955 si arrivò nel 1957 alla firma da parte dei sei Stati già membri della CECA, del Trattato della Comunità Europea nel 1958 il quale entrò ufficialmente in vigore, noto alla storia anche come Trattato di Roma. Tra gli obiettivi prefissati dalla neo-Comunità Europea all'art. 2 leggiamo: *"La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune [...] uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche [...]".* L'introduzione del concetto di mercato comune ha coadiuvato la nascita di una *res pubblica* comunitaria: un "bene comune" che gli Stati si propongono di tutelare e dal quale scaturisce la garanzia ai cittadini di diritti soggettivi comunitari: come il diritto di svolgere la propria attività senza alcuna discriminazione dipendente dalla nazionalità. A tutela del corretto funzionamento del mercato interno gli Stati della Comunità definiscono all'art. 3 lett.g un ulteriore obiettivo consistente nella realizzazione di un *regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata (nel mercato interno)*.

Gli strumenti che il Trattato di costituzione della Comunità Europea ha predisposto a tutela della concorrenza vengono inseriti negli articoli 85 - 86 con la specificazione di due fondamentali divieti sui quali si articola tutta la disciplina *antitrust*. Specificatamente all'art. 85 si legge *"Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che*

²¹ Cfr. Dichiarazione Shumann.

abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune [...]". Segue un elenco di condotte tipizzate considerate idonee a falsare la concorrenza. Invece all'art. 86 si impone il divieto di abuso di posizione dominante in relazione alla quale si individuano ancora una volta quali possono essere le pratiche che si sostanzino in una pratica abusiva:

- i. imposizione di condizioni inique di vendita o di acquisto,
- ii. limitazione degli sbocchi di produzione a danno dei consumatori,
- iii. applicazione in rapporti commerciali assimilabili, condizioni dissimili,
- iv. imposizione di prestazioni supplementari ai fini della conclusione del contratto²².

Da ciò si può desumere che la realizzazione dell'obiettivo con cui la CEE si proponeva di creare un *mercato intra-comunitario comune* che funzionasse in un regime di concorrenza libera e corretta, dipendesse da un lato dal riconoscimento del diritto di iniziativa economica²³ e dall'altro dalla previsione di limiti all'esercizio della stessa.

²² Trattato istitutivo della Comunità Europea, articolo 85, rinumerato come articolo 81 dopo l'approvazione del Trattato di Amsterdam del 1999 che ha modificato il Trattato dell'Unione Europea, stipulato a Maastricht nel 1993. Leggiamo al primo comma: *Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel:*

- a) *fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione,*
- b) *limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti, ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento,*
- c) *applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza,*
- d) *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.*

²³ A livello di legislazione interna ricordiamo l'articolo 41: *L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.*

L'uniforme attuazione del Trattato di Roma del 1957 non è stata affatto semplice: le differenti culture economico-politiche degli allora Stati Membri portarono in superficie tutti i timori della Commissione Spaak²⁴ che con l'introduzione del Trattato qui in analisi ambiva ad infittire ancora di più i rapporti di cooperazione tra gli Stati comunitari, estendendo gli obiettivi oltre la *comunitarizzazione* del commercio e della produzione dell'acciaio e del carbone. Uno dei più critici elementi di contesa fu sicuramente la redazione, prima, e l'attuazione, poi, dell'attuale art 81 comma 3 del TCE il quale disciplina una deroga al divieto dettato al primo comma del medesimo articolo, di accordi tra imprese che possano falsare la concorrenza. Scendendo nel dettaglio della disputa tra le differenti teorie europee merita riportare memoria dello scontro tra i teorici della Germania federale dei primi anni '50 e quelli della Francia repubblicana²⁵: i primi proponevano l'introduzione di un divieto senza eccezioni di accordi anticoncorrenziali tra imprese, contrariamente a quanto invece suggerivano i francesi estimatori del principio dell'abuso secondo il quale si dovevano autorizzare in via di eccezione accordi anticoncorrenziali producessero effetti positivi sulla concorrenza. La difficile conciliabilità delle posizioni dottrinali portò a preferire una più equilibrata soluzione compromissoria proposta dall'allora Presidente del sottogruppo relativo alle norme sulla concorrenza Hans Von Der Groeben, il quale riteneva equo inserire nell' art 81 TCE²⁶ accanto al divieto di accordi anticoncorrenziali una eccezione scientemente disciplinata. Data la difficoltà nel definire pacificamente le condizioni sulla base delle quali si potesse autorizzare un accordo

²⁴ Istituita durante la Conferenza di Messina del 1° giugno 1955 fra i ministri degli esteri dei paesi membri della CECA, il Comitato presieduto dal ministro degli esteri belga Paul Henry Spaak aveva il compito di esaminare, perfezionare e trasformare in strumenti concreti le direttive e le idee scaturite dalla conferenza.

²⁵ *Dizionario semantico del diritto della concorrenza* - JOVENE EDITORE 2013, Lorenzo F. Pace, pp. 5.

²⁶ Come già puntualizzato nella nota n.17, il Trattato di Amsterdam, tra le innovazioni introdotte, ha previsto all'articolo 6 una remunerazione dei trattati comunitari, tra cui anche del Trattato costitutivo della Comunità europea cui qui si fa riferimento. Al fine di evitare confusione si definiscono qui le corrispondenze degli articoli più di frequente citati nel corso della trattazione: artt. 85 e 86 vengono sostituiti rispettivamente dagli artt. 81 e 82, il cui contenuto sarà successivamente riprodotto con il Trattato di Lisbona negli artt. 101 e 102. Art. 88 del TCE diventa nel 1999 art 84.

anticoncorrenziale, lo stesso Groeben ritenne più opportuno rinviare all'emanazione di un successivo regolamento comunitario le questioni relative all'attuazione della disciplina in analisi, essendo sempre latente il conflitto ideologico tra il francese e liberale principio dell'abuso da una parte e il principio del divieto assoluto di accordi anticoncorrenziali di produzione tedesca. Durante tale periodo di transizione, in attesa di un regolamento comunitario che risolvesse l'impasse, si ritenne soluzione opportuna attribuire la competenza di regolazione del fenomeno alle Autorità Nazionali, in ottemperanza dell'*ex art 84*²⁷.

6. Trattato di Lisbona

L'evoluzione normativa del diritto comunitario *antitrust* giunse fino all'emanazione del Trattato di Lisbona del 2007 con il quale l'obiettivo comunitario contenuto nell'art 3 lett. g del TCE avente ad oggetto la realizzazione di un *regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno*, venne inserito nell'allegato Protocollo n. 27 che ai sensi dell'articolo 51 del Trattato si considera parte integrante del trattato stesso. La disciplina della concorrenza per le istituzioni europee non è stato tuttavia un obiettivo esclusivo, essendovi la costante necessità di dover raggiungere altri e diversi traguardi sia politici che economici la cui compresenza ha progressivamente determinato uno scarso successo della politica *antitrust* comunitaria di per sé molto rigida e bisognosa di modernizzazione.

Al riguardo emblematica fu la decisione n. 93/49 del 23 dicembre 1993 della Commissione la quale nell'ambito del caso *Ford vs. Volkswagen* concesse l'esenzione a un accordo anticoncorrenziale concluso fra le sopra citate case automobilistiche al fine di costituire una *joint venture* in Portogallo per lo sviluppo e la produzione di un

²⁷ Art. 84 TCE: *Fino al momento dell'entrata in vigore delle disposizioni adottate in applicazione dell'articolo 83, le autorità degli Stati membri decidono in merito all'ammissibilità di intese e allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel mercato comune, in conformità del diritto nazionale interno e delle disposizioni dell'articolo 81, in particolare del paragrafo 3, e dell'articolo 82.*

veicolo polivalente (comunemente noto come “monovolume”). L’accordo una volta ammesso avrebbe effettivamente eliminato la concorrenza tra le due case automobilistiche nella produzione di tale tipo di autoveicolo, ma la Commissione, dopo aver accertato il soddisfacimento delle condizioni di cui al comma 3 dell’art 85, decise di autorizzare l’accordo avendo preso in considerazione le eccezionali circostanze che caratterizzavano il caso: nello specifico la Commissione apprezzò il fatto che il progetto rappresentasse il più grosso investimento estero mai effettuato in Portogallo, arrecando non indifferenti benefici all’economia dello Stato, come la creazione di circa 15.000 posti di lavoro, complessivi. Era dunque evidente alla Commissione che il progetto contribuisse *alla promozione di uno sviluppo armonioso della Comunità ed alla riduzione delle disparità regionali [...] stimolando inoltre l’integrazione europea di mercato dal momento che vincola più strettamente il Portogallo alla Comunità attraverso una delle sue principali industrie*²⁸. Nell’autorizzare l’accordo in questione la Commissione tuttavia impose delle rigide condizioni per limitare gli eventuali effetti collaterali della “cooperazione” anticoncorrenziale: non più del 25% dei veicoli polivalenti Ford prodotti dalla *joint venture* doveva contenere motori Volkswagen per qualsiasi periodo triennale; adozione di adeguate misure di salvaguardia per far sì che esse non si scambiassero informazioni che fossero commercialmente sensibili e che non fossero un’inevitabile conseguenza della gestione della *joint venture*; infine una limitazione temporale dell’esenzione, valida fino al 31 dicembre 2004. In tal modo la Commissione accettò una collaborazione che risultò vantaggiosa per il consumatore finale²⁹, garantendo comunque spazi di concorrenza leale tra le due imprese.

7. I tre pilastri del diritto *antitrust*

²⁸ Commissione, 23-12-1993. *Ford vs. Volkswagen* in GUCE L20/1993).

²⁹ Cfr. Paragrafo 2.1 *supra*.

La tendenza a schematizzare lo studio analitico delle discipline normative comunitarie ci consente di individuare tre pilastri³⁰ che si ergono a fondamento della tutela della concorrenza tra imprese a livello europeo e che si riproducono come costanti delle periodiche variazioni di legislazione:

1. Il divieto di intese restrittive (Art. 101 TFEU³¹);
2. Il divieto di abuso di posizione dominante (Art. 102);
3. La regolazione e controllo delle concentrazioni³².

Lo studio analitico delle disposizioni del TFEU permette di ipotizzare l'introduzione di un ulteriore *quarto pilastro* della disciplina comunitaria della concorrenza; si tratta della previsione di cui all'art. 106 comma 2 del TFEU il quale introduce una deroga antitrust atipica nella quale si condensano i principi affermati dalla Corte di Giustizia europea nella nota Sentenza Corbeau del 1993³³: si autorizza la creazione di accordi anticoncorrenziali tra imprese pubbliche o imprese cui si riconoscono diritti speciali o esclusivi, in presenza di adeguati presupposti. Scendendo nel dettaglio, il secondo comma dell'articolo in parola prevede che “*Le imprese incaricate della gestione di*

³⁰ I *pilastri* cui qui si fa riferimento non hanno alcuna inerenza con i tre pilastri definiti dal Trattato di Maastricht con cui si individuano le tre fondamentali aree di intervento delle politiche comunitarie; specificatamente:

- i) Realizzazione di un mercato comune europeo, nel cui ambito si fa rientrare politica di unione economica e monetaria;
- ii) Politica estera e di sicurezza comune;
- iii) Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, finalizzata alla costituzione di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia.

³¹ Per esteso: *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*

³² Il TCE non contiene a differenza del TCECA una esplicita disciplina a riguardo, rinviando al regolamento 4064/89.

³³ Sentenza C-320/91 dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea che il 19 maggio del 1993 su richiesta del tribunale di Liegi, che aveva aperto un procedimento penale contro P. Corbeau, il quale aveva offerto servizi di posta celere in violazione della legge postale belga. La sentenza della Corte, pur confermando l'esistenza di un servizio di interesse economico generale in capo alla Régie des Postes belga, stabili, in base al principio di proporzionalità, che la concorrenza può essere limitata solo nell'ambito del raggiungimento dell'obiettivo di interesse generale (raccolta, trasporto e distribuzione della corrispondenza) e che il potere di monopolio vale solo per i servizi già forniti, ma non per quelli nuovi o non forniti dall'operatore monopolista.

servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata.” Si definiscono in tal modo i termini del contemperamento tra l’interesse a garantire un’adeguata tutela della concorrenza e quello ad avere un efficiente sistema di erogazione di servizi di interesse economico generale³⁴.

Con il Trattato di Lisbona del 2007 si modificano sia il Trattato di Maastricht (passato alla storia come TUE) che il Trattato costitutivo della Comunità Europea, giungendo nel 2009 all’introduzione del TFUE, Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea. Il contenuto degli articoli 81 e 82 del TCE si trasfonde negli articoli 101 e 102 del TFUE. Le attuali fonti normative del diritto della concorrenza si rinvencono negli articoli appena citati nonché nel regolamento CE 139/2004³⁵, specificamente dedicato alla disciplina delle intese restrittive della concorrenza.

8. L’ attuazione comunitaria degli Artt. 81 e 82 TCE

³⁴ *Dizionario semantico del diritto della concorrenza* - JOVENE EDITORE 2013, Lorenzo F. Pace, pp. 119

³⁵ Il regolamento 139/2004 è stato approvato in sostituzione del regolamento 4064/1989 il quale attribuiva alla Commissione competenza esclusiva sulle concentrazioni di dimensione comunitaria. In una logica di modernizzazione del diritto comunitario antitrust, non troppo dissimile da quella che ha ispirato l’introduzione del regolamento 1/2003, pur mantenendo la competenza esclusiva in capo alla Commissione si rafforza il ruolo delle ANC in auto e assistenza della Commissione, definendo una forma di inter-operabilità verticale discendente tra organi comunitari e nazionali. Leggiamo all’art 19 primo comma del Regolamento Concentrazioni n. 139/2004: *“La Commissione trasmette entro 3 giorni lavorativi alle autorità competenti degli Stati membri copia delle notifiche e, quanto prima, i documenti più importanti che le sono presentati o che essa ha emesso a norma del presente regolamento.”* E ancora al secondo comma del medesimo articolo: *“La Commissione conduce i procedimenti previsti dal presente regolamento in collegamento stretto e costante con le autorità competenti degli Stati membri, le quali sono autorizzate a formulare osservazioni su tali procedimenti.”* - REGOLAMENTO (CE) N. 139/2004 DEL CONSIGLIO del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»).

I meccanismi di regolazione della materia della concorrenza non terminano con la semplice redazione della normativa: come già *supra* rilevato i problemi inerenti l'attuazione dei Trattati trovarono spiragli di risoluzione solo in un rinvio a futura regolamentazione, auspicata da Hans Von Der Groeben. Il 6 febbraio del 1962, dopo 5 anni dall'emanazione del Trattato di Roma, entrò in vigore il regolamento CE n. 17 ha disciplinato l'attuazione e l'applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal TCE fino al 2004, anno in cui si passò il testimone ad un più moderno regolamento sulla disciplina *antitrust*, vale a dire il regolamento CE n. 1 del 2003. Gli obiettivi principali del regolamento 17/1962 consistevano innanzitutto nella regolamentazione della procedura dettata dall'articolo 81 terzo comma e in seconda istanza nella attribuzione di poteri alla Commissione per la realizzazione degli obiettivi previsti dall'art. 3 TCE.

Per quel che concerne la prima questione inerente l'applicazione delle eccezioni agli accordi anticoncorrenziali di cui all'art. 81 comma 3, l'art. 9 del regolamento ha accentrato in capo alla Commissione europea i poteri di approvazione degli accordi *de qua*, essendo, per il periodo storico in cui venne introdotta tale normativa, piuttosto rischioso attribuire competenze decentrate alle Autorità Nazionali dei diversi Stati Membri le quali, provenendo da culture giuridiche differenti, avrebbero potuto sviluppare prassi non coerenti tra loro³⁶. Si legge all'art 4 che gli accordi anticoncorrenziali di cui all'art 81 comma 1 del TCE devono essere notificati alla Commissione, la quale ai sensi dell'art 9 del regolamento:" [...] *ha competenza esclusiva per dichiarare inapplicabili in virtù dell'articolo 85, paragrafo 3 del Trattato le disposizioni dell'articolo 85, paragrafo 1.*"

Differentemente da quanto riconosciuto dall'art 84 TCE tuttavia il regolamento ha sottratto alle Autorità Nazionali della Concorrenza (ANC) qualunque competenza in merito all'art. 85 comma 3, specificando all'art. 9 " *Fino a quando la Commissione*

³⁶ *Dizionario semantico del diritto della concorrenza* - JOVENE EDITORE 2013, Lorenzo F. Pace, pp.12.

non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli articoli 2, 3 o 6, le autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1 e dell'articolo 86, in conformità all'articolo 88 del Trattato, anche se non sono scaduti i termini per la notificazione, indicati nell'articolo 5, paragrafo 1 e nell'articolo 7, paragrafo 2”.

8.1 (segue) *Rule of reason*

Inserendo una breve parentesi storica, si può notare come in questa fase il diritto comunitario *antitrust* tragga ispirazione dal modello americano del *rule of reason*, secondo il quale l'illiceità delle intese restrittive della concorrenza non poteva essere dichiarata *per se*, come inizialmente era stato previsto negli Stati Uniti dopo la rigida attuazione del divieto perentorio di *Contracts in restraint of trade* previsto dallo *Sherman Act*, bensì doveva dipendere da una valutazione interpretativa condotta sulla base del “criterio di ragione” secondo il quale solo un’analisi empirica dell’accordo avrebbe permesso di rinvenire le ragioni giustificative della sua esistenza. Nella storia americana si è potuto assistere a differenti periodi di adozione dell’uno o dell’altro metodo applicativo della disciplina *antitrust*, non nascondendo né l’uno né tanto meno l’altro nodi critici di difficile risoluzione. Per quel che riguarda la regola di valutazione *per se* si è rilevato quanto potesse essere complessa la sua applicazione alle intese di concorrenza: realtà eterogenee e complesse le quali non possono essere ridotte ad un giudizio di valore basato su un’asettica tipizzazione delle stesse, che prescindendo dalla considerazione del contesto economico e dai fattori accidentali che invece si rendono determinanti ai fini della caratterizzazione di tali accordi. Se invece si spostasse l’analisi sul versante del *rule of reason*, di contro ci si renderebbe conto che l’eccessiva vaghezza del criterio lo rende difficilmente praticabile in una materia in cui le incertezze sono già di per se elevatissime. La soluzione europea, che in una prima tappa della sua evoluzione, ha previsto un sistema di divieto-esenzione basato su un meccanismo di approvazione demandato alla autorità della Commissione europea, ma pur sempre basato su criteri valutativi precisi definiti all’art. 81 comma 3 TCE “[...]”

che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico [...]”, può considerarsi come una soluzione, seppur solo inizialmente, virtuosa dal momento che limita le conseguenze negative che erano state riscontrate dalle ANC nell’adozione da parte della Commissione di un approccio eccessivamente rigido alla autorizzazione delle intese restrittive³⁷.

9. Rapporti tra Commissione CE e ANC nel reg. CE 17/1962

La dissertazione sui fondamenti del diritto *antitrust* comunitario richiede dunque di interessarsi del rapporto che intercorre tra la Commissione CE e le Autorità Nazionali *Antitrust*, la cui attività è collegata a quella dell’organo comunitario per il tramite di un metodico decentramento delle competenze, il quale ha subito durante il percorso di modernizzazione del diritto *antitrust* progressive e consistenti modifiche in linea di massima volte a estendere le competenze degli organi nazionali e i loro poteri decisionali ed esecutivi.

Il regolamento 17/1962 venne emanato durante un periodo storico in cui la disciplina dei rapporti tra Commissione CE e Autorità Nazionali non aveva un peso determinante, dal momento che più impellente era la necessità di dare coerenza alla normativa antitrust comunitaria. L’assenza di riferimenti espliciti al rapporto Commissione - ANC trovava una sua giustificazione innanzitutto nel fatto che ai tempi dell’emanazione del regolamento del 1962 non tutti gli Stati avevano istituito un’Autorità Nazionale, ed inoltre le differenze tra culture giuridiche aggravava il rischio di applicazioni non coerenti della disciplina comunitaria *antitrust*. Per le predette ragioni i legislatori comunitari si astennero da una regolamentazione puntuale del rapporto, prevedendo

³⁷ *Diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, Mario Libertini, Giuffrè Editore, Milano 2014, pp.137.

piuttosto per l'applicazione dell'esenzione ex art. 81 comma 3 una competenza esclusiva in capo alla Commissione europea.

Analizzando la questione maggiormente nel dettaglio, è bene rilevare che, sebbene in termini generici si possa ritenere che il legislatore avesse attribuito le competenze per l'attuazione degli articoli 81-82 solo alla Commissione, in realtà anche le Autorità Nazionali erano titolari di margini di competenza ad applicare gli artt. 81 comma 1 e 82; all'art. 9 comma 3 si legge :” *Fino a quando la Commissione non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli articoli 2, 3 o 6, le autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'articolo 85, para- grafo 1 e dell'articolo 86, in conformità all'arti- colo 88 del Trattato, anche se non sono scaduti i termini per la notificazione, indicati nell'articolo 5, paragrafo 1 e nell'articolo 7, paragrafo 2*”.

I procedimenti previsti agli artt. 2-3 e 6 cui fa riferimento la norma appena riportata, sono i procedimenti che la Commissione avviava per l'esercizio del proprio potere decisionale, riferibile all'autorizzazione delle esenzioni di cui all'art. 81 comma 3 (procedimento art. 6) e poi ancora all'accertamento negativo della propria competenza a decidere (art. 2) e facoltà (art. 3) di emanare decisioni finalizzate a obbligare le parti ad assumere un determinato comportamento in sede di infrazione. Tale attribuzione di competenze alle ANC costituiva tassello essenziale del progetto di realizzazione di un mercato interno comune, in cui la cooperazione tra organi comunitari ed autorità nazionali si rendeva necessaria. Il dettaglio della disciplina impone tuttavia di rilevare che le ridotte competenze delle ANC nell' attuazione delle norme previste agli artt. 81-82 del TCE, erano comunque sussidiarie rispetto a quelle della Commissione: infatti in conseguenza dell'apertura di un procedimento da parte della Commissione sullo stesso caso oggetto di valutazione da parte di una ANC, la Commissione era legittimata ad avocare a sé la competenza *antitrust* per giudicare la fattispecie³⁸. Si riaffermava così

³⁸ Art. 11 comma 6, reg. CE 1/2003: *L'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato. Qualora un'autorità garante*

il principio per cui la competenza, se non esclusiva, comunque prevalente, nella applicazione del diritto *antitrust* comunitario spetti alla Commissione³⁹.

Le ANC rimanevano comunque titolari esclusive della competenza ad applicare il diritto antitrust statale. La gestione del rapporto tra il diritto antitrust statale e quello comunitario veniva disciplinata su base giurisprudenziale: la Corte di Giustizia europea con la sentenza 14-68 del 1969, passata alla storia come sentenza Wilhelm fornì per la prima volta le direttive necessarie alla disciplina dei procedimenti paralleli della Commissione e delle ANC.

La sentenza venne emessa all'esito di una questione pregiudiziale *ex art. 177 TCE* sollevata dal Kammergericht (Sezione intese) di Berlino il quale chiedeva la corretta interpretazione degli articoli 5, 7 e 85 del TCE e dell'art. 9 del regolamento 17/1962.

Il dubbio interpretativo emerse nella causa pendente dinanzi al giudice *a quo* in seguito al sovrapposizione di un giudizio di condanna degli attori di causa responsabili di aver organizzato un accordo limitativo della concorrenza, emesso in forza del combinato disposto del paragrafo 38, 1° comma della GWB (legge 27 luglio 1957 contro le restrizioni della concorrenza) dal Kammergericht tedesco, e di un procedimento *ex art. 9.3 TCE* avviato dalla Commissione CEE. Le parti attorie interessate, vista l'evidente possibilità di subire una duplice condanna, una sulla base del diritto statale e una sulla base del diritto comunitario, ecceperono sin da subito dinanzi alla Sezione intese di Berlino che il procedimento avviato in applicazione del diritto antitrust nazionale non potesse proseguire data la compresenza di un procedimento avviato in sede di Commissione CEE, per l'applicazione del diritto *antitrust* comunitario. E' a questo punto che venne sollevata questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia sulla base di pochi importanti quesiti: innanzitutto se in forza del combinato disposto dell'art. 85 TCE e dell'art. 9 del regolamento le parti di un medesimo accordo

della concorrenza di uno Stato membro stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il procedimento unicamente previa consultazione di quest'ultima.

³⁹ *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Lorenzo F. Pace, Giuffrè editore, Milano 2005, pp. 402.

anticoncorrenziale potessero essere soggette contemporaneamente all'applicazione del diritto comunitario e del diritto nazionale, e se inoltre vi fosse la possibilità di applicazione di una duplice sanzione come risultato dei due procedimenti paralleli.

Il giudice a quo interrogò la Corte di Giustizia sulla possibilità di avviare un procedimento contro le intese restrittive della concorrenza sulla base del diritto nazionale, contemporaneamente ad un procedimento avviato dalla Commissione CE ai sensi dell'art. 81 comma 3, visto e considerato che le norme comunitarie prevedevano presupposti di applicazione della disciplina contro le intese anticoncorrenziali differenti rispetto a quelli previsti invece dalla disciplina nazionale la quale risultava essere rivolta ad un ambito notevolmente più ristretto rispetto a quello stabilito dalla disciplina comunitaria. La Corte di Giustizia confermando la maggior parte delle spiegazioni logiche del giudice *a quo*, sostenne in diritto che a garanzia dell'uniforme applicazione della disciplina sulle intese anticoncorrenziali e del pieno effetto dei provvedimenti riguardo alle stesse emanati nell'ambito del mercato interno, le autorità nazionali potessero avviare procedimenti a contrasto delle intese anticoncorrenziali in parallelo con la Commissione CE, pur applicando il diritto nazionale antitrust. Tuttavia a garanzia del mantenimento dell'uniforme applicazione del diritto comunitario all'interno del mercato interno *“il procedimento parallelo dinanzi alle autorità nazionali non può pregiudicare la piena ed uniforme applicazione del diritto comunitario né l'efficacia degli atti adottati in esecuzione dello stesso”* e dunque riprendendo i quesiti del giudice *a quo* *“qualora dei provvedimenti nazionali nei confronti di un'intesa dovessero poi risultare incompatibili con l'atteggiamento assunto dalla Commissione in esito al procedimento da essa instaurato, le autorità nazionali sono tenute ad osservarlo.*

[...] *qualora nel corso di un procedimento interno si profilasse la possibilità che la decisione con cui la Commissione concluderà il procedimento in corso relativo allo stesso accordo possa contrastare con gli effetti del provvedimento delle autorità nazionali, spetterà a queste ultime prendere opportuni provvedimenti.*

Per quel che riguarda il secondo quesito inerente la possibilità di avere l'applicazione di duplici sanzioni ad esito di procedimenti che perseguono scopi differenti, la Corte di Giustizia confermò quanto sostenuto dal giudice *a quo* secondo il quale nel caso di doppia sanzione si doveva tener conto delle penalità antecedenti.

10. La disciplina del '62

La necessità da un lato di garantire un'attuazione efficiente del diritto *antitrust* comunitario e dall'altro di conseguire una quanto più omogenea armonizzazione dei principi comunitari che regolano il mercato concorrenziale degli Stati, ha reso necessaria l'introduzione di meccanismi di cooperazione tra autorità nazionali ed autorità comunitarie. Innanzitutto, è doveroso premettere che il regolamento 17/62 nulla disponeva sulla necessaria istituzione di ANC: sebbene il TCE agli articoli 81 e 82 attribuiva specifiche competenze alle autorità nazionali per l'attuazione del diritto *antitrust* comunitario, era necessaria l'introduzione di una normativa interna per individuare l'organo nazionale competente *ex art. 9 comma 3* del regolamento 17/1962. In Italia si dovrà aspettare la L. 287/1990 per la concreta e formale attribuzione di poteri all'Autorità antitrust⁴⁰.

Il regolamento n. 17 del 1962 nella regolazione dei rapporti tra Autorità antitrust nazionale e Commissione CEE introdusse una specifica disciplina dei meccanismi di

⁴⁰ Nella dissertazione sull'istituzione delle ANC, la Corte di Giustizia si è trovata a dover risolvere una quesitone di rilievo circa la possibilità che anche i giudici nazionali siano legittimati all'esercizio delle medesime competenze attribuite da regolamento (17/62) e da trattato (TCE) alle Autorità Nazionali. Inizialmente con la sent. 43-69 del 1970 (nota sent. Braueri A. Bilger) la Corte di Giustizia aveva dissipato il dubbio fornendo una soluzione affermativa. Successivamente dovette necessariamente tornare sui suoi passi, dal momento che una tale attribuzione seppur per interpretazione giurisprudenziale, poneva un problema tutela giurisdizionale dei singoli, nel momento in cui avviato un procedimento parallelo sulla medesima questione la Commissione avrebbe avvocato a sè la competenza a decidere il caso, provocando un'interruzione *ope legis* del procedimento dinnanzi alla autorità giudiziaria. E' con la sentenza Sabam - Fonior che la Corte di Giustizia nega in definitiva l'estensione delle competenze delle Autorità amministrative Antitrust anche alle corti giudiziarie.

cooperazione basati su un rapporto “*verticale ascendente*” che vedeva al suo apice la Commissione CE.

Analizzando più da vicino la normativa di riferimento dobbiamo innanzitutto trattare la disciplina sugli *accertamenti delegati*, regolata dall’art. 13 del regolamento il quale prevedeva che la Commissione CE potesse richiedere che le Autorità nazionali procedano a specifici accertamenti che le potessero essere utili ai fini dell’esercizio delle competenze di cui all’art. 89 e in attuazione dell’art. 87. Gli agenti che *ex art. 14* erano incaricati di effettuare gli accertamenti in questione, agiscono nell’esercizio di poteri conferitigli da preciso mandato rilasciato da parte dell’Autorità nazionale competente, che ivi specificava oggetto e scopo dell’accertamento; le informazioni ottenute in occasione di tali accertamenti non potevano in alcun modo essere trattenute dalle Autorità nazionali e riutilizzate per avviare procedimenti applicativi del diritto antitrust nazionale.

Anche lo scambio di informazioni tra le autorità nazionali e comunitarie si realizzava sulla base di meccanismi di cooperazione che seguono due indirizzi di decentramento: uno andava dalle autorità nazionali alla Commissione e l’altro dalla Commissione alle Autorità Nazionali. Per quel che concerne tale secondo meccanismo è bastevole far riferimento alla sua funzione ultima che consisteva nel creare un “*collegamento stretto e costante*”⁴¹ con le Autorità Nazionali tale per cui la Commissione era tenuta ad inviare *immediatamente* le domande e le notificazioni relative alle infrazioni *ex art. 81*. Tornando invece alla prima modalità, è bene innanzitutto notare che differentemente da quanto è disciplinato nel regolamento del 2003 lo scambio di informazioni tra autorità e Commissione era di natura esclusivamente *coattiva*, dal momento che si

⁴¹ Art 10 commi 1 e 2 reg. CE 17/1962: «*La Commissione trasmette immediatamente alle autorità competenti degli Stati membri copia delle domande, delle notificazioni e dei documenti più importanti che le sono presentati ai fini della constatazione delle infrazioni all’ articolo 85 o all’ articolo 86 del Trattato, del rilascio di un’atte- stazione negativa o di una dichiarazione ai sensi dell’articolo 85, paragrafo 3. Essa svolge le procedure di cui al paragrafo I in collegamento stretto e costante con le autorità competenti degli Stati membri, le quali sono autorizzate a formulare osservazioni su tali procedure*».

imponere alle Autorità Nazionali di inviare alla Commissione tutte quelle informazioni che fossero funzionali allo svolgimento dei suoi procedimenti *antitrust*, secondo quanto previsto dall'art. 11. A riguardo è bene notare che i singoli Stati che ai tempi avevano già istituito un'Autorità Nazionale potevano prevedere nuovi e differenti obblighi di informazione; nello specifico la legge italiana 287/1990 prevede che l'autorità italiana garante della concorrenza e del mercato che nel corso dei propri accertamenti abbia rilevato fattispecie anticoncorrenziali di "rilevanza comunitaria", sia tenuta ad inviare tali informazioni alla Commissione. Parimenti il Compétition act del 1998 prevede delle eccezioni al segreto d'ufficio relativamente a documenti ed informazioni acquisite dall'Autorità antitrust del Regno Unito, che sarà dunque legittimata ad inviarli in commissione con lo scopo precipuo di "*facilitate the performance of any functions of the Commission in respect of Community law about competition*".

Dobbiamo tuttavia sottolineare che la normativa predisposta dal regolamento in analisi non incise significativamente sui poteri delle istituzioni statali, innanzitutto perché era fondato su un sostanziale accentramento dei poteri in capo ad un organo terzo agli Stati quale era la Commissione, ed in secondo luogo perché non molti erano gli Stati che avevano già provveduto alla istituzione di un'Autorità Nazionale.

11. I limiti della disciplina del '62

La necessità di stabilizzazione della politica *antitrust* tra gli Stati comunitari giustificò il costante mantenimento della disciplina stabilita nel regolamento CE 17/1962 che per circa un ventennio non subì variazione alcuna. I mutamenti politico-economici della seconda metà del secolo XX nonché un'interpretazione molto rigorosa dell'art. 81 comma 1 del TCE progressivamente erosero il rapporto verticale tra le ANC e la Commissione la quale a partire dagli anni '90 si dovette confrontare con consistenti difficoltà di gestione dell'attività burocratica, per via dell'aumento esponenziale delle notifiche *ex art. 81 comma 3*. Il completamento del mercato interno nel 1992 consentì l'infittirsi dei rapporti commerciali interstatali per i quali si prevedeva chiaramente

l'applicazione della disciplina *antitrust* stabilita nel TCE e dunque del divieto di cui all'art. 81, che stabiliva la nullità *ex tunc* degli accordi anticoncorrenziali che non fossero passati al vaglio della Commissione; fu l'eccessivo rigore di tale disciplina ad indurre le imprese a depositare a scopo cautelativo le notifiche *ex art. 81 comma 3*.

L'eccessivo carico di lavoro degli uffici della Commissione, non sostenuto da adeguati finanziamenti comunitari per la politica *antitrust* e aggravato dalla proverbiale lentezza burocratica con cui si procedeva all'approvazione nel merito delle denunce, fece emergere la necessità di interventi tempestivi e quanto più possibile incisivi. In risposta a tali problemi venne avviato un percorso di *modernizzazione* del diritto *antitrust* europeo il quale fu preceduto da tentativi di intervento procedurale messi in atto dalla Commissione, la quale inizialmente ritenne misure idonee a "tamponare" l'emergenza del problema da un lato l'emanazione di regolamenti di esenzione di determinate categorie di accordi tra imprese e dall'altro l'emissione di *comfort letters*, provvedimenti informali non vincolanti con cui la Commissione comunicava ai soggetti che avevano depositato la notifica se l'accordo rispondeva o meno ai requisiti di cui art. 81⁴². Pur tuttavia vi era la consapevolezza che un reale meccanismo di rinnovazione e di modernizzazione non potesse non passare dalla introduzione di un nuovo regolamento *ex art. 83 TCE* applicativo delle norme sulla concorrenza. I primi passi in questo senso vennero percorsi solo nel 1999 con la presentazione da parte della stessa Commissione del noto "Libro bianco sulla modernizzazione delle norme di applicazione degli articoli 85 e 86"⁴³ nel quale si illustravano coerenti proposte di modifica del regolamento CE 17/1962 che si basavano sull'attribuzione alle Autorità Amministrative Nazionali della competenza ad applicare unitariamente tanto le disposizioni dell'art. 81 commi 1 e 2 quanto quelle dell'art. 81 comma 3. Tale meccanismo di applicazione diretta della disciplina *antitrust* da un lato consentiva ai

⁴² *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Lorenzo F. Pace, Giuffrè editore, Milano 2005, pp. 15.

⁴³ La sua pubblicazione risale al 29.04.1999; il suo contenuto riguarda un esame della Commissione sulle problematiche connesse all'obsolescenza del regolamento CE 17/1962, dettando proposte di modifica, tra cui l'eliminazione del meccanismo di autorizzazione *ex ante* delle intese restrittive della concorrenza.

singoli di poter invocare direttamente dinanzi ai tribunali nazionali o alle Autorità amministrative competenti il rispetto della normativa *de qua*, e dall'altro permetteva agli uffici delle ANC di considerare automaticamente lecite e dunque operative le intese restrittive della concorrenza che rispondessero ai requisiti di cui all'art. 81 comma 3, e parimenti illecite quelle eventualmente contrarie. L'introduzione di tale eccezione legale venne successivamente riprodotta anche nella proposta di regolamento emanata nel 2000 dalla Commissione stessa che all'art. 1 rubricato "*Applicazione diretta*" prevedeva che "*Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 81 paragrafo 1 del Trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'art. 81 paragrafo 3 e lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell'art. 82 sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso*". L'innovazione non è di poco conto dal momento che, qualora tale proposta avesse assunto la natura di normativa vincolante, si sarebbe passati da un rigido e rigoroso meccanismo di controllo preventivo predisposto dalla Commissione, alla previsione di un'eccezione legale cui si associa una forma di controllo *a posteriori* delle intese.

12. Il regolamento n. 1/2003

L'istituzione di un Comitato⁴⁴ *ad hoc* per la modernizzazione della disciplina comunitaria *antitrust* arrivò fino al 16 dicembre 2002 quando venne approvato il

⁴⁴ Il compito di tale gruppo di lavoro era quello di rendere più efficace la politica di concorrenza nei confronti delle imprese su tutto il territorio comunitario; di far partecipare in modo più attivo le Autorità Nazionali all'applicazione della politica antitrust, di migliorare le procedure comunitarie, di suddividere in maniera più soddisfacente il carico di lavoro tra Comunità e Stati Membri. - *Relazione sulla politica di concorrenza 1993*

Per riassumere brevemente le posizioni rilevanti in seno al gruppo di lavoro, come si legge nella Relazione della politica di concorrenza del 1994, le delegazioni francese e tedesca proponevano una maggiore applicazione della disciplina antitrust comunitaria di cui agli articoli 81 e 82, prevedendo la possibilità per le ANC di emettere esenzioni *ex art. 81.3* per i casi di rilevanza nazionale. Di contro la delegazione italiana proponeva l'allargamento dei limiti applicativi della disciplina antitrust nazionale, suggerendo invece per quel che riguarda la disciplina comunitaria in tema di antitrust una maggiore armonizzazione delle discipline nazionali con gli art 81 e 82 TCE.

regolamento CE 1/2003 che segnò un definitivo *turning point* nella storia dell'applicazione del diritto *antitrust* comunitario.

Per quel che concerne l'applicazione della disciplina sulle intese restrittive della concorrenza il regolamento 1/2003 si impegnò ridefinire non solo le modalità di applicazione della disciplina ma anche l'attribuzione delle competenze tra Commissione e ANC.

Scendendo maggiormente nel dettaglio delle modalità applicative mutuata dalla nuova disciplina legislativa, all'art. 3, rubricato *Applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato*, si eliminò qualunque riferimento alla applicazione diretta, inserita invece dalla Commissione nella proposta di regolamento del 2000⁴⁵; per il resto la disposizione normativa era sostanzialmente eguale a quella che due anni prima era stata proposta dalla Commissione con l'intenzione di sviluppare una forma di applicazione unitaria dell'art. 81; si prescrive infatti che “ *Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 81 paragrafo 1 del Trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'art. 81 paragrafo 3 e lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell'art. 82 sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso*”.

L'art.2, innovando rispetto al regolamento 17/'62 che nulla prevedeva a riguardo, impone che l'onere della prova per ottenere l'esenzione *ope legis* ex art. 81 comma 3 incomba sulle imprese che la richiedano, mentre nel caso in cui si debba accertare un'infrazione ex art. 81 comma 1 l'*onus probandi* ricada sulle autorità denuncianti.

Riprendendo l'approccio teorico - metodologico che ha visto opporre agli albori del diritto comunitario *antitrust* il principio di divieto e quello di eccezione o abuso, possiamo sin da subito notare come il regolamento 1/2003 per quanto innovativo, non abbia effettivamente creato una rottura significativa con il sistema del '62: l'impostazione teorica di fondo risponde sempre a quella logica del divieto-eccezione cui si era ispirata la Commissione nella disciplina del '62 come soluzione virtuosa al

⁴⁵ Cfr. Paragrafo 9 *supra*.

contrasto tra il principio tedesco del divieto e quello francese dell'eccezione. Le uniche differenze che in tale sede è possibile constatare rinviano esclusivamente al meccanismo di applicazione dell'esenzione di cui all'art. 81 comma 3: si è infatti passati da un sistema basato sul divieto-eccezione in cui l'esenzione sottostava al rigoroso *transeat* della Commissione, chiamata a decidere su tutte le notifiche di intese restrittive della concorrenza che altrimenti non avrebbero avuto alcuno spazio di liceità, a un meccanismo in cui invece l'eccezione al divieto di cui al primo comma dell'articolo 81 viene mutuata da un'esenzione *ope legis*, secondo la quale se l'accordo risponde ai criteri di cui al terzo comma, questo può automaticamente definirsi lecito e legittimo, in caso contrario finisce per essere illegittimo e dunque nullo. una ripartizione in due fasi del meccanismo di legittimazione di un accordo anticoncorrenziale: dapprima si deve verificare se l'accordo risulti essere effettivamente restrittivo della concorrenza, valutando secondo le precise linee direttive che sono state approvate dalla Commissione. Solo nella circostanza in cui si rilevino aspetti effettivamente restrittivi della concorrenza allora Commissione effettuerà una valutazione comparativa dei benefici compensativi prodotti dall'accordo, sulla base di quanto stabilito al terzo comma: l'accordo può essere considerato legittimo solo nella circostanza in cui sia funzionale a produrre benefici di mercato. In questa sede si rileva, come già precedentemente fatto, che sarà onere dell'attore e dunque dell'impresa dimostrare che effettivamente l'accordo "[...] *is not likely to produce negative effects to the consumer and the market*".

Il sistema introdotto dalla nuova normativa intendeva ridurre l'attività di repressione diretta da parte della Commissione, garantendo alle ANC sia di applicare direttamente la disciplina di cui 81 e 82 e sia di lasciare alla Commissione le denunce riguardanti casi di "interesse comunitario", con corrispondente legittimazione della Commissione stessa di archiviare le denunce riguardanti casi che non fossero di effettiva rilevanza per il corretto funzionamento del mercato interno evitando così di doverle sottoporre ad valutazione nel merito ⁴⁶. Di fianco alla limitazione della applicazione diretta da

⁴⁶ *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Lorenzo F. Pace, Giuffrè editore, Milano 2005, pp.277.

parte della Commissione, l'obiettivo del decentramento delle competenze, già parzialmente realizzato con il regolamento CE n.17/1962 che disciplinava il rapporto verticale ascendente tra la Commissione e le ANC, venne associato ad una dinamica di armonizzazione delle legislazioni nazionali tale che: *“da un lato si prevedeva l'applicazione del diritto antitrust CE in sostituzione del diritto antitrust degli Stati Membri, e dall'altro l'assorbimento delle Autorità nazionali nel sistema comunitario⁴⁷”*. In tal modo si definivano i termini per l'applicazione del diritto antitrust nazionale, posto che questo doveva necessariamente pervenire alle medesime conclusioni giuridiche che si sarebbero avute con un'applicazione diretta del diritto comunitario⁴⁸.

13. Competenze delle ANC ai sensi del reg. CE 1/2003

Analizziamo ora da vicino le novità introdotte da tale nuova disciplina normativa sotto un profilo critico-comparativo del precedente regolamento CE n. 17 del 1962.

Anzitutto è importante scegliere il corretto approccio metodologico alla suddetta analisi: posta l'innovazione introdotta dal regolamento *de qua* nel sistema di decentramento delle competenze tra Commissione CE e ANC, coerenza vuole che si parta da una valutazione schematica delle soluzioni presentate dal legislatore comunitario per la realizzazione del suddetto decentramento.

Dobbiamo dunque concentrare la nostra attenzione sul sostanziale cambiamento che è stato introdotto per l'applicazione della disciplina di cui art. 81 comma 3 nella ripartizione delle competenze; l'art. 1 del nuovo regolamento ripropone in parte la disciplina che era prevista dal regolamento 17/62 con la sostanziale eliminazione del meccanismo di preventiva notificazione che aveva ingolfato gli uffici della Commissione: *“Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81,*

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ vd. Paragrafo 10 *supra*

paragrafo 1, del trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso". Se da un lato le competenze della Commissione sono rimaste invariate, di contro assistiamo ad una differente attribuzione delle competenze alle Autorità nazionali, delle quali si prevede all'art. 35 l'obbligo di designazione; leggiamo: “ *Gli Stati membri designano l'autorità o le autorità garanti della concorrenza responsabili dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato in modo da garantire un'efficace conformità alle disposizioni del presente regolamento. [...] . Tra le autorità designate possono figurare le giurisdizioni nazionali.*” Con il nuovo regolamento si attribuiscono alle ANC le stesse competenze che vengono riconosciute alla Commissione CE, infatti notiamo come a differenza di quanto precedentemente previsto dal regolamento 17 del 1962, l'art. 5 reg. 1/2003 prevede che le Autorità Nazionali, istituite sulla base dell'art. 35, sono titolari del potere di applicazione individuale degli art. 81 e 82 del TCE, con la differenza rispetto al precedente regolamento, che le stesse sono legittimate ad applicare anche la disciplina sulle esenzioni di cui all'art. 81 comma 3 data l'eliminazione della competenza esclusiva che veniva precedentemente riconosciuta alla Commissione, e data anche l'abolizione del sistema di notificazione, e dunque di verifica *ex ante* che il sistema precedente imponeva.

Sebbene si possa ritenere che le novità in analisi abbiano creato una radicale frattura dalla regolazione processuale dei rapporti tra organi comunitari e nazionali come dettata dal regolamento del '62, così in realtà non è dal momento che permane in capo alla Commissione un potere di avocazione delle competenze nell'applicazione degli articoli 81 e 82 come vediamo dal contenuto dell'art. 11⁴⁹, che riproduce quanto era già previsto dall'art. 10 del regolamento 17/1962 e anche procedimenti di controllo della Commissione nei confronti della ANC che applicano il diritto *antitrust* CE. Si

⁴⁹ Art.11 comma 6, reg. CE 1/2003: *L'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato. Qualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il procedimento unicamente previa consultazione di quest'ultima.*

ridefiniscono dunque i rapporti di cooperazione tra le Autorità, allargando gli spazi di competenza delle ANC nell'applicazione del diritto comunitario che su questi principi pone le basi per una applicazione più armonica e compatta tra gli Stati⁵⁰

14. Le nuove competenze della Commissione

Passando invece ad analizzare i meccanismi di riduzione dei poteri di repressione diretta da parte della Commissione individuiamo quelli che sono i nuovi poteri di decisione dell'organo comunitario, che sono stati conferiti in base alle necessità di alleggerimento del carico burocratico di cui era oberata la Commissione: sono stati introdotti due sistemi di archiviazione delle denunce, con i quali si limitava anche l'attività repressiva diretta della Commissione, e che prevedevano rispettivamente agli artt. 10 e 13 la possibilità di archiviare le denunce relative a fattispecie non di interesse comunitario e le denunce relative a casi che erano già oggetto di procedimento dinanzi alle Autorità nazionali o che fossero già state trattate. Altro meccanismo di riduzione dell'attività repressiva diretta della Commissione si realizza sulla base di precisi meccanismi di decisione secondo i quali la Commissione decide in merito agli impegni assunti dalle imprese e ai fini della contestazione dell'inapplicabilità.

Per quel che riguarda i meccanismi di archiviazione e di riduzione della attività repressiva diretta da parte della Commissione la nostra analisi può partire dall'art 7 reg. 1/2003 nel quale si riporta la medesima disciplina prevista all'art 3 del precedente regolamento⁵¹ la quale ancora una volta attribuisce alla Commissione la facoltà di

⁵⁰ Art. 114 comma 1 TFEU: *Salvo che i trattati non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 26. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando se-condo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.*

⁵¹ cfr. Art 7 reg. CE 1/2003: *«Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro*

imporre alle imprese per le quali si è rilevata un'infrazione dell'art 81 la cessazione del comportamento, estendendo inoltre la previsione pure all'art 82. La lettura di questo dato normativo deve partire proprio dall'attribuzione non di un obbligo, quanto piuttosto di una mera facoltà secondo la quale dunque la Commissione può liberamente omettere di procedere ad una decisione di merito in seno all'infrazione rinvenuta, limitandosi dunque ad una decisione di rigetto, che seppur non esplicitamente disciplinata dal regolamento in analisi, necessita comunque della presentazione di una motivazione del rigetto. Non è richiesta invece alcuna forma di motivazione per quel che riguarda il potere di respingimento delle richieste di avvio di procedimento di infrazione qualora il medesimo fatto sia già oggetto di procedimento dinanzi ad una ANC. Il procedimento di respingimento dell'art. 13 risulta opposto rispetto a quanto previsto dall'art. 11.6 il quale invece attribuisce un potere di avocazione da parte della Commissione la quale può scegliere se avocare a sé un procedimento avviato da parte di un'ANC⁵².

Gli altri meccanismi di riduzione delle decisioni di merito da parte della Commissione sono previsti agli artt. 9 e 10 del Regolamento. La prima norma introduce un'importante innovazione rispetto all'impostazione del '62 dal momento che prevede la possibilità che la Commissione, quale organo pubblico, instauri una vera e propria *negoziazione* con le imprese: una volta rilevata l'infrazione la Commissione è chiamata a redigere una valutazione preliminare nella quale individua gli elementi più importanti

l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale. Qualora la Commissione abbia un legittimo interesse in tal senso, essa può inoltre procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata».

Art. 3 reg. CE 17/1962: «Se la Commissione constata, su domanda o d'ufficio, una infrazione alle disposizioni dell'articolo 85 o dell'articolo 86 del Trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese ed associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata».

⁵² Si ritiene tuttavia che nel caso di cui art 11.6, sebbene la Commissione abbia avocato a sé il caso oggetto di valutazione da parte della ANC, queste ultime - private della possibilità di applicare la disciplina CE potranno comunque applicare la disciplina nazionale, se da questa consentito. *cfr. nota n.48.*

dell'infrazione e rispetto ai quali le imprese *possono* proporre degli impegni di *ottemperanza* alle indicazioni della Commissione. A questo punto la Commissione può emettere una decisione con cui si rendono vincolanti i suddetti impegni per le imprese, con la possibilità comunque di riaprire il procedimento quando :”[...] a) *se si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione; b) se le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; oppure c) se la decisione si basa su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti.*”.

In questo modo si introduce per la Commissione la possibilità di scelta sul *modus operandi*: l'alternativa ricade sulla possibilità di agire *ex art. 7* emettendo una decisione volta ad imporre la cessazione dell'infrazione ovvero di emettere una decisione con cui conferire concretezza alla pratica di apparente negoziazione con le imprese rendendo per loro obbligatori gli impegni che si sono assunte sulla base della valutazione preliminare, conferendo enorme rapidità al procedimento istruttorio⁵³.

15. La cooperazione tra Commissione e ANC secondo il reg. CE 1/2003

La ridefinizione dei rapporti tra la Commissione e le ANC ha portato con sé anche la creazione di un rapporto di collaborazione sia verticale tra Commissione e ANC, sia orizzontale tra le Autorità garanti dei diversi Stati Membri.

A tal proposito sarà necessario analizzare *in primis* la disciplina predisposta dall'art. 11 del regolamento 1/2003. Con la disciplina normativa su citata si afferma l'importante principio di *stretta collaborazione* tra Commissione e ANC, leggiamo al comma 1 dell'art. 11 “ *La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli*

⁵³ In accordo con l'autore del manuale è bene rilevare come effettivamente con il regolamento 1/2003 si introduca una maggiore tolleranza nei confronti delle intese anticoncorrenziali, posto che non si esplicita più come precedentemente era previsto nel regolamento 17/1962 l'effetto di distorsione della struttura concorrenziale del mercato in relazione alla quale gli accordi anticoncorrenziali dovevano necessariamente avere una breve durata. Attualmente pare si ritengano consentiti gli accordi anticoncorrenziali con la possibilità per la Commissione di introdurre ove necessario le modifiche strutturali per imporre il ritorno alla struttura *ex quo ante* (art 7).

Stati membri applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta collaborazione.” Alla luce dell’affermazione di tale importante, nonché rivoluzionario principio posto a base dell’attuale attuazione del diritto *antitrust*, il quinto comma del medesimo articolo autorizza le Autorità Nazionali a consultare la Commissione *su qualsiasi caso* implichi l’applicazione del diritto comunitario⁵⁴. Rinveniamo una riaffermazione del medesimo principio per quel che riguarda il lavoro compiuto dagli organi giurisdizionali: l’art. 15 infatti prevede che “ [...] *le giurisdizioni degli Stati membri possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative all’applicazione delle regole di concorrenza comunitarie*”. Un’attenta analisi comparativa delle due disposizioni legislative ci impone di notare come la possibilità di cooperazione che il legislatore comunitario ha riservato agli organi giurisdizionali risulti avere un ambito di azione notevolmente più ristretto rispetto a quello cui invece sono legittimate le Autorità amministrative nazionali, titolari di un generale potere di consulenza tale da garantirgli di potersi effettivamente *sostituire* alla Commissione nell’applicazione del diritto *antitrust* CE. La cooperazione tra Commissione e ANC si traduce per lo più in forme di controllo dell’operato delle Autorità amministrative tramite un reciproco scambio di informazioni inerenti i procedimenti avviati dalle ANC che *ex art. 11.3* sono tenute ad informare per iscritto la Commissione ogni qual volta avviino un procedimento *ex art. 81 TCE*. Rilevante è anche la disciplina di cui al quarto comma del medesimo articolo che prevede l’obbligo per le ANC di inviare alla Commissione entro 30 giorni dall’adozione di una decisione volta ad ordinare la cessazione di un’infrazione alle imprese. A tal fine esse forniscono alla Commissione una presentazione del caso in questione, la decisione prevista o qualsiasi altro documento che esponga la linea d’azione proposta.

Per quel che riguarda invece i rapporti tra giudici nazionali e Commissione CE⁵⁵ l’approccio “collaborativo” nell’applicazione del diritto CE si atteggia in maniera

⁵⁴ *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Lorenzo F. Pace, Giuffrè editore, Milano 2005, pp.371.

⁵⁵ *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Lorenzo F. Pace, Giuffrè editore, Milano 2005, pp. 482.

differente rispetto a quello che riguarda le Autorità amministrative, dal momento che per gli organi giurisdizionali vi è la necessità di tutelare la terzietà e l'indipendenza degli organi che amministrano la giustizia, non si può in alcun modo prospettare una forma di controllo delle decisioni degli stessi⁵⁶.

Innanzitutto è bene citare il principio posto a base e fondamento della rapporto di *interoperabilità* tra le giurisdizioni e la Commissione: i giudici nazionali non possono emettere sentenze che abbiano un contenuto difforme dalle pronunce della Commissione⁵⁷. Posto ciò per evitare che le giurisdizioni nazionali pervengano a decisioni che siano in contrasto con il diritto CE, il regolamento ha predisposto gli strumenti necessari perché vi sia una certa coerenza nell'attuazione del diritto comunitario: alla Commissione viene attribuito il ruolo di *amicus curiae* e inoltre si definisce una procedura di sospensione dei procedimenti nazionali con il diritto di agire *ex art. 234* per ottenere un pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia al fine di ottenere la corretta interpretazione di una disposizione normativa del TCE, o di un atto compiuto dalle istituzioni della Comunità o dalla BCE o ancora degli statuti organismi comunitari.

Il primo comma dell'art. 15 prevede che *“le giurisdizioni degli Stati membri possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie.”* Il ruolo di *amicus curiae* della Commissione si traduce in un obbligo di

⁵⁶ Per quel che riguarda le forme di controllo si possono ravvisare unicamente forme di controllo verticale discendente, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Lorenzo F. Pace, Giuffrè editore, Milano 2005, pp. 482

⁵⁷ Sentenza Masterfoods (CGUE, 14 dicembre 2000, C-344/98): La Corte, puntualizzando che nella ripartizione delle competenze per l'attuazione del diritto comunitario antitrust, come come definito dalla sentenza Delimitis, la Commissione è onerata del compito di vigilare sulla applicazione dei principi fissati dagli articoli 85 e 86, essendo responsabile dell'attuazione e dell'orientamento della politica comunitaria della concorrenza, al punto 51 afferma, riprendendo il principio di cui al punto 47 della sentenza Delimitis, che “i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che possono costituire ancora oggetto di decisione da parte della Commissione, devono evitare di adottare decisioni incompatibili con una decisione che la Commissione intende adottare per l'applicazione degli artt. 85, n. 1, e 86, nonché dell'art. 85, n. 3.”.

assistenza alle giurisdizioni nazionali qualora queste ritengano che sia necessaria al fine di produrre una pronuncia sulla causa. L'obbligo di assistenza adeguata e coerente da parte della Commissione alle giurisdizioni nazionali, che si declina anche nella trasmissione di informazioni, nonché nell'espressione di pareri della Commissione e poi nella possibilità per la Commissione di presentare osservazioni sulle decisioni assunte dagli organi giurisdizionali.

La finalità di garantire una coerente ed uniforme applicazione del diritto *antitrust* CE si esplica pure nella predisposizione di adeguati sistemi di controllo della Commissione e delle Autorità nazionali sull'attività dei giudici nazionali. L'art. 15 comma 3 come prevede che sia le Autorità nazionali che la Commissione, qualora lo ritengano opportuno possono presentare osservazioni agli organi giurisdizionali in merito alle questioni riguardanti l'applicazione delle norme *ex artt.* 81 e 82. Si tratta di un meccanismo di penetrante controllo realizzato proprio dagli organi comunitari la cui funzionalità ed efficacia risulta garantita a maggior ragione dalla previsione stabilita nel secondo comma, secondo cui i giudici nazionali sono chiamati ad inviare alla Commissione copia delle sentenze nelle quali è inserita una pronuncia relativa all'applicazione degli artt. 81 e 82. Notiamo come si tratti di una funzione notevolmente differente rispetto a quella prevista dal primo comma del medesimo articolo, la quale predisponiva una forma di attività collaborativa. Nel caso di specie la Commissione impone un controllo sull'applicazione della disciplina *antitrust* comunitaria da parte di ANC ed Autorità giurisdizionali. Occorre tuttavia chiedersi quali siano gli effetti e le conseguenze di tale controllo e dunque l'efficacia vincolante delle osservazioni presentate dalla Commissione o dalle autorità nazionali. Il regolamento nulla dice a riguardo, ma dal momento che il provvedimento emesso in tale sede non rientra tra quelli di cui all'art. 249 TCE, possiamo desumere si tratti di un provvedimento non vincolante. Da ciò consegue che il giudice nazionale può pure non

seguire le “osservazioni” della Commissione, potendo tuttavia proporre successivamente richiesta di interpretazione pregiudiziale *ex art. 234*⁵⁸.

Per quel che riguarda le Autorità nazionali il legislatore comunitario ha loro attribuito un pari potere di presentazione di osservazioni ai giudici nazionali, tuttavia i poteri e le finalità risultano notevolmente differenti, posto che le ANC non hanno come interesse prioritario quello di garantire l’applicazione uniforme del diritto comunitario, quanto piuttosto quella di evitare che lo Stato Membro tramite le giurisdizioni nazionali ponga in essere una violazione del diritto CE. Dal momento che si tratta di una questione di mera rilevanza interna agli Stati Membri, saranno le Autorità Nazionali a regolare le modalità tramite le quali far pervenire alle ANC le sentenze sulle quali possono esplicitare il loro controllo.

Una corretta attuazione del sistema decentrato e dunque la subordinazione delle Autorità Nazionali alla Commissione costituisce sicuramente una garanzia dell’applicazione uniforme del diritto *antitrust* predisposto dal trattato CE, riuscendo contemporaneamente a ridurre il carico di lavoro della Commissione, limitando consistentemente il potere repressivo diretto della stessa.

16. Rete europea della concorrenza

Tra le più importanti innovazioni introdotte dal regolamento 1/2003 possiamo sicuramente annoverare l’introduzione non solo di un sistema di decentramento basato su un meccanismo di cooperazione verticale, che come *supra* affermato garantisce sia la realizzazione di uno sgravio del carico di lavoro della Commissione, sia la coerente

⁵⁸ Art 16 comma 1 reg. CE 1/2003: *Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato.*

ed uniforme applicazione del diritto antitrust CE, ma anche la disciplina di una forma di cooperazione orizzontale tra le Autorità Nazionali, il cui funzionamento è regolato sulla base del “principio di concentrazione della competenza *antitrust* CE”. Tale principio si giustifica sul presupposto secondo cui l’applicazione del diritto *antitrust* su di una fattispecie deve essere realizzata da una sola Autorità⁵⁹, considerata la più competente.

La previsione di competenze parallele tra ANC ha permesso la creazione di quella che viene riconosciuta come Rete europea della concorrenza (o già comunemente individuata come ECN, acronimo di European Competition Network), la quale può essere definita come un *foro di discussione e di cooperazione in materia di applicazione e di vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza*⁶⁰. Il legislatore comunitario ha introdotto tale sistema per garantire un’efficiente ripartizione del lavoro ed un’efficace applicazione del diritto *antitrust* comunitario.

Passando all’analisi delle modalità con cui il legislatore comunitario ha effettivamente previsto che si attuasse tale forma di *inter-operabilità* orizzontale, è bene partire innanzitutto dall’art. 11 comma 4 ultimo capoverso il quale per la prima volta introduce un rigoroso meccanismo di scambio di informazioni tra le ANC, il quale si associa alla previsione di scambio di informazioni tra le Autorità e la Commissione. La previsione della possibilità di scambiarsi informazioni garantisce sicuramente il rispetto del principio della concentrazione delle competenze di cui *supra* dal momento che tramite tale scambio di informazioni le ANC possono individuare quale sia l’autorità che si trovi in una *posizione più idonea* ad intervenire, al fine di garantire l’efficacia e

⁵⁹ Il punto 7 della Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03) stabilisce un meccanismo di riattribuzione del caso qualora si ritenga che un’altra Autorità sia in una posizione più idonea per intervenire, posto che tutte le Autorità sono competenti ad applicare gli art. 81 e 82.

⁶⁰ cit. Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03)

l'efficienza dell'intervento. Il sistema della *ri*-attribuzione⁶¹ prevede nella sostanza che il caso venga trattato non più dalla Autorità a cui è stata rivolta la comunicazione, quanto piuttosto dall'Autorità che secondo è stata ritenuta più idonea a trattarlo⁶².

L'art. 13 prevede invece una forma di cooperazione orizzontale che potrebbe essere valutata come una conseguenza dello scambio di informazioni realizzato *ex art.* 11 comma 4: le ANC possono infatti archiviare una denuncia o sospendere il procedimento avviato dinnanzi alle stesse nei casi in cui il caso sia già trattato da un'altra ANC, e l'autorità che procede all'archiviazione ritenga che il caso non sia di particolare interesse per il territorio di competenza della autorità in questione. Si corrobora dunque anche in questa circostanza il principio della concentrazione della competenza, introdotto dal legislatore del 2003 con il preciso intento di favorire una corretta, uniforme ed efficace attuazione del diritto *antitrust* CE. Si può dire che il regolamento n. 1/2003 ha realizzato un cambiamento fondamentale del modo in cui viene applicata la normativa europea in materia di concorrenza migliorando significativamente l'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE da parte della Commissione. Le norme CE in materia di concorrenza sono diventate in ampia misura la normativa in uso in tutta l'UE e la cooperazione nell'ambito dell'ECN ha contribuito

⁶¹ L'attribuzione dei casi da parte della Commissione si attua sulla base di precise condizioni che devono cumulativamente sussistere:

- a) l'accordo o la pratica produce sensibili effetti diretti, attuali o prevedibili, sulla concorrenza nell'ambito del suo territorio;
- b) viene attuato o ha origine nel suo territorio;
- c) l'autorità è in grado di far cessare efficacemente l'infrazione nel suo complesso, vale a dire che può emettere un ordine di porre termine all'infrazione i cui effetti siano sufficienti a far cessare la stessa. Inoltre, l'autorità può, qualora lo ritenga opportuno, sanzionare adeguatamente l'infrazione;
- d) l'autorità può raccogliere, eventualmente con l'assistenza di altre autorità, le prove necessarie per comprovare l'infrazione;
- e) l'autorità può raccogliere, eventualmente con l'assistenza di altre autorità, le prove necessarie per comprovare l'infrazione.

⁶² La commissione nella Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03) puntualizza tuttavia che attribuzione dei casi non implica che le imprese partecipanti ad un'infrazione o da essa interessate acquisiscano il diritto a che il loro caso venga trattato da una particolare autorità, punto 31.

a garantirne un'applicazione coerente. La rete rappresenta un modello innovativo di gestione dell'applicazione del diritto comunitario da parte della Commissione e delle Autorità degli Stati membri.

17. Valutazione conclusiva

Riassumendo quello che è l'attuale assetto giuridico amministrativo dell'Unione Europea per la tutela della concorrenza, l'alternarsi delle normative su descritte ci porta a ritenere che la disciplina della concorrenza finalizzata a garantire che le relazioni tra le imprese non vengano falsate da condotte anticoncorrenziali⁶³ non sia un bene da tutelare in maniera autoevidente e fine a sé stesso, costituendo piuttosto elemento coesistente per la garanzia del corretto funzionamento del mercato interno. Sono per tale ragione vietati ai sensi dell'art. 101 tutti gli accordi tra imprese che abbiano per effetto di falsare la concorrenza così pregiudicando il commercio tra gli Stati Membri; si mantiene l'esenzione prima prevista dal comma terzo dell'art. 81 riferita a quegli accordi che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico (comma 3 art 101 TFEU). L'art. 102 impone ancora il divieto di sfruttamento abusivo da parte di un'impresa della posizione dominante la quale viene considerata in relazione a quella fetta di mercato rilevante⁶⁴

⁶³ Riprendiamo la definizione di condotta anticoncorrenziale prevista dall'art. 85 TCE di cui riporto il testo del primo comma che identifica quattro condotte considerate anticoncorrenziale in quanto incompatibili con il mercato comune:

- a) *fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione*
- b) *limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti, ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento,*
- c) *applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, cos  da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza*
- d) *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.*

⁶⁴ Nell'ambito della pratica del diritto della concorrenza, la definizione del mercato è quel processo il cui fine è individuare un insieme di prodotti/servizi ed i loro fornitori (attuali e potenziali) che siano effettivamente alternativi per la soddisfazione di un determinato bisogno economico, delimitandone al

determinato in base alle caratteristiche del prodotto, alla presenza e all'atteggiamento dei consumatori e alla loro disponibilità a passare a un prodotto alternativo⁶⁵. Le autorità amministrative nazionali sono titolari della competenza ad applicare direttamente gli articoli 101 e 102 del TFEU sulla base delle disposizioni attuative del Regolamento CE 1/2003 che dal 1° maggio 2004 predispone un sistema di decentramento delle competenze tra ANC e Commissione che si relazionano sulla base di un rapporto di inter-operabilità orizzontale e verticale, con la precipua finalità di garantire che il diritto *antitrust* comunitario abbia una applicazione il più possibile omogenea tra gli Stati Membri.

18. Proposta di direttiva 114 final del 2017

In questa sede merita anticipare un tema che verrà successivamente trattato in maniera più diffusa: si tratta di una Proposta di direttiva {SWD(2017) 114 final} avanzata da parte della Commissione nel 2017 intesa a conferire maggiori poteri alle autorità nazionali garanti della concorrenza al fine di rafforzare il loro ruolo di responsabili dell'applicazione delle norme europee antitrust e in modo da garantire che, in sede di applicazione della medesima base giuridica, le autorità nazionali garanti della concorrenza che cooperano fra loro tramite la rete europea della concorrenza (REC) dispongano degli strumenti opportuni per stabilire uno spazio veramente comune di applicazione delle norme di concorrenza. Le ragioni che più delle altre hanno indotto

tempo stesso l'ambito geografico di riferimento. In tal senso, il mercato rilevante presenta sia una dimensione merceologica sia una dimensione geografica.

19. Secondo una giurisprudenza consolidata il mercato del prodotto/servizio rilevante comprende i prodotti o i servizi sostituibili o sufficientemente intercambiabili, in funzione non solo delle loro caratteristiche obiettive, dei loro prezzi e dell'uso cui sono destinati, ma anche in funzione delle condizioni di concorrenza e/o della struttura della domanda e dell'offerta sul mercato in questione. Pertanto l'Autorità, oltre a considerare i prodotti o servizi sufficientemente intercambiabili per caratteristiche obiettive, prezzi e destinazione, analizza le condizioni di sostituibilità prevalenti dal lato della domanda e dell'offerta applicando il cosiddetto test del monopolista ipotetico, *small but significant non transitory increase in price* (SSNIP test). - delibera n. 507/17/CONS, AGCOM.

⁶⁵ http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/it/FTU_2.6.12.pdf

la Commissione sono sicuramente rinvenibili nella ostinata difficoltà di coordinamento delle politiche nazionali di attuazione della disciplina della concorrenza, che attualmente continuano ad opporre le ANC, tra le quali si rilevano costanti discrepanze nei poteri loro attribuiti.

La proposta di direttiva del 2017 emerge da attente ed analitiche valutazioni sui risultati conseguiti dall'applicazione del regolamento CE 1/2003: nel corso del 2013 - 2014 la Commissione a 10 anni dalla sua entrata in vigore la Commissione ha condotto la prima valutazione sul funzionamento del sistema proposto dal regolamento, riscontrando come risultato dell'analisi che sebbene il regolamento abbia prodotto importanti risultati in fatto di efficienza ed efficacia dell'attuazione del diritto antitrust, di contro si sono riscontrati importanti margini di miglioramento delle capacità delle ANC di applicare la normativa. Si sono così individuati quattro differenti (e per certi versi anche approssimativi) ambiti di intervento: 1. Dotazione alle ANC di adeguate risorse e di sufficienti indipendenza; 2. attribuzione di strumenti di applicazione efficaci; 3. potere di comminazione di sanzioni pecuniarie efficaci; 4. Programmi di trattamento favorevole.

Nel periodo immediatamente successivo la Commissione ha condotto una duplice consultazione pubblica, meglio nota come EU Survey, rivolta una a soggetti non specializzati, mentre l'altra a parti interessate con un'esperienza approfondita delle questioni inerenti la concorrenza. La consultazione ha ottenuto ben 181 risposte, provenienti da privati, studi legali, organizzazioni dei consumatori, *etc.* Tra le tre differenti opzioni oggetto di consultazione, specificatamente individuate in: i) non intervento; ii) intervento con misure non vincolanti; iii) attribuzione di poteri e strumenti alle ANC attraverso interventi di natura legislativa, la maggioranza di coloro che hanno risposto alla consultazione hanno espresso la propria preferenza per la soluzione riguardante l'intervento legislativo⁶⁶, che, stando a quanto inserito nella

⁶⁶ Secondo il 76% dei rispondenti, le ANC potrebbero fare di più per applicare le norme dell'UE in materia di concorrenza di quanto non facciano attualmente. Inoltre, l'80% ha sostenuto che bisognerebbe prendere misure per rafforzare l'applicazione da parte delle ANC. Tra le categorie di parti interessate

valutazione di impatto, sebbene possa apportare benefici aggiuntivi limitati, al tempo stesso comporterebbe una maggiore ingerenza negli ordinamenti giuridici, differentemente dalla soluzione di cui all'opzione ii), inerente l'introduzione di misure non vincolanti, che chiaramente non fornisce una base giuridica che consenta a tutte le ANC di disporre degli strumenti e dei mezzi necessari per un'applicazione efficace delle norme.

Una volta espressa la preferenza per l'intervento legislativo, la base giuridica su cui la proposta venne basata si individua nel combinato dell'art 103 e 114 TFEU. L'art. 103 prevede che spetti alla Commissione l'adozione dei regolamenti necessari all'attuazione degli articoli 101 e 102 attraverso il conferimento alle ANC di poteri di applicazione più efficace; mentre l'art. 114 ha come finalità la realizzazione di una maggiore armonizzazione delle legislazioni nazionali. Il duplice riferimento a tali disposizioni del TFEU dipende innanzitutto dalla necessaria interdipendenza dell'obiettivo di garanzia della libera concorrenza e di quello riguardante invece il corretto funzionamento del mercato interno; in seconda istanza la valutazione della presenza di una costante disomogeneità tra gli strumenti di cui sono dotate le ANC impone necessariamente un ricorso all'armonizzazione delle legislazioni nazionali, mutuata dall'art. 114.

La proposta di direttiva, sia per le sue finalità che per il contenuto, risponde al duplice obiettivo di garantire l'efficace applicazione della politica di concorrenza dell'UE, da un lato, e di assicurare il corretto funzionamento del mercato interno, dall'altro. Questi due elementi sono indissociabili: per assicurare che le ANC possano diventare efficaci

che hanno partecipato alla consultazione pubblica, ha sostenuto che si dovrebbe agire: il 100% degli istituti accademici, delle organizzazioni dei consumatori, dei sindacati e delle ANC; l'86% delle ONG; l'84% delle società di consulenza/degli studi legali; il 77% delle imprese/delle PMI/delle microimprese/delle ditte individuali; il 67% dei gruppi di riflessione e il 61% delle associazioni di categoria. Il 64% delle parti interessate che ha partecipato alla consultazione pubblica hanno sostenuto che tali misure dovrebbero preferibilmente combinare una serie di azioni dell'UE e degli Stati membri, mentre il 19% si è detto a favore di misure prese solo a livello dell'UE e l'8% a favore di misure solo degli Stati membri.

nell'applicazione delle norme, occorre legiferare per eliminare gli ostacoli presenti nel diritto nazionale che danno luogo a un'applicazione disomogenea, causando distorsioni della concorrenza nel mercato interno. I consumatori e le imprese eviteranno gli svantaggi derivanti dalle leggi e dalle misure nazionali che impediscono alle ANC di essere efficaci nell'applicazione delle norme. La necessità di garantire certezza del diritto e condizioni di parità impone di dare alle ANC le stesse garanzie e gli stessi strumenti per l'applicazione delle disposizioni di diritto nazionale in materia di concorrenza quando sono applicate in parallelo agli articoli 101 e 102 del TFUE. Infine, è necessario introdurre meccanismi transfrontalieri efficaci in materia di assistenza reciproca al fine di garantire una maggiore parità di condizioni e tutelare il sistema di competenze parallele nell'ambito dell'ECN. Queste finalità interdipendenti, benché distinte, non possono essere perseguite separatamente adottando due strumenti diversi. Non è possibile, ad esempio, scindere la direttiva proposta in un primo strumento, basato sull'articolo 103 del TFUE, che assegni alle ANC i mezzi e gli strumenti di cui hanno bisogno per applicare gli articoli 101 e 102 del TFUE, e in un secondo strumento, basato sull'articolo 114 del TFUE, che imponga agli Stati membri di stabilire le stesse norme per l'applicazione del diritto della concorrenza quando è applicato parallelamente alle norme di concorrenza dell'UE. Per questi motivi, la proposta si basa anche sull'articolo 114 del TFUE, strumento cardine della armonizzazione comunitaria⁶⁷.

⁶⁷ vd. Nota n. 49.

CAPITOLO II

Il modello italiano di tutela della concorrenza, l'AGCM e i nodi interpretativi irrisolti sulla natura delle autorità amministrative indipendenti

SOMMARIO: 1. *Introduzione*; 2. Principi costituzionali a garanzia della libera concorrenza e dell'equilibrio di mercato; 3. La legge 287/1990 e l'attuazione del diritto comunitario *antitrust*; 3.1. (*segue*) Caratteristiche strutturali dell'AGCM; 3.2. (*segue*) Caratteristiche funzionali dell'AGCM; 4. L'AGCM e la tutela del consumatore; 5. Natura giuridica del procedimento sanzionatorio davanti all'AGCM alla luce della pronuncia sul ricorso U.R.R.A., Consiglio di Stato n. 7265 del 2003; 6. Il sistema di *enforcement* europeo e il doppio binario di tutela; 7. *Private e public enforcement* problemi di coordinamento, il caso Sky e la sentenza 4773/2014 del Consiglio di Stato; 8. L'avvicinamento dei poteri delle ANC e degli organi giurisdizionali secondo la disciplina comunitaria: Sentenza n. C-53/2003 della Corte di Giustizia, caso *Syfait*; 9. Giurisdizionalizzazione dell'Autorità *antitrust*; 10. La svolta giurisprudenziale della Sentenza della Corte Costituzionale n. 13 del 2009: il ruolo maieutico dell'AGCM; 11. La soluzione del *tertium genus*.

1. Introduzione

Il background storico e culturale degli Stati Membri ha giustificato i differenti approcci degli ordinamenti europei alla disciplina comunitaria del diritto *antitrust*. L'intento che ci si propone con la seguente trattazione è quello di focalizzarsi sul processo di attivazione del diritto *antitrust* in Italia, rilevando le criticità sistematiche alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali che hanno appianato per certi versi le crisi ideologiche sulla definizione dell'identità dell'organo.

2. **Principi costituzionali a garanzia della libera concorrenza e dell'equilibrio di mercato**

L'approccio dell'Italia post-risorgimentale al tema della tutela della concorrenza è stato sicuramente molto cauto: è infatti innegabile che l'introduzione nell'ordinamento italiano di un'organica disciplina *antitrust* sia avvenuta con notevole ritardo rispetto agli altri Stati industrializzati, a causa dell'incidenza delle politiche dirigiste del Ventennio fascista che hanno impostato un modello economico nazionale basato su un intensivo intervento pubblico a risanamento della strutturale debolezza del sistema produttivo nazionale.⁶⁸

L'analisi della normativa sulla regolazione del mercato e della concorrenza prevista dal diritto positivo italiano ci permette di constatare come la disciplina inserita all'interno del Codice Civile del 1942 sia un'evidente espressione dell'approccio tipicamente *mercantilista*⁶⁹ al tema della concorrenza e del mercato rispetto al quale si delinea un modello di economia nazionale non più inquadrato in un'ottica di equilibrio di mercato a somma zero, quanto piuttosto in un paradigma di sviluppo e di conseguimento del benessere collettivo appartenente ad una logica di mercato a somma positiva, riguardo al quale l'intervento dello Stato in funzione di protezione dell'attività imprenditoriale si trasforma da eccezionale a sistematico⁷⁰. Possiamo dedurre, dall'esegesi dell'art. 2595 del Codice Civile, secondo il quale: «*La concorrenza deve svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e nei limiti stabiliti dalla legge*», che nell'ottica del legislatore del 1942 la necessità di garantire la libera concorrenza tra le imprese deve essere temperata con la tutela degli interessi economici nazionali che costituiscono dunque un limite giuridico irreprensibile alla sfrenatezza liberale dei rapporti tra le imprese. In un sistema così disciplinato lo Stato assumeva il ruolo di “capitalista pubblico” il cui intervento era finalizzato a *dirigere e moderare* l'attività

⁶⁸ *La nuova costituzione economica*, Sabino Cassese, Editore La terza, Bari 2013, pp. 13

⁶⁹ Cfr. Cap. I, paragrafo 1.2

⁷⁰ *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, Mario Libertini, Moneta e credito, vol. 68 n.272 (dicembre 2015), pp. 365-385

delle imprese, al fine di tutelare il mercato nazionale dalla degenerazione della libera concorrenza.

L'avvento della Costituzione del '48 ha rappresentato un momento particolarmente significativo nella storia della tutela della concorrenza in Italia e in Europa: per la prima volta la tutela della concorrenza venne riconosciuta come un principio costituzionale tutelato ai sensi dell'art. 41⁷¹ che introducesse l'innovativo concetto di *costituzione economica nazionale*, secondo il quale la tutela della concorrenza non è altro che il riflesso del riconoscimento della libertà di iniziativa economica individuale, in cui posto di rilievo viene riservato all'intervento dello Stato il cui ruolo è quello di correggere e reindirizzare le tendenze concorrenziali del mercato. La contestualizzazione storico-ideologica del testo costituzionale ci permette di interpretare adeguatamente la disciplina in analisi: è evidente come la tutela della libera concorrenza inserita nell'art. 41 fosse il risultato del "*compromesso costituzionale*" che venne raggiunto durante i lavori dell'Assemblea Costituente, in seno alla quale si contrapposero le tre grandi componenti ideologiche che dominavano la distrutta Italia post-bellica: vale a dire la tradizione liberale con convinzioni liberoscambiste, quella cattolica pienamente convinta della necessità che l'intervento dello Stato servisse a temperare le lotte concorrenziali, e infine quella socialcomunista del PCI portavoce delle lotte sindacali *anti-capitaliste*. La «*sinergia costruttiva*»⁷² che si riuscì a realizzare in seno alla Costituente si concretizzò sul piano del diritto positivo in quello che Giuliano Amato⁷³ definì in maniera molto esemplificativa come «*protezionismo liberale*», secondo cui il riconoscimento di un sistema di libera concorrenza mutuato dalla tutela dell'iniziativa economica individuale, trovava il proprio limite ontologico nell'accettazione del ruolo dello Stato quale guida delle relazioni economiche, le quali

⁷¹Art. 41 Cost: «*L'iniziativa economica privata è libera.*

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

⁷²Così definita da Giuseppe Dossetti in *La Costituzione della Repubblica oggi*, 1995.

⁷³ *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, 1992 Giuliano Amato.

dovevano essere indirizzate al conseguimento di finalità di carattere sociale⁷⁴. In questa struttura disciplinare trovarono giustificazione sia le politiche sociali e sindacali dello “Stato sociale” a tutela delle fasce economiche più deboli, sia la costituzione di accordi anticoncorrenziali per i quali si prevedero specifici limiti legali ai sensi dell’art. 2596⁷⁵. Tuttavia, l’attuazione concreta della costituzione economica come era stata pensata dal legislatore costituente del ’47 venne ritardata fino all’approvazione della legge *antitrust* del 1987.

Le ragioni che provocarono tale rallentamento si rinvennero principalmente nei contrasti ideologici che scaturirono in dottrina sull’interpretazione dell’art. 41. Fu Natalino Irti a rilevare, nel suo scritto “*Iniziativa economica e concorrenza*”⁷⁶, che la pretesa tutela del diritto fondamentale alla libera concorrenza, come riflesso della garanzia alla libertà individuale di iniziativa economica, non potesse avere una effettiva e concreta realizzabilità, a causa di una divergenza sostanziale ed ontologica tra la libertà individuale e la libera concorrenza. Infatti, sostiene lo stimato autore, mentre la libertà individuale designa un ambito di azione dell’individuo all’interno di un rapporto verticale con lo Stato, la libera concorrenza riguarda invece i rapporti orizzontali tra gli imprenditori. Si evidenziò in questo modo la circostanza per cui il principio di concorrenza da tutelare a livello costituzionale non potesse essere contenuto nella tutela della libertà di iniziativa economica individuale, come invece era stato previsto dai

⁷⁴ *La tutela della concorrenza nell’ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, Mario Libertini, Riv. Moneta e credito, vol. 68 n. 272, 2015.

⁷⁵ Con la Sent. 223/1982 la Corte Costituzionale ha giudicato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanza dal Tribunale di Milano che interpretava la disciplina sui limiti contrattuali alla concorrenza dettata dall’art 2596 con gli artt 41 e 43 della Costituzione, ritenendo che suddetti limiti fossero finalizzati alla tutela dell’interesse individuale dell’imprenditore e non al conseguimento di “utilità sociali” come invece è previsto dall’art 41. Il giudice delle leggi con la sopracitata pronuncia giudicando la questione infondata, dichiara: La libertà di concorrenza tra imprese ha, com’è noto, una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall’altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l’esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenere i prezzi. - <http://www.giurcost.org/decisioni>.

⁷⁶ Tratto da *Per una nuova costituzione economica*, a cura di Giacinto della Cananea e Giulio Napolitano, Società editrice Il Mulino, Bologna 1998.

padri costituenti, che, secondo l'autorevole dottrina *supra* citata⁷⁷, consideravano la concorrenza come un *fatto tra privati* e dunque bisognevole di una tutela meramente civilistica, come quella dettata per gli atti di concorrenza sleale dagli artt. 2595 ss. del Codice Civile.

L'avvento del diritto comunitario *antitrust*, importato in territorio nazionale dai Trattati Europei, rese impellente la necessità di creare equilibrio e armonia tra il diritto costituzionale, approvato su consenso popolare, e il diritto di uno spazio *ultrastatale* legittimato esclusivamente dal consenso parlamentare, il quale, tra i punti di conciliazione più critici, disponeva ai sensi dagli artt. 81 e 82 del TCE la limitazione della sovranità statale in materia economica⁷⁸. La prima forma di implementazione domestica del diritto *antitrust* comunitario venne realizzata solo nel 1990 con la legge n. 287, la quale dispone che l'attuazione dell'art. 41 della Costituzione deve avvenire nel pieno rispetto dei principi comunitari, sulla base dei quali si richiede di interpretare la disciplina normativa nazionale deve essere interpretata⁷⁹. Notiamo come il riferimento, inserito al primo comma dell'art.1⁸⁰ della L. 287/1990, alla tutela del *diritto* di iniziativa economica e non più alla tutela della *libertà* di iniziativa economica introduca per la prima volta una garanzia riferita esclusivamente ai rapporti *orizzontali* della concorrenza, riguardanti le relazioni tra imprenditori, piuttosto che a quelli

⁷⁷ *Iniziativa economica e concorrenza*, Natalino Irti, pp.24.

⁷⁸ Op. cit. *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, Mario Libertini, Riv. Moneta e credito, vol. 68 n. 272, 2015.

⁷⁹ Leggiamo all'art 1 della L. 287/1990 primo comma: «*Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese. E poi ancora al quarto comma: L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza*».

⁸⁰ Art. 1 L. 287/1990: «*Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese*».

verticali riferibili invece alle possibili invasioni e prevaricazioni dello Stato nei confronti dei privati.

I più importanti tentativi di riduzione del contrasto tra disciplina comunitaria e disciplina nazionale sono stati compiuti per il tramite delle proposte di modifica del testo dell'art. 41 Cost. che si sono succedute dall'introduzione del testo costituzionale ad oggi. *Ex multis* mi sembra opportuno trattare del più recente tentativo di revisione dell'art. 41 effettuata il 19 aprile 2011 dalla Commissione affari costituzionali che ha passato al vaglio quattro proposte di modifica aventi l'obiettivo di potenziare l'impianto costituzionale dell'art. 41 in accordo con i principi comunitari *antitrust*. Nello specifico le quattro proposte, nel tentativo di allargare il campo di applicazione della disciplina a un momento più distante dalla semplice attività di iniziativa economica, avevano pianificato la sostituzione del riferimento alla tutela dell'iniziativa economica privata, di cui al primo comma dell'art. 41 Cost., con il riconoscimento della tutela di una onnicomprensiva libertà di attività economica. Nel corso dei lavori della Commissione affari costituzionali, venne proposta anche l'aggiunta all'art. 41 di un terzo comma con il quale attribuire allo Stato il potere di indirizzare l'attività economica pubblica e privata al conseguimento di utilità di carattere sociale al fine di conseguire per un verso la sostanziale equiparazione dell'attività economica privata a quella pubblica, e per un altro la riduzione dell'intervento dirigistico dello Stato al fine di rendere l'economia statale più competitiva⁸¹. Taluna autorevolissima dottrina ha asserito che *«Si può dire che la disposizione proposta supera il disallineamento tra costituzione economica nazionale e costituzione economica europea, sancendo una priorità tra sfera della libertà e raggio d'azione del potere pubblico. In presenza di situazioni di fallimento del mercato, infatti, da un lato l'attività economica deve essere confermata dal potere pubblico, dall'altro e in parallelo, lo stesso potere pubblico deve essere a sua volta conformato (cioè assoggettato a un test rigido di*

⁸¹ Come è possibile leggere in *Dossier su l'art 41 della Costituzione* sulla rivista online ApertaContrada, Riflessioni su società, diritto, economia.

*proporzionalità) sia nel momento in cui esso viene definito dalla legge sia nel momento in cui viene esercitato*⁸²» (Clarich 22 settembre 2011).

3. La legge 287/1990 e l'attuazione del diritto comunitario *antitrust*

La legge n. 287 approvata il 10 ottobre del 1990 può essere considerata come la prima forma di disciplina nazionale del diritto della concorrenza; è con tale normativa, infatti, che viene istituita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e viene introdotta la prima organica regolazione del diritto della concorrenza in Italia. Dopo circa 40 anni dall'adesione ai Trattati comunitari, con la L.287/1990 l'Italia acquisisce finalmente nel proprio sistema economico-costituzionale l'impostazione del mercato concorrenziale voluto a livello comunitario. La legge *de qua* costituisce un *turning point* nella lettura esegetica dell'art. 41 Cost. secondo il quale, alla luce della Novella, la costituzione economica nazionale deve basarsi su un modello concorrenziale in cui la libertà di iniziativa economica può essere limitata solo ed esclusivamente dalla legge. Il Governo dell'epoca prese atto della necessità che il mercato nazionale italiano, al fine di competere con il resto delle economie comunitarie ed internazionali, si liberasse del sistema di intervento dirigistico secondo il quale l'organo pubblico era legittimato ad intervenire in maniera diretta sugli assetti della produzione e dello scambio: la legge del 1990 introdusse infatti un'innovativa garanzia della libertà d'impresa la quale consentiva agli attori di mercato di agire secondo scelte autonome sulle quali l'amministrazione non poteva più esercitare un potere di intervento unilaterale, rimanendo titolare della residuale competenza di garantire la costante presenza delle condizioni che consentissero lo svolgimento competitivo dell'attività di impresa⁸³.

⁸² Cit. Marcello Clarich, Art. 41 Costituzione. “*L'attività economica è libera. La legge può prevedere limiti e controlli indispensabili per la tutela di interessi pubblici*”, tratto da ApertaContrada, Riflessioni su società, diritto, economia- *Dossier su l'art 41 della Costituzione*.

⁸³ *L'antitrust in Italia, Il nuovo ordinamento*, Antonio Catricalà – Angelo Lalli, Giuffrè editore 2010.

Il tramonto del sistema dirigitico pubblico che fino agli anni '80 aveva regolato l'economia nazionale e il conseguente smantellamento dei monopoli pubblici portò all'emersione di nuove forme di tutela degli operatori del mercato attraverso l'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti. Sull'onda della novità, la L. 287/1990 con l'art. 10⁸⁴ istituì l'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, in attuazione del motto capitalista «*meno Stato più mercato*», si sostituì all'intervento diretto dello Stato nel mercato assumendo un ruolo di controllo e di regolazione dei rapporti tra imprese⁸⁵; solo successivamente, con il regolamento n. 1 del 2003, venne disciplinato all'art. 35⁸⁶ l'obbligo di istituire un'autorità amministrativa che si ergesse a garante dell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFEU a tutela della libera concorrenza e del mercato⁸⁷.

⁸⁴ Art. 10 L. 287/1990: «*E' istituita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, denominata ai fini della presente legge Autorità, con sede in Roma.*

L'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione ed è organo collegiale costituito dal presidente e da quattro membri, nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Il presidente è scelto tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo. I quattro membri sono scelti tra persone di notoria indipendenza da individuarsi tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei conti o della Corte di cassazione, professori universitari ordinari di materie economiche o giuridiche, e personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità».

⁸⁵ *Manuale di diritto amministrativo, diciottesima edizione completamente riveduta. Aggiornata e corredata di schemi grafici sul processo a cura di Fabrizio Fracchia, Elio Casetta, Giuffrè editore Milano 2016.*

⁸⁶ Art. 35 Reg. CE commi 1 e 2: «*Gli Stati membri designano l'autorità o le autorità garanti della concorrenza responsabili dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato in modo da garantire un'efficace conformità alle disposizioni del presente regolamento. Le misure necessarie per conferire a tali autorità il potere di applicare detti articoli sono adottate entro il 1^o maggio 2004. Tra le autorità designate possono figurare le giurisdizioni nazionali.*

Qualora l'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza sia demandata ad autorità amministrative e giudiziarie nazionali, gli Stati membri possono attribuire competenze e funzioni a tali autorità nazionali, sia amministrative che giudiziarie».

⁸⁷ Cfr. *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003* – Erika Guerri, G. Giappichelli editore, Torino.

La lettura delle disposizioni principali della normativa consente di avere una visione completa della funzione dell'*authority* della quale mi appresto ad analizzare le peculiari caratteristiche strutturali e organizzative, per poi passare a quelle funzionali.

3.1. (segue) Caratteristiche strutturali dell'AGCM

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, identificata comunemente con l'acronimo AGCM, svolge le funzioni attribuitele per legge tramite il coordinamento dell'organo di vertice con l'organo burocratico che fornisce al primo il supporto tecnico ed organizzativo necessario all'esercizio delle funzioni decisorie. A differenza del resto delle Autorità amministrative indipendenti istituite nel nostro ordinamento l'AGCM non è dotata di personalità giuridica, dunque sebbene sia vanta un elevato livello di indipendenza nei confronti degli organi titolari del potere esecutivo, la sua rappresentanza e difesa in giudizio competono sempre all'Avvocatura dello Stato.

L'organo di vertice dell'Autorità, a garanzia della sua indipendenza⁸⁸ dal potere politico del governo, è un organo collegiale composto da quattro membri nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato, leggiamo all'art 10 L.287 del 1990: "*L'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione ed è organo collegiale costituito dal presidente e da quattro membri, nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*".

⁸⁸ Il requisito dell'indipendenza richiede alle Autorità non solo di non adeguarsi all'indirizzo politico della maggioranza parlamentare, ma anche di assumere una posizione di neutralità rispetto agli interessi imprenditoriali. E' per tali ragioni che le decisioni assunte dalle Autorità si ritengono similari a quelle delle autorità giurisdizionali, evidenziandosi in tal senso il carattere di neutralità e, per certi versi, di terzietà di tali organi. - *Manuale di diritto amministrativo, diciottesima edizione completamente riveduta. Aggiornata e corredata di schemi grafici sul processo* a cura di Fabrizio Fracchia, Elio Casetta, Giuffrè editore Milano 2016.

Nonostante la grande influenza esercitata nella scelta dei membri del Collegio, si esclude in radice l'istituzione di qualsiasi rapporto fiduciario con il Parlamento: le Camere sono titolari di poteri esclusivamente *conoscitivi* dell'operato dell'Autorità. Di riflesso si richiede per legge che anche i componenti del Collegio siano persone dotate di un elevato livello di indipendenza rinvenibile facilmente in professionisti dotati dello *status* di magistrato o di docente universitario; a corroborare ulteriormente l'attribuzione della carica di componente del collegio AGCM oltre a non essere rinnovabile allo scadere del primo mandato settennale, è corredato dal requisito dell'incompatibilità con qualunque altra carica professionale.

Dato il ruolo di responsabilità attribuito al Collegio, si richiede che i membri siano professionisti dotati di alta e riconosciuta professionalità, come si legge anche all'art. 10 della L. 287/1990: il requisito dell'elevata competenza e professionalità combinato con la necessaria indipendenza dei componenti, porta a far ricadere la scelta tra magistrati delle supreme corti amministrative, contabili ed ordinarie, nonché tra i docenti universitari in materie giuridiche o economiche.

Lo status di indipendenza dell'organo gli conferisce anche la competenza a deliberare le norme sul suo funzionamento nonché sul trattamento retributivo dei componenti il collegio. Nello svolgimento delle sue competenze il Collegio è assistito da una struttura burocratica composta da circa 200 impiegati che forniscono supporto tecnico – operativo all'esercizio delle funzioni decisorie. Il Collegio è titolare di poteri di indirizzo e di controllo, stabilisce gli obiettivi che annualmente l'Istituzione deve provare a conseguire, emanando direttive la cui attuazione spetta agli uffici tecnici articolati in Direzioni generali, Direzioni centrali, Direzioni, Uffici e Servizi, tutti coordinati dal Segretario Generale. Un'organica ripartizione delle competenze consente di attribuire agli uffici funzioni istruttorie e al Collegio funzioni di natura decisoria nonché autorizzatoria per l'esercizio delle funzioni istruttorie più importanti, come quelle riguardanti le ispezioni e le perizie tecniche.

3.2 (segue) **Caratteristiche funzionali dell'AGCM**

Dal punto di vista funzionale l'Autorità *antitrust* nel garantire il corretto funzionamento del mercato svolge essenzialmente un'attività finalizzata ad accertare le violazioni della normativa *antitrust* comunitaria per poi erogare le dovute sanzioni pecuniarie. L'assoluta indipendenza dagli indirizzi politico-governativi di tali organi amministrativi li rende perfettamente funzionali al conseguimento di un'efficace omogeneizzazione della disciplina della concorrenza a livello comunitario e internazionale. Di contro l'assenza di una legittimazione democratica diretta solleva problematiche intorno alla potenziale discrezionalità delle decisioni assunte dall'Organo, i cui atti risultano comunque soggetti al rigoroso sindacato del giudice amministrativo (peculiare aspetto dettato dalla natura essenzialmente amministrativa che viene riconosciuta a tali autorità da concorde giurisprudenza). La legittimazione delle decisioni assunte dall'autorità *antitrust*, deriva in questo caso dal fatto che l'Autorità è tenuta ad applicare la legge in maniera obiettiva potendo applicare esclusivamente forme di discrezionalità tecnica la cui applicazione è oggetto del sindacato del giudice amministrativo la cui giurisdizione sulle decisioni assunte dall'autorità è al centro di un acceso dibattito riguardo al quale la dottrina e la giurisprudenza si interrogano sulla natura dell'Autorità *antitrust* che si caratterizza per il fatto di possedere sia le caratteristiche proprie di un organo amministrativo sia quelle di un organo giurisdizionale.

4. L'AGCM e la tutela del consumatore

Un'attenta analisi della tipologia di interventi dell'*antitrust* italiano, ci permette di studiare le vicende che hanno lo caratterizzato in tre distinte fasi: la prima si riferisce ai periodi di presidenza di Francesco Saja e Giuliano Amato (1990-1997) durante i quali un clima politico favorevole ai valori del mercato e della concorrenza favorì il consolidamento della normativa *antitrust* e dell'AGCM nel sistema istituzionale; dopo la presidenza di Tesauro (1998-2005), che definì un periodo di sostanziale continuità

ideale con la fase precedente, gli anni della presidenza di Catricalà (2005-2011) segnarono una svolta definitiva dell'azione dell'AGCM attraverso l'introduzione di nuovi parametri di tutela della concorrenza che si aprì ad una visione maggiormente consumeristica⁸⁹ dell'*enforcement*⁹⁰. Con l'attuale presidenza di Pitruzzella si è segnata invece una fase di discontinuità con l'impostazione immediatamente precedente dal momento che pare emerga la volontà di riprendere molti dei temi che erano stati fissati nelle prime due fasi dell'attività venticinquennale dell'*antitrust*.

Da quanto premesso possiamo dedurre che le funzioni di cui è attualmente titolare l'Autorità *antitrust* non si limitino esclusivamente alla tutela e alla garanzia dei mercati concorrenziali, ma si estendano ad ulteriori forme di *enforcement* che riguardano anche i consumatori, soggetti di mercato considerati normativamente *più deboli* nei rapporti contrattuali con il professionista. A partire dagli anni 2000 è maturata a livello sia europeo che nazionale⁹¹ una maggiore attenzione alla tutela del consumatore che è stata posta in stretta correlazione ed interdipendenza con la garanzia della correttezza delle relazioni tra le imprese. È nel Considerando n. 8⁹² della direttiva CE 29/2005, la quale

⁸⁹ *La rivoluzione incompiuta, 25 anni di antitrust in Italia*- Alberto Pera, Marco Cecchini, Fazi Editore, Roma 2015, pp.14.

⁹⁰ «L'*Anitrust* è l'autorità di riferimento per le esigenze dei consumatori e può assurgere a istituto coordinatore di ogni funzione di contrasto alle pratiche commerciali abusive.» Antonio Catricalà, Relazione annuale 2005.

⁹¹ L'introduzione del Codice del consumo risale all'emanazione del d.lgs 206/2005 con cui il legislatore ha da un lato rafforzato ed integrato gli strumenti di tutela già posti dal Codice civile a vantaggio della parte più debole del rapporto contrattuale, e dall'altro si è impegnato in un'attività di armonizzazione e riordino delle numerose leggi speciali concernenti i processi di acquisto e di consumo, che sono state raccolte in un unico *corpus* normativo. – *Manuale del diritto dei consumatori*, Antonio Catricalà, Maria Pia Pignalosa, Dike giuridica, Roma, pp. 2.

⁹² Considerando n. 8 direttiva CE 29/2005 «La presente direttiva tutela direttamente gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. Essa, quindi, tutela indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale. Resta inteso che esistono altre pratiche commerciali che, per quanto non lesive per i consumatori, possono danneggiare i concorrenti e i clienti. La Commissione dovrebbe valutare accuratamente la necessità di un'azione comunitaria in materia di concorrenza sleale al di là delle finalità della presente direttiva e, ove necessario, presentare una proposta legislativa che contempri questi altri aspetti della concorrenza sleale».

ha nettamente separato la disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa da quella sulle pratiche commerciali scorrette, che il legislatore europeo evidenzia come nel preservare gli interessi economici dei consumatori da pratiche commerciali scorrette si ottenga indirettamente una tutela delle imprese dai comportamenti sleali dei concorrenti. Da ciò chiaramente è dipesa la decisione del legislatore italiano di attribuire all'Autorità *antitrust* la competenza non solo sulla pubblicità ingannevole e comparativa, che ai sensi del d.lgs. 145/2007 riguarda solo i rapporti tra le imprese, ma anche sulle pratiche commerciali scorrette, che in seguito alla scissione, operata come *supra* descritto dalla direttiva CE 29/2005, è trattata in un distinto *corpus* normativo racchiuso nel d.lgs. 146/2007. E' infatti evidente che per entrambi i *corpora* normativi l'*Antitrust* sia chiamata ad applicare in una logica coerente e unitaria le medesime regole generali di correttezza⁹³. A ulteriore conferma della virata della politica *antitrust* verso la tutela del consumatore merita un riferimento la recente disciplina del d.l. n. 1/2012 convertito nella legge n. 27/2012 che introduce una tutela amministrativa dei consumatori contro clausole vessatorie. Il disposto è confluito nell'art. 37-*bis* del Codice del Consumo con il quale prevedendo una tutela amministrativa preventiva e generale, si attribuisce all'AGCM il potere di dichiarare, una volta sentite le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e le camere di commercio, la vessatorietà delle clausole con effetti esclusivamente dissuasivi.

Gli interventi normativi dei primi anni 2000, volti a espandere le competenze dell'Autorità nazionale della concorrenza alla tutela del consumatore, consentono al diritto positivo italiano di aprirsi all'avanguardistica garanzia del *consumer welfare*⁹⁴, accolta già molti anni addietro nell'economia americana. In questo modo la tutela della concorrenza si rende strumentale al conseguimento del corretto funzionamento del mercato nel quale si considerano soggetti parimenti operativi sia gli imprenditori che i consumatori.

⁹³ Op. Cit. *Manuale del diritto dei consumatori*, Antonio Catricalà, Maria Pia Pignalosa, Dike giuridica, Roma, pp. 66.

⁹⁴ Vd. Cap. I para. 1

**5. Natura giuridica del procedimento sanzionatorio davanti all'AGCM
alla luce della pronuncia sul ricorso U.R.R.A., Consiglio di Stato n. 7265
del 2003**

I procedimenti regolati dalla L. 287/1990 rappresentano il mezzo attraverso il quale poter dare attuazione agli artt. 101 e 102 del TFEU e non possono essere soggetti alla disciplina generale del procedimento amministrativo di cui alla L. 241/1990. La definizione del rapporto tra la disciplina *antitrust* e quella invece prevista dalla normativa *supra* citata per il procedimento amministrativo è stato oggetto di acceso dibattito in dottrina. A questo proposito sembra rilevante riportare le posizioni assunte dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato nell'ambito del ricorso proposto dall'U.R.R.A. – Unione Regionale Recupero Ambiente - avverso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e deciso con la pronuncia n. 7265 del 2003. I giudici del Palazzo Spada nel tentare di regolarizzare il rapporto intercorrente tra disciplina generale del procedimento amministrativo e quella speciale dettata dalla L. 287/1990 per i procedimenti davanti all'Autorità *antitrust* hanno dapprima individuato come presupposto la necessaria operatività dei principi generali dell'ordinamento posti a tutela del cittadino non solo nei casi di esercizio meramente amministrativo dei poteri autoritativi, ma anche con riferimento alle funzioni svolte dalle autorità amministrative indipendenti neutrali. Di seguito i giudici del Palazzo Spada hanno descritto la sussistenza di un nesso di specialità tra la disciplina *antitrust* e quella generale tale per cui la disciplina speciale viene preferita a quella generale sulla base di un mero meccanismo logico-giuridico che tiene conto della *ratio* sottesa alla disciplina speciale⁹⁵. Altre correnti dottrinarie, tra i cui eminenti esponenti ricordiamo M.

⁹⁵« *Orbene, nel caso di specie, la duplice circostanza della previsione ad opera della disciplina speciale di un apposito procedimento nel cui ambito è pienamente garantita non la sola partecipazione, ma il contraddittorio dei soggetti interessati, e della espressa limitazione della sfera di efficacia di siffatta previsione a far data dal momento in cui l'Autorità decide di addivenire all'apertura formale della procedura istruttoria tipica induce a dubitare della correttezza di un orientamento volto ad estendere le garanzie procedurali, ivi comprese, quindi, quelle della comunicazione di avvio della procedura e della partecipazione, alla fase anteriore, nel corso della quale, al contrario, l'Autorità è chiamata ad effettuare una valutazione di tipo preliminare, decidendo se avviare l'istruttoria o decidere il non luogo a procedere: l'informalità di tale fase e la considerazione della sua stretta strumentalità rispetto a*

Antonioli, ritengono che la disciplina dettata dalla L. 241/1990 sul procedimento amministrativo non possa considerarsi come una legge generale perché contiene solo i principi che regolano il procedimento, qualificandosi dunque come complementare alla normativa di settore che *in limine* arricchisce la prima di garanzie ulteriori. Di contro, l'autorevole dottrina di Caringella confuta qualunque ipotesi di complementarità tra la disciplina procedimentale generale e quella settoriale, prediligendo la tesi secondo la quale, posto che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato non svolge attività di carattere meramente amministrativo, intendendo con ciò forme di amministrazione attiva, l'*authority* merita che le sia riservata una disciplina specifica⁹⁶ che si distingua da quella generale dettata per gli organi che esercitano poteri prettamente autoritativi. Dunque possiamo concludere che, alla luce delle recenti posizioni assunte dai giudici del Palazzo Spada, tra la disciplina settoriale dettata dalla L. 287/1990 e quella generale prevista invece dalla L.241/1990 sussiste un nesso di specialità tale per cui la disciplina settoriale viene preferita a quella generale per quanto riguarda quegli aspetti del procedimento *antitrust* la cui natura derogatoria risulta giustificata sulla base di un preciso meccanismo logico-giuridico dalla *ratio* dell'istituto; di converso per taluni aspetti del procedimento, tra cui sicuramente i principi generali dell'ordinamento si ammette la sussistenza di un necessario nesso di complementarità tra le discipline procedimentale, cosicché la normativa settoriale può essere adeguatamente integrata da quella generale.

6. Il sistema di *enforcement* europeo e il doppio binario di tutela

quella, eventuale, dell'istruttoria, nel corso della quale il contraddittorio è pienamente assicurato dalla disciplina speciale, sono fattori che inducono a disattendere l'assunto dell'applicabilità anche al caso di specie delle norme della L. n. 241/1990, intese come enunciazione di principi generali ivi operanti».

– Consiglio di Stato, sent. n. 7265 del 2003

⁹⁶L'autorevole Maestro nel descrivere la sua posizione si riferisce in particolar modo alla disciplina del contraddittorio prevista dalla normativa *antitrust* che in questo maggiormente si distingue da quella generale. Poniamo in questa sede un chiaro collegamento con il terzo motivo di ricorso sul quale si è espresso il Collegio del Consiglio di Stato nella sentenza cui sopra si è fatto riferimento, la n. 7265 del 2003.

La storia dell'*enforcement* comunitario e nazionale della disciplina sulla concorrenza ha come necessari punti di riferimento i regolamenti CE n. 17 del 1962 e n. 1 del 2003 i quali hanno sostanzialmente basato l'attuazione della disciplina *antitrust* su un regime di competenze binario: da un lato la tutela amministrativa, nota come *public enforcement*, attribuita dapprima, sotto il regime del primo regolamento, prevalentemente alla Commissione europea⁹⁷ e successivamente alle Autorità Nazionali, e dall'altro lato una tutela giurisdizionale, nota invece come *private enforcement*, attribuita ai giudici nazionali⁹⁸ i quali sono chiamati a tutelare sia diritti di origine comunitaria che diritti che rilevano solo per l'ordinamento interno.

A tale proposito merita di essere richiamato un riferimento comparatistico con la disciplina *antitrust* statunitense la quale sebbene inizialmente avesse previsto l'attribuzione dei poteri di accertamento degli illeciti *antitrust* esclusivamente all'autorità giudiziaria, secondo quello che era lo schema di *crimen monopolii* mutuato dallo *Sherman Act*, successivamente l'autorità giurisdizionale americana venne affiancata da un'autorità amministrativa, nonostante la struttura delle procedure di attuazione della disciplina *antitrust* fosse rimasta influenzata da un'impostazione di carattere processuale. In Europa *a contrario* dapprima si affermò la preferenza per l'affidamento della tutela della concorrenza ad un organo amministrativo e solo successivamente emersero chiare tendenze verso la *giuridizionalizzazione* delle competenze.

⁹⁷ La Commissione, depauperata ai sensi del regolamento CE 1/2003 della competenza esclusiva per l'applicazione del diritto antitrust, al fine di agevolare l'applicazione decentrata della disciplina comunitaria affidata alle ANC e ai giudici nazionali, ha emanato delle Linee Guida finalizzate ad evitare eventuali divergenze applicative:

1. Nozione di pregiudizio al commercio;
2. I casi nei quali la Commissione può fornire, su richiesta delle imprese interessate, orientamenti informali su questioni nuove relative all'attuazione degli artt. 101 e 102 TFEU;
3. Le modalità attraverso cui realizzare un efficace coordinamento rispettivamente tra la Commissione, i giudici e le autorità nazionali chiamati ad applicare le norme del trattato nell'ambito delle rispettive sfere di competenza. – *Diritto antitrust, quarta edizione*, Vito Mangini – Gustavo Olivieri G. Giappichelli Editore, Torino.

⁹⁸ *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo* – Angelo Lalli, Editoriale Scientifica, 2008

Mentre è chiaramente previsto dall'art. 1 della L. 287 del 1990 che l'AGCM sia chiamata ad applicare il diritto *antitrust* sia comunitario che nazionale, il riconoscimento della competenza dei giudici nazionali ad applicare il diritto comunitario *antitrust* trova conferme di natura giurisprudenziale nella sentenza *Courage*⁹⁹ con cui la Corte di Giustizia Europea, investita di un ricorso pregiudiziale *ex art. 234 TCE* da parte dei giudici della *Court of Appel* di Londra ha deciso in via pregiudiziale che per il *principio di diretta applicabilità* delle norme comunitarie i singoli cittadini danneggiati da una condotta contraria alle norme comunitarie hanno diritto ad agire direttamente dinnanzi ai giudici nazionali¹⁰⁰ dal momento che il Trattato CEE ha istituito un ordinamento giuridico perfettamente integrato con gli ordinamenti normativi degli Stati Membri. La giurisprudenza comunitaria continua affermando che dato il necessario coordinamento della disciplina comunitaria con quella nazionale, il giudice nazionale adito per la tutela di diritti comunitari è tenuto a interpretare le norme processuali nazionali alla luce della disciplina comunitaria e dunque a rispettare il principio della prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale che viene disapplicato nella circostanza in cui sia confliggente con la normativa europea. Mentre nel caso in cui lo stesso giudice nazionale si trovi a tutelare diritti soggettivi di rilevanza esclusivamente interna, allora non si può presentare alcuna ipotesi di disapplicazione del diritto interno, essendo piuttosto possibile sollevare la questione di illegittimità costituzionale. Il caso *Courage vs. Crehan*, *supra* citato, ha fatto emergere un aspetto specifico del coordinamento della disciplina comunitaria con quella nazionale, infatti la Corte di Giustizia, pronunciandosi sul terzo dei motivi del ricorso pregiudiziale, ha chiarito che, posta la necessaria tutela diretta da parte del giudice nazionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dagli artt. 85 e 86 del TCE (oggi artt. 101 e 102 TFEU), qualora una norma nazionale fosse contraria al riconoscimento del risarcimento dei danni a favore di una delle parti di un contratto restrittivo della

⁹⁹ Cfr. Corte di Giustizia Causa C-453/1999 *Courage vs. Crehan*.

¹⁰⁰ Corte di Giustizia causa 127/1973 *Sabam vs. BRT*, al punto 16 si afferma “*Poiché per loro natura gli artt. 85 n.1 e 86 sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti tra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare.*”

concorrenza, e qualora nulla prevedesse la disciplina comunitaria, il giudice nazionale sarebbe allora chiamato a stabilire le modalità procedurali dei ricorsi secondo il diritto nazionale, purché, nel rispetto del principio dell'equivalenza, tali modalità non siano meno favorevoli di quelle previste per gli analoghi ricorsi di natura interna; nel caso in esame la Corte ha dunque ritenuto legittimo il riconoscimento del risarcimento del danno, seppur in contrasto con la normativa nazionale inglese.

Posta la diretta applicabilità del diritto *antitrust* comunitario e nazionale da parte dei giudici, aldilà della competenza del giudice amministrativo per i ricorsi avverso i provvedimenti assunti dall'Autorità garante del mercato e della concorrenza, la L. 287 del 1990 prevede che anche il giudice civile ordinario risulti coinvolto nei meccanismi di tutela della concorrenza previsti dalla normativa sia nazionale che comunitaria. Scendendo nel dettaglio di quanto previsto dal diritto positivo in tema di *private enforcement* si rende necessaria un'analisi della disciplina stabilita dalla L. 287/1990 che, attribuisce ai sensi dell'art. 33¹⁰¹ ai tribunali territoriali la competenza a decidere delle istanze di nullità e di risarcimento del danno per violazione della disciplina nazionale. La stessa norma prevede oltre alle competenze di merito degli organi giurisdizionali anche una competenza del tribunale ad emettere provvedimenti di urgenza “*in relazione a violazioni di cui ai titoli da I a IV della legge antitrust*”. E' bene notare che da un'attenta analisi della normativa l'art. 33 differentemente da quanto previsto dall'art. 2599¹⁰² c.c. non attribuisce al giudice specifici poteri di natura inibitoria, facendo emergere dunque dubbi interpretativi circa l'ampiezza delle competenze cautelari dell'AGO. Autorevole dottrina ha ritenuto che l'organo giudicante non potesse emettere provvedimenti cautelari con efficacia inibitoria dei comportamenti delle imprese, seppur regolati da accordi contrattuali, dal momento che

¹⁰¹ Art. 33 L. 287 del 1990: «*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 dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui e' istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni*».

¹⁰² Art. 2599 Codice Civile: «*La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti*».

differentemente dalle ANC, titolari ai sensi dell'art. 14-*bis* di poteri di natura cautelare inibitoria, i giudici non possono sostituirsi alla volontà delle parti. Parte maggioritaria della dottrina invece ritiene che un'interpretazione eccessivamente letterale e rigorosa del dato normativo creerebbe degli ingiustificati squilibri tra i poteri degli organi giudicanti e delle autorità amministrative parimenti depositarie del potere di attuazione della normativa *antitrust*. Dunque, si ritiene più corretto che anche gli organi giudicanti siano titolari del potere di emettere provvedimenti cautelari con efficacia inibitoria purché abbiano l'effetto di anticipare gli effetti della sentenza di merito successivamente emessa *ex art. 33 L. 287/1990*. I soggetti lesi dalla violazione della normativa *antitrust* possono ricorrere al giudice ordinario principalmente per ottenere il risarcimento dei danni nonché la dichiarazione di nullità del contratto che integra la fattispecie vietata.

Per quel che riguarda il sistema del *private enforcement* il rimedio del risarcimento del danno non è purtroppo mai stato un rimedio efficace a causa dei limiti imposti dal nostro ordinamento giuridico, caratterizzato dalla elefantica lentezza della giustizia civile, nonché dalle restrizioni alla legittimazione ad agire che solo nel 2005¹⁰³ è stata riconosciuta anche ai consumatori oltreché alle imprese; a ciò si aggiunge anche una certa arretratezza del sistema risarcitorio per il quale non si prevede, come nell'avanzato sistema statunitense, il pagamento di cosiddetti *punitive damages*¹⁰⁴.

¹⁰³ Cfr. Cass. Sez. Unite n. 2207 4 febbraio 2005: «*Il consumatore, che è l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto, la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anticompetitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile.*

Va detto pure, atteso il rilievo interpretativo dei principi dell'ordinamento comunitario nella materia, che la sentenza della Corte di Giustizia, Courage, (n. 453 del 1999) tende ad ampliare l'ambito dei soggetti tutelati dalla normativa sulla concorrenza, in una prospettiva, sembra al collegio, che valorizza proprio le azioni risarcitorie, quali mezzi capaci di mantenere effettività alla struttura competitiva del mercato».

¹⁰⁴ *Punitive damages*: Si tratta di un tipo di risarcimento del danno di origine anglosassone che consiste nel corrispondere al danneggiato una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno superiore a

Accanto al rimedio risarcitorio sia l'art. 101 del TFEU che l'art. 2 della L. 287/1990 stabiliscono la nullità sia delle intese restrittive della concorrenza che dei contratti o delle clausole che realizzino degli abusi di posizione dominante. Tuttavia, ancora una volta ci si trova a dover rilevare delle limitazioni all'efficacia di tale rimedio fornite in prim'ordine dal fatto che molte volte la realizzazione di una restrizione della concorrenza si realizza non solo con atti o contratti, ma anche con comportamenti di fatto, rispetto ai quali la nullità non ha chiaramente alcuna effettiva efficacia demolitiva. A ciò si aggiunge che fino alla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 2207/2005 la dichiarazione di nullità del contratto o dell'intesa con il quale si veicolava la restrizione della concorrenza non estendeva i propri effetti sino al cc.dd. "contratto a valle" che regola i rapporti tra l'impresa e la clientela¹⁰⁵, riducendo dunque l'effettività della tutela garantita invece dal rimedio caducatorio. Per quel che riguarda l'abuso di posizione dominante si può individuare una nullità *virtuale* dal momento che si prevede la nullità della clausola con la quale si realizza un comportamento abusivo rientrante nelle categorie civilistiche dei comportamenti vietati dall'art. 1418 in quanto contrari alle norme imperative dell'ordinamento¹⁰⁶. L'azione di nullità, che può assumere duplicemente la forma di azione dichiarativa o di azione di mero accertamento, può essere proposta sia in via autonoma che cumulata con quella di risarcimento del danno la cui disposizione sarà consequenziale all'accertamento della violazione dei divieti di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante. Tuttavia, la prassi giudiziaria ha rilevato l'esigenza sia

quella effettivamente occorrendo per il mero riequilibrio delle situazioni soggettive del danneggiato, integrando in tal modo non solo una funzione reintegrativa del patrimonio del danneggiato, ma anche una funzione meramente "ultracompensativa" utile a rafforzare il carattere deterrente della responsabilità civile. – Marco Schirripa, *Danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?* - www.comparazionedirittocivile.it.

¹⁰⁵ I giudici della Suprema Corte hanno ritenuto che il contratto a valle costituisca lo sbocco naturale dell'intesa conclusa a monte tra i concorrenti svolgendo dunque un ruolo essenziale nel realizzarne gli effetti restrittivi – *Diritto Antitrust, Quarta edizione* - Vito Mangini – Gustavo Olivieri, G. Giappichelli editore – Torino (2012), pp. 146

¹⁰⁶ Nel caso di riferimento si ritiene che il principio sancito nella sent. 2207 del 2005 Cass. S.U. non possa essere applicato, per cui la nullità non si estende anche ai "contratti a valle" che regolano i rapporti tra imprese e clientela, *op. Cit. Diritto Antitrust, Quarta edizione*, Vito Mangini – Gustavo Olivieri, G. Giappichelli editore – Torino (2012), pp. 146

in sede cautelare che in sede di merito di ottenere, oltre alla dichiarazione di nullità del contratto con il quale si integra una condotta anticoncorrenziale, un provvedimento costitutivo o inibitorio da parte dell'autorità giudiziaria. Al riguardo si sono confrontate due differenti interpretazioni giurisprudenziali, l'una di carattere restrittivo secondo cui un ordine di natura costitutiva non rientra nelle competenze dell'autorità giudiziaria definite dall'art. 33 della l. 287/1990 essendo piuttosto riferita all'Autorità amministrativa, e l'altra invece maggiormente estensiva che ha concluso con l'ammissibilità di un'azione costitutiva¹⁰⁷ a livello di mero *obiter dictum*¹⁰⁸.

Passando ora ad analizzare i meccanismi di *public enforcement* che riguardano l'Autorità Garante del mercato e della concorrenza per l'attuazione del diritto *antitrust* comunitario e nazionale è utile premettere che la sua competenza per l'attuazione della disciplina di tutela della concorrenza si sostanzia principalmente nella titolarità sia di poteri istruttori in materia di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante che di poteri sanzionatori. La L. 287/1990 stabilisce che il procedimento ai sensi degli artt. 101 e 102 del TFEU ovvero degli artt. 2 e 3 della normativa *antitrust* nazionale può essere avviato dall'Autorità sia d'ufficio che su istanza di parte; se all'esito dell'istruttoria avviata ai sensi dell'art. 14, per le intese restrittive della concorrenza, o ai sensi dell'art. 16, per le ipotesi di abuso di posizione dominante, l'apparato burocratico dell'Autorità, nell'esercizio dei penetranti poteri di indagine che le sono stati attribuiti in seguito alla riforma introdotta dal regolamento CE 1/2003, abbia ravvisato una violazione della normativa nazionale o comunitaria *antitrust*, allora ai sensi dell'art. 15 fissa alle parti un termine per l'eliminazione dell'infrazione imponendo con il provvedimento inibitorio un comportamento di volta in volta differente a seconda della condotta contestata. Nel caso in cui l'infrazione risulti essere grave, dispone anche il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria che può

¹⁰⁷ Op. Cit. *Dizionario semantico del diritto della concorrenza* – Lorenzo F. Pace, Jovene editore 2013.

¹⁰⁸ L'azione di condanna civile antitrust ad obblighi di fare infungibile o di non fare può essere assistita anche dalla previsione di un *astreinte ex art. 614-bis* -Dizionario semantico del diritto della concorrenza – Lorenzo F. Pace, Jovene editore 2013, pp. 235.

arrivare fino al 10% del fatturato dell'impresa destinata al provvedimento sanzionatorio.

Con il d.l. n. 223/2006, convertito in L. 248/2006¹⁰⁹ l'autorità *antitrust* è stata dotata di poteri cautelari: ai sensi dell'art. 14-*bis* è infatti previsto che “*Nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può, d'ufficio, ove constati ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari.*” I poteri cautelari attribuiti all'Autorità *antitrust* non devono essere considerati come una ridondante ripetizione di quelli che *ex art. 33* il Legislatore ha attribuito all'AGO (Autorità Giudiziaria Ordinaria), dal momento che mentre l'Autorità amministrativa dispone misure cautelari che sono finalizzate a tutelare la regolarità dei mercati, in vista della garanzia di un interesse di carattere generale, i poteri cautelari conferiti all'AGO sono invece funzionali a tutelare i singoli lesi dalla condotta anticoncorrenziale¹¹⁰.

Oltre ai poteri sostanzialmente diretti a reprimere le condotte poste in violazione della normativa *antitrust*, l'Autorità garante del mercato e della concorrenza è titolare anche di un potere di segnalazione nei confronti del Parlamento o al Presidente del Consiglio dei Ministri di eventuali distorsioni della concorrenza determinate da norme di legge o di regolamento, o da provvedimenti amministrativi di carattere generale; è inoltre titolare anche della legittimazione ad agire per impugnare gli atti amministrativi

¹⁰⁹ Il d.l. 223 del 2006, passato alla cronaca come “decreto Bersani”, ha introdotto disposizioni urgenti finalizzate a favorire la crescita e la promozione della concorrenza e della competitività delle imprese, in un'ottica di tutela del consumatore e di liberalizzazione dei settori produttivi. Sono state così apportate una serie di modifiche alle competenze dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato volte a colmare le lacune del nostro ordinamento che il regolamento CE 1/2003 aveva reso molto più evidenti. In realtà il riconoscimento in capo all'Antitrust di poteri di natura cautelare, come rileva il Prof. Gustavo Olivieri in *I poteri cautelari dell'AGCM tra diritto comunitario e diritto interno*, pp. 33 di *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di Fabio Cintori e Gustavo Olivieri, non è una misura del tutto innovativa, dal momento che rappresenta piuttosto la codificazione di principi generali già elaborati e applicati dalla giurisprudenza comunitaria. Altre importanti novità introdotte con il d.l. hanno invece riguardato l'assunzione di decisioni con gli impegni degli imprenditori e l'adozione di programmi di clemenza.

¹¹⁰ *Op. Cit. Diritto Antitrust, Quarta edizione* - Vito Mangini – Gustavo Olivieri, G. Giappichelli editore – Torino (2012)

generali o regolamenti o provvedimenti di qualunque amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Molto interessante sempre in questo senso è la teoria del «ruolo maieutico» dell’Autorità *antitrust* trattata da Michele Ainis nel suo articolo *The Italian competition authority’s maieutic role*, pubblicato nel 2016 sulla Rivista italiana *antitrust*. L’autore nella sua analisi paragona le funzioni svolte dall’*antitrust* ai sensi degli artt. 21, 21-bis e 22, alla funzione maieutica¹¹¹ del *maestro* socratico che considerando il dialogo come «τό διαλέγησθαι ἐστὶ τό μῆγιστον ἀγαθόν», ritiene che il maestro, che definisce come un’ostetrica “*che opera su gli uomini e non su le donne, e provvede alle anime partorienti e non ai corpi*”¹¹², non debba insegnare ai discepoli le proprie personali convinzioni, ma debba piuttosto stimolare in loro, attraverso il confronto dialogico, la capacità di formulare pensieri propri. Allo stesso modo, Ainis nel suo articolo dimostra come l’AGCM svolga nei confronti dell’ordinamento italiano una funzione maieutica da un lato stimolando le istituzioni ad acquisire consapevolezza sui benefici della libera concorrenza e dell’equilibrio di mercato, dall’altro offrendo precise indicazioni sulle politiche concorrenziali che vengono adottate. L’AGCM, essendo titolare di un potere conoscitivo di ampia portata che le viene garantito dall’attribuzione di consistenti poteri di indagine istruttoria ai sensi dell’art. 12 della L. 287/1990, ha gli strumenti migliori per poter approfondire a livello strutturale quali siano le criticità e i malfunzionamenti del mercato e per individuarne le ragioni intrinseche¹¹³ esercitando dunque un’importantissima funzione di *advocacy*, cioè di stimolo alla politica per la

¹¹¹ Dal greco *μαϊευτική [τέχνη]* «[arte] ostetrica», «ostetricia» (deriv. da *μαῖα* «mamma, levatrice»). Espressione con la quale Platone indica nel *Teeteto* quella che si potrebbe considerare la *pars construens* del metodo socratico fondato sul dialogo. Se la confutazione (*ἔλεγχος*) costituisce il procedimento attraverso il quale Socrate conduce il suo interlocutore alla consapevolezza dell’ignoranza o della fallacia delle sue opinioni, l’arte *m.* è quella che porta Socrate – sterile quanto alla possibilità di generare sapienza, esattamente come sterili sono le levatrici che aiutano le partorienti a dare alla luce i loro figli («il dio mi costringe a fare da levatrice, ma mi ha proibito di generare», *Teeteto*, 150 c) – a suscitare dagli animi quelle verità che essi stessi non erano consapevoli di possedere («da me non hanno imparato mai nulla, ma da loro stessi scoprono e generano molte cose belle»). *Dizionario di filosofia*, Treccani.

¹¹² Platone, *Teeteto*, 149 a-151 d.

¹¹³ Op. Cit. *La legittimazione dell’Autorità antitrust come giudice a quo: quale identità giuridica per l’AGCM?* Enrico Verdolini, 22 novembre 2018.

rimozione di vincoli alla concorrenza. Posti tali presupposti si giustifica la scelta del legislatore di attribuire proprio all'Antitrust non solo la legittimazione ad esprimere pareri sulle iniziative legislative o governative (art. 22¹¹⁴), ma anche ai sensi dell'art. 21¹¹⁵, poteri di segnalazione al Parlamento e al Governo delle eventuali situazioni distorsive della concorrenza derivanti da provvedimenti legislativi, al fine di meglio contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato. Tale potere ha un'estrema importanza dal momento che integra perfettamente le competenze in materia di *enforcement*, consentendo di rilevare le eventuali criticità del sistema normativo che non possono essere prontamente eccepite dalle altre autorità ordinamentali¹¹⁶. A fare da contraltare a tale disposizione nel 2011 il governo Monti con il d.lgs 201/2011 ha attribuito con l'art. 21-*bis*¹¹⁷ all'AGCM, che l'autore definisce

¹¹⁴Art. 22 L. 287/1990: «L'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative o regolamentari che abbiano direttamente per effetto:

a) di sottomettere l'esercizio di una attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative;

b) di stabilire diritti esclusivi in certe aree;

c) di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita».

¹¹⁵ Art. 21 L. 287/1990: «Allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato, l'Autorità individua i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale.

L'Autorità segnala le situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri e, negli altri casi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri competenti e agli enti locali e territoriali interessati.

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 e all'importanza delle situazioni distorsive».

¹¹⁶ Interessante a tal proposito riportare un recente caso pratico di attuazione della presente prerogativa dell'*antitrust*: to make a long story short, il trasferimento nel 2016 di quote azionarie di Ferrovie del Sud Est, controllate dal Ministero dei Trasporti, a Ferrovie dello Stato, controllate invece dal Ministero di Economia e Finanza, non veniva considerato illecito dalle normative italiane sulle fusioni societarie, nonostante avesse delle implicazioni in termini di illeciti concorrenziali. L'AGCM, piuttosto che avviare un procedimento istruttorio nei confronti di FSE/FSI decise di emettere riportare segnalazione della normativa sulle fusioni al Consiglio dei Ministri. Op. Cit. *La legittimazione dell'Autorità antitrust come giudice a quo: quale identità giuridica per l'AGCM?* Enrico Verdolini, 22 novembre 2018.

¹¹⁷ Art. 21- *bis* L. 287/1990: «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

a tal proposito come una *loaded gun*, non solo una funzione consultiva nei confronti delle pubbliche amministrazioni che si ritiene abbiano emanato un provvedimento contrario alle norme di concorrenza, ma anche il potere di impugnare gli amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che non si sia conformata tempestivamente al parere motivato emesso dall'*Authority* nell'esercizio del suo potere consultivo¹¹⁸.

Il sistema binario di tutela, dal quale si temeva potessero derivare solo decisioni tra di loro incongruenti è stato giustificato dalla differenziazione degli obiettivi perseguiti dal sistema di *private* e *public enforcement*, rispettivamente preordinati l'uno alla protezione dei diritti dei privati a contenuto patrimoniale lesi dai comportamenti anticoncorrenziali, e l'altro alla tutela dell'interesse della collettività. La distinzione tra i due meccanismi di tutela può essere delineata anche alla luce della dimensione macro e microeconomica su cui incidono rispettivamente i poteri di *public* e *private enforcement*: mentre infatti il *public enforcement* mira alla massimizzazione del benessere della categoria dei consumatori e alla tutela delle istanze degli imprenditori a competere nel libero mercato, con il *private enforcement* si prende in considerazione la singola operazione commerciale che incide esclusivamente nella sfera individuale

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica 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. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104».

¹¹⁸ La norma è stata oggetto di questione di legittimità costituzionale e nella sent. n. 20 del 2013 il giudice delle leggi ha chiarito come la disposizione dell'art. 21-bis abbia costituito solo un'integrazione dei poteri di indagine e consultivi attribuiti all'Autorità *antitrust* e non una nuova forma di controllo di legittimità generale degli atti amministrativi dal momento che la legge prevede «*un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato*» (Corte Costituzionale, sentenza 20 del 2013) - . Op. Cit. *La legittimazione dell'Autorità antitrust come giudice a quo: quale identità giuridica per l'AGCM?* Enrico Verdolini, 22 novembre 2018.

degli interessati¹¹⁹. Dalla distinzione scolpita tra i due differenti ordini di tutela predisposti dall'ordinamento ne deriva come corollario l'ammissibilità delle cosiddette azioni di *follow – on* secondo cui l'attore introduce la propria azione civile dopo che l'Autorità si è pronunciata sull'intesa o prassi o comportamento commerciale scorretto.

La possibilità che sulla stessa questione si possano avere pronunce di differente natura ha implicato nella prassi la difficoltà di definizione delle condizioni per la sospensione del giudizio civile *antitrust* in attesa di una decisione della Commissione o dell'Autorità garante del mercato e della concorrenza. L'assenza di una specifica normativa di riferimento che disciplini la sospensione del giudizio civile in attesa di una pronuncia dell'Autorità amministrativa, nonché l'esclusione di qualunque nesso di pregiudizialità necessaria tra il procedimento amministrativo davanti all'Autorità e il giudizio civile, hanno portato autorevole dottrina¹²⁰ a rilevare che le uniche ipotesi di sospensione del procedimento civile disciplinate dall'ordinamento sono: in primo luogo quella prevista dall'art. 16¹²¹ del Reg. CE 1/2003 che nell'obbligare il giudice a non assumere decisioni che siano in contrasto con quelle già assunte dalla Commissione (o dall'Autorità) gli consente di valutare se sia necessario o meno

¹¹⁹ Come si legge nel saggio di Laura Miccoli, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/2014 e del d.lgs. 3/2017*, rivista online JusCivile, 2017, 4

¹²⁰ Op. Cit. *Dizionario semantico della concorrenza*, Lorenzo F. Pace, Jovene editore 2013.

¹²¹ Art. 16 Reg. CE 1/2003: «Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato».

sospendere il procedimento¹²²; in secondo luogo quella prevista dall'art. 140-*bis*¹²³ comma 6 del d.lgs 205/2006 secondo cui in fase di ammissibilità di un'azione di classe il giudice può decidere di sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità amministrativa.

7. *Private e public enforcement* problemi di coordinamento, il caso Sky e la sentenza 4773/2014 del Consiglio di Stato

La coesistenza di due sistemi di tutela della concorrenza, l'uno incidente sulla dimensione macroeconomica degli interessi di mercato, l'altro su quella microeconomica, ha comportato l'emergere nel tempo di forme di interferenza tra la sfera pubblica e la sfera privata della disciplina *antitrust* rendendo in tal senso opportuno definire i casi nei quali la discrasia tra i due tipi di intervento risulta più evidente¹²⁴. A tal proposito è utile analizzare un noto caso giurisprudenziale sul quale si sono pronunciati eminentemente i giudici del Palazzo Spada e che ha costituito un importante snodo del dibattito dottrinale sulla identificazione della natura giuridica dell'AGCM quale autorità amministrativa indipendente.

¹²² La sospensione eventualmente disposta dal giudice civile ai sensi dell'art. 16 reg. CE 1/2003 rappresenta l'applicazione del principio generale secondo cui i giudici non possono assumere decisioni in contrasto con la Commissione, ad esempio qualora la Commissione constati l'assenza dell'infrazione, nel caso di follow – on litigation il giudice non potrà mettere in discussione tale decisione dovendo trarne piuttosto i presupposti per garantire l'attuazione della decisione comunitaria per il tramite degli strumenti nazionali- op. Cit. *Dizionario semantico del diritto della concorrenza* – Lorenzo F. Pace, Jovene editore 2013, pp. 244

¹²³ Art. 140-*bis*, comma 6 d.lgs 205/2006: «All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, non c'è quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe».

¹²⁴ Op. Cit. Laura Miccoli, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/2014 e del d.lgs. 3/2017*, rivista online JusCivile, 2017, 4

La vicenda ha riguardato essenzialmente un giudizio di violazione dell'art. 102 del TFEU da parte della multinazionale Sky la quale è stata accusata dal giudice di *prime cure* di abuso di posizione dominante per aver posto in essere una politica ingiustificatamente discriminatoria nei confronti dell'impresa Conto TV, operante nel settore delle *pay-Tv*, a cui venivano imposte dall'operatore televisivo condizioni di accesso alla piattaforma satellitare eccessivamente gravose rispetto a quelle praticate alle società collegate a Sky. Su segnalazione della parte lesa, l'AGCM ha avviato un opportuno procedimento istruttorio al termine del quale ha accolto l'accordo proposto *ex art. 14-ter*¹²⁵ da parte di Sky, che si impegnava in tal modo a rimuovere i profili anticoncorrenziali sottesi al procedimento, evitando in tal modo l'accertamento nel merito della violazione della normativa *antitrust*. La pronuncia dell'Autorità *antitrust* è stata impugnata davanti al Tar Lazio il quale con la sentenza della Sez. I n. 3964/2011 ha ritenuto che l'accordo omologato da parte dell'AGCM non fosse idoneo a ripristinare la lesione dei diritti già maturata e riscontrata negli accordi, ritenendo necessario un accertamento di merito della violazione che, tra le altre cose, avrebbe anche agevolato, dal punto di vista dell'*onus probandi*, la proposizione in sede giurisdizionale della domanda risarcitoria.

L'adozione di tale prospettiva prettamente privatistica¹²⁶ non è stata chiaramente accolta né dall'AGCM né tanto meno da Sky, i quali hanno impugnato la pronuncia di primo grado dinanzi al Consiglio di Stato. I giudici del Palazzo Spada, con la nota

¹²⁵ Art. 14-ter L.287/1990: «Entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

L'Autorità in caso di mancato rispetto degli impegni resi obbligatori ai sensi del comma 1 può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato.

L'Autorità può d'ufficio riaprire il procedimento se:

- a) si modifica la situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si fonda la decisione;
- b) le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti;
- c) la decisione si fonda su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete inesatte o fuorvianti».

¹²⁶ Op. Cit. Laura Miccoli

sentenza n. 4773 del 22 settembre 2014, dopo aver affrontato differenti nodi interpretativi, tra cui quelli riguardanti l'idoneità degli impegni *antitrust* a rimuovere i profili di anticoncorrenzialità della condotta e il valore del sindacato del giudice amministrativo sugli impegni stessi, si sono concentrati sulla definizione del rapporto tra *private* e *public enforcement*. L'attenzione dell'autorevole giurisprudenza amministrativa è stata dapprima rivolta alla considerazione del presumibile valore probatorio dell'accertamento amministrativo compiuto dall'AGCM sia in sede di omologazione degli impegni *ex art. 14-ter* L. 287/1990, sia in sede di decisione delle infrazioni e determinazione conclusiva delle sanzioni. Per quel che riguarda il primo caso, l'autorevole collegio ha puntualizzato che le decisioni con impegni dell'Autorità *antitrust* implicano un'attività valutativa limitata rispetto a quella compiuta nei casi di adozione del provvedimento finale, dal momento che l'esame svolto dall'AGCM «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»¹²⁷. Mentre invece in riferimento all'ipotesi di accertamento di merito dell'infrazione il Consiglio di Stato si è distaccato dalle seppur autorevoli posizioni giurisprudenziali¹²⁸ che elevavano le decisioni amministrative dell'Autorità *antitrust* a «prova privilegiata» nel contesto delle azioni civili di *follow – on* per il risarcimento del danno da illeciti anticoncorrenziali. Il supremo giudice amministrativo ha infatti escluso radicalmente che il giudice civile in sede di azione risarcitoria dovesse essere vincolato nell'autonomo esercizio della funzione giurisdizionale all'accertamento dell'AGCM che quale mero atto amministrativo ha un valore probatorio sostanzialmente limitato. Condividendo in tal senso le posizioni che la

¹²⁷ Consiglio di Stato, sez. IV, n. 4393 del 2011

¹²⁸ A questo proposito ci si riferisce ad una serie di sentenze conformi della Cassazione civile tra le quali si cita la n. 3640 del 2009 nella quale la Sez. I ha puntualizzato che il materiale che la parte convenuta può allegare come prova contraria per negare la sussistenza di una propria responsabilità in sede civile non possa consistere nello stesso materiale probatorio già disatteso in sede amministrativa, posta la natura di prova privilegiata della decisione assunta in sede di procedimento pubblicistico.

Suprema Corte di Cassazione ha assunto nel 2014 con la sentenza n. 11904 nella quale ha radicalmente negato la cittadinanza nel nostro ordinamento alla categoria delle «prove privilegiate»¹²⁹, il Consiglio di Stato ha ammesso a corollario del limitato valore probatorio dell'accertamento amministrativo, che l'organo giurisdizionale non solo è assolutamente svincolato dalle risultanze delle pronunce *antitrust*, ma anche è titolare di un autonomo potere di accertamento dell'infrazione che nega qualunque forma di pregiudizialità amministrativa del procedimento dinanzi all'AGCM. Si assume dunque la legittima possibilità che il procedimento sanzionatorio di accertamento dell'illecito *antitrust* dinanzi all'AGCM, si possa svolgere in parallelo con l'azione civile di risarcimento del danno *antitrust*.

Se la pronuncia giurisprudenziale appena analizzata sembrava avesse fugato ogni ulteriore dubbio sulla discrasia tra le metodologie di tutela del *private* e *public enforcement*, la direttiva CE n. 104 del 2004 ha di contro perfezionato nuovi strumenti volti a far convergere nuovamente le due dimensioni¹³⁰. In un'ottica prettamente privatistica il legislatore comunitario, volendo semplificare l'accesso dell'attore alla prova dell'illecito *antitrust* in sede civile, ha introdotto all'art. 9¹³¹ una nuova disciplina degli effetti della decisione dell'Autorità *antitrust* nel giudizio civile di risarcimento.

¹²⁹ «Il provvedimento assunto dal Garante non è vincolante per il giudice ordinario neppure nel caso in cui abbia superato con successo il vaglio del giudice amministrativo», data «l'inesistenza nel nostro ordinamento della categoria della prova privilegiata, distinta da quella della prova legale» - Cass., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904.

¹³⁰ Op. Cit. Laura Miccoli

¹³¹ Art. 9 direttiva CE 104/2004: «Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza.

Gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti.

3. Il presente articolo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi delle giurisdizioni nazionali di cui all'articolo 267 TFUE».

La novella normativa comunitaria pone una distinzione tra le decisioni definitive¹³² adottate da parte delle Autorità nazionali della concorrenza dei diversi Stati Membri, e stabilisce che nel caso in cui la decisione venga adottata da parte dell'ANC dello Stato presso cui si svolge il giudizio civile di risarcimento, allora questa dovrà considerarsi *definitivamente accertata*. Mentre nel caso in cui si tratti di una decisione di un'ANC di uno Stato Membro differente, allora questa potrà essere considerata «*a titolo di prova prima facie*».

L'affermazione della sostanziale incidenza dell'accertamento amministrativo nelle azioni civili di *follow-on* ha portato con sé un consistente carico di critiche dottrinali e giurisprudenziali che in linea di massima si sono assestate sulla incostituzionalità delle previsioni *de qua* rispetto agli artt. 101 e 102 della Costituzione, a causa del riconoscimento ingiustificato dell'autorità di giudicato ad una decisione amministrativa con conseguente limitazione del potere giudiziario in sede di risarcimento. La norma attuativa realizzata con il d.lgs. 3 del 2017 non ha di certo appianato la controversia lasciando irrisolti moltissimi nodi interpretativi sulla possibile identificazione dell'AGCM come organo paragiurisdizionale. L'art. 7¹³³ del

¹³² Intese ai sensi dell'art. 12 della medesima direttiva si intendono quelle decisioni relative a violazioni che non possono essere impugnate con i mezzi ordinari

¹³³ Art. 7 d.lgs. 3/2017: «*Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione*

dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti

a fondamento della decisione impugnata 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. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale,

temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno.

La decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale,

d.lgs. 3/2017 opera una distinzione contenutistica delle decisioni dell'AGCM e prevede che possa essere considerata *definitivamente accertata* solo quella decisione avente ad oggetto «*la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale*», mentre per quel che riguarda l'accertamento del nesso causale e dell'accertamento del danno, è necessario che vengano provati autonomamente in sede civile.

Tuttavia, sebbene con tale disciplina il legislatore abbia definitivamente tracciato i confini della vincolatività dell'accertamento amministrativo sono rimaste sospese innumerevoli questioni utili a definire la natura dell'AGCM, come ad esempio la pregiudizialità del procedimento amministrativo, rispetto alla quale la dottrina si è divisa tra coloro i quali ritengono che si possa ravvisare un'ipotesi di sospensione facoltativa, e coloro i quali invece credono nel mero differimento della decisione civile¹³⁴.

Ulteriore questione notevolmente spinosa è quella inerente il possibile inquadramento del procedimento dell'AGCM nel principio del giusto processo secondo quanto prescritto dall'art. 6 della CEDU. Tali questioni sono state ampiamente affrontate in sede di giurisprudenza sia comunitaria che nazionale con importanti pronunce tra le quali mi sembra qui opportuno citare la sentenza sul caso Menarini del 2011 e quella sul caso Grande Stevens del 2014, nelle quali i procedimenti svolti dinnanzi alle Autorità amministrative indipendenti, rispettivamente l'AGCM e la CONSOB sono stati equiparati a veri e propri procedimenti penali.

Tuttavia, risolta in questa sede la questione sulla definitività degli accertamenti amministrativi, si rimanda a quanto trattato successivamente, per definire le ulteriori questioni da ultimi rilevate

valutabile insieme ad altre prove.

Le disposizioni del presente articolo lasciano impregiudicati le facoltà' e gli obblighi del giudice ai sensi dell'articolo 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

¹³⁴ Vd. *supra*

8. L'avvicinamento dei poteri delle ANC e degli organi giurisdizionali secondo la disciplina comunitaria; Sentenza n. C-53/2003 della Corte di Giustizia, caso *Syfait*

La preferenza del diritto comunitario per un sistema di tutela binario non è stato tuttavia assecondato dalla definizione puntuale delle caratteristiche che dovessero possedere le Autorità nazionali. Sono stati infatti i singoli ordinamenti interni a decidere liberamente la conformazione da dare agli organi deputati all'attuazione del diritto *antitrust* per il quale la prassi dell'attività giuridica ha condotto alla sostanziale assimilazione delle due forme di tutela, facendo assumere alle ANC un *modus operandi* e delle caratteristiche strutturali di natura processuale¹³⁵.

L'avvicinamento delle competenze amministrative a quelle giurisdizionali è stato favorito anche dai legami di interdipendenza sussistenti tra organi politico-amministrativi a livello comunitario e le giurisdizioni nazionali. L'esigenza di garantire un'uniforme interpretazione del diritto comunitario nonché di evitare eventuali contrasti tra le decisioni degli organi amministrativi e quelle degli organi giurisdizionali, si è tradotta, in seno all'attuazione del reg. CE 17/1962 da un lato nell'assimilazione del procedimento che si svolge dinnanzi alla Commissione a quello che si svolge invece dinnanzi ad un giudice e dall'altro lato nel vasto ruolo assegnato ai giudici nazionali¹³⁶ nell'applicazione della disciplina *antitrust*. Il regolamento CE 1/2003, invece, al fine di migliorare l'uniformità applicativa del diritto *antitrust* ha innanzitutto incrementato i meccanismi di cooperazione tra le ANC¹³⁷ delle quali,

¹³⁵. *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*- Lorenzo F. Pace, Jovene Editore 2013.

¹³⁶ La sent. *Delimitis* C-234/89 ha previsto che i regolamenti di esenzione di cui allora art. 81.3 potessero essere direttamente applicabili da parte del giudice nazionale. Data la competenza esclusiva della Commissione in tema di esenzioni ex art. 81.3 prevista dal reg. CE 17/1962 la Corte di Giustizia europea introdusse una specifica regola interpretativa che si sostanzia nel divieto assoluto di interpretazione estensiva ed analogica dei regolamenti di esenzione, salvaguardando in questo modo sia la competenza esclusiva della Commissione. – op. Cit. *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Angelo Lalli, Editoriale scientifica, Napoli 2008

¹³⁷ Costituzione delle Rete europea della Concorrenza, vd. Cap. I.

stavolta ha tuttavia definito i poteri¹³⁸. L'intensificazione delle forme di cooperazione non si è manifestata solo a livello amministrativo, in riferimento al quale le ANC e di riflesso anche i giudici si sono resi realmente partecipi dell'elaborazione comune del diritto della concorrenza, ma ha riguardato anche i rapporti tra le autorità giurisdizionali e amministrative a livello comunitario: è stato infatti previsto un obbligo di scambio di informazioni tale che la Commissione è tenuta, nello svolgimento del proprio ruolo di *amicus curiae*¹³⁹, a fornire ai giudici tutte le informazioni in suo possesso utili all'applicazione del diritto *antitrust*. Alla Commissione è stato inoltre attribuito il potere di presentare osservazioni scritte nelle procedure che si svolgono dinnanzi agli organi giurisdizionali potendo eventualmente richiedere l'invio dei documenti che si ritengano necessari alla valutazione del caso nonché l'invio delle sentenze inerenti l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFEU. *In apicibus* il ruolo della Commissione, quale garante dell'applicazione uniforme del diritto *antitrust* comunitario, si è tradotto nel divieto imposto ai giudici nazionali dal già citato art. 16 del Reg. CE 1/2003 di prendere decisioni in contrasto con quanto sia già stato deciso dalla Commissione. A tale proposito merita sicuramente puntualizzare come nella disamina circa l'effettiva equiparazione dei poteri amministrativi delle ANC e quelli giurisdizionali dei giudici un importante discriminazione emerge con riferimento all'obbligo delle ANC di conformarsi alle decisioni della Commissione, mentre per gli organi giurisdizionali non esiste alcun vincolo formale di rispetto del precedente della Commissione.

La rilevante equipollenza tra i poteri delle Autorità Amministrative della Concorrenza e gli organi giurisdizionali ha portato la giurisprudenza della Corte di Giustizia a ritenere che il regolamento CE 1/2003 “*autorizzi gli Stati membri ad attribuire i compiti di un'autorità per la concorrenza ad organi dotati di caratteristiche*

¹³⁸ Art. 5 Reg. CE 1/2003 «Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato in casi individuali. A tal fine, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, possono adottare le seguenti decisioni: ordinare la cessazione di un'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni, comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale. Qualora, in base alle informazioni di cui dispongono, non sussistono le condizioni per un divieto, possono anche decidere di non avere motivo di intervenire».

¹³⁹ Vd. *Supra* Cap. I.

giurisdizionali e contiene disposizioni intese a preservare l'indipendenza di tali organi". Una simile previsione di rigida interdipendenza tra organi con potere amministrativo e organi con potere giurisdizionale non prevede tuttavia come corollario la condivisione di competenze e poteri: è la stessa Corte di Giustizia europea a rispondere negativamente al quesito sulla possibilità che un'Autorità *antitrust* venga considerata come una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 267 TFEU¹⁴⁰, dal momento che sussiste per la Commissione il potere di far venir meno la competenza di tale Autorità a seguito della decisione di avviare una procedura *ex art. 11.6 Reg. 1/2003*¹⁴¹. Tra le pronunce comunitarie con cui la Corte di Giustizia si è espressa sulla questione¹⁴², merita di essere menzionata la pronuncia n. C-53/2003 emessa il 31 maggio 2005 dalla Corte di giustizia europea la quale investita di un rinvio

¹⁴⁰ Si tratta del potere di rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia europea che viene riconosciuto dal legislatore comunitario unicamente ai giudici nazionali titolari di un potere giurisdizionale.

Art. 11.6 Reg. CE 1/2003: «La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

1. sull'interpretazione dei trattati;
2. sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile. Art. 267 TFEU

¹⁴¹ Si tratta della definizione del potere di avocazione della Commissione nei confronti della Autorità amministrativa il quale costituisce un chiaro indice della scarsa "giurisdizionalità" dei poteri delle ANC: L'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato. Qualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il procedimento unicamente previa consultazione di quest'ultima».

¹⁴² Si ricorda la pronuncia della Corte di Giustizia resa il 4 giugno 2007, causa C- 246/05, Häupl, in in Racc. 2007, p. I-4673 , di cui non verrà svolta trattazione nel testo.

pregiudiziale dall'*Epitropi Antagonismou*¹⁴³ per l'interpretazione dell'art. 82 TCE¹⁴⁴, ha inserito un interessante spunto di riflessione sulla natura giurisdizionale dell'*Epitropi Antagonismou* ed estensivamente delle ANC degli Stati Membri. Il caso ha visto come parti principali la Syfait, associazione di farmacisti avente sede nel territorio ellenico, la cui attività consisteva nella gestione di un magazzino in comune di medicinali acquistati da diverse società farmaceutiche al fine di garantire un costante rifornimento dei loro membri; due associazioni di grossisti di medicinali aventi sede nel territorio ellenico, la PFS¹⁴⁵ e la Interfarm; e per ultimo la GlaxoSmithLine A EVE, che importava e distribuiva prodotti farmaceutici in Grecia che operava sotto il controllo GlaxoSmithKline PLC, con sede nel Regno Unito. La GlaxoSmithLine A EVE venne condannata in via cautelare da parte dell'*Epitropi Antagonismou*, secondo il quale integrava la fattispecie di abuso di posizione dominante, vietata ai sensi dell'art. 82 del TCE, la soluzione adottata dall'azienda farmaceutica inglese finalizzata a bloccare il commercio parallelo¹⁴⁶ di farmaci tra la Grecia e il resto degli Stati Membri, consistente nell'arbitraria esecuzione parziale degli ordinativi dei grossisti ellenici sopracitati. L'ANC greca, investita sia del ricorso di Syfait e dei grossisti, sia della richiesta di GSK A EVE di attestazione negativa del suo rifiuto di coprire più del 125% del fabbisogno greco di medicinali, propose rinvio alla Corte di Giustizia al fine di accertare se il rifiuto della GSK A EVE di soddisfare integralmente gli ordinativi che le venivano inoltrati dai grossisti di medicinali potesse integrare un abuso di posizione dominante *ex art. 82 TCE* e se sulla soluzione della questione

¹⁴³ Commissione ellenica per la concorrenza che rappresenta l'organo ellenico corrispondente all'italiana Autorità garante del mercato e della concorrenza.

¹⁴⁴ Oggi le disposizioni contenute nell'art. 82 del TCE sono disciplinate dall'art. 102 del TFEU.

¹⁴⁵ *Panellinos syllogos farmakapothikarion*

¹⁴⁶ "L'importazione parallela di medicinali nei Paesi Europei è un fenomeno di arbitraggio nel quale soggetti economici specifici acquistano farmaci in Paesi dove costano meno per rivenderli in Paesi dai prezzi più elevati, dopo averli nella maggior parte dei casi rietichettati nella lingua locale. Si tratta di un fenomeno sviluppatosi negli ultimi dieci-dodici anni e favorito dalla EU nello spirito della prevalenza della libera circolazione intracomunitaria delle merci, la cui giurisprudenza si è costruita attraverso le sentenze delle Corti di Giustizia EU e la cui regolamentazione è stata meglio definita con una comunicazione della EC alla fine del 2003. Dal punto di vista economico il mercato parallelo dei farmaci si stima ammonti a circa il 7% del mercato farmaceutico continentale, ovvero a circa 10 miliardi di euro." - *Il parallel trade dei farmaci in Europa*, Fabrizio Gianfrate, www.farmaciovirtuale.it.

potesse eventualmente influire nei termini di un contemperamento degli interessi un giudizio sugli effetti positivi che il commercio parallelo avrebbe eventualmente prodotto per i grossisti ellenici nonché per i consumatori.

Aldilà del merito delle questioni inerenti strettamente al diritto della concorrenza, ai fini della presente trattazione, l'importanza della pronuncia cui si fa qui riferimento si riferisce alle motivazioni che la Corte di Giustizia ha addotto a corredo del proprio rigetto in rito del rinvio pregiudiziale per incompetenza a risolvere le questioni sottoposte dall'*Epitropoi Antagonismou*. La Corte di Giustizia nel suo giudizio di incompetenza, asserendo la necessaria natura giurisdizionale dell'organo remittente, sulla base delle precedenti giurisprudenze¹⁴⁷, ha delineato le caratteristiche che deve possedere un giudice ai sensi dell'art. 267 TFEU, individuate nell'origine legale dell'organo, nel suo carattere permanente, nell'obbligatorietà della sua giurisdizione, nella natura contraddittoria del procedimento svolto dinnanzi allo stesso, nel fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente. Un ulteriore requisito ritenuto necessario dalla Corte è rappresentato dal fatto che i giudici possono adire la Corte solo se sono stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia giurisdizionale¹⁴⁸. Un'attenta analisi comparativa delle caratteristiche dell'ANC ellenica ha consentito alla Corte di rilevare che nonostante l'indipendenza personale nell'esercizio delle sue funzioni, l'*Epitropoi Antagonismou* risulta sempre soggetta alla tutela del Ministro dello Sviluppo, titolare del potere di

¹⁴⁷ Cfr. Punto 23, sent. 17 settembre 1997, C-54/96 Per valutare se l'organo remittente possenga le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 177 del Trattato, questione unicamente di diritto comunitario, la Corte tiene conto di un insieme di elementi quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente. E poi ancora si ricordano per eguaglianza di contenuto: 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa e a., Racc. pag. I-1577, punto 33; 30 novembre 2000, causa C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Racc. pag. I-10497, punto 24, e 30 maggio 2002, causa C-516/99, Schmid, Racc. pag. I-4573, punto 34.

¹⁴⁸ Cfr. Punto 14, sent. 12 novembre 1998, C-134/97, a questo proposito, occorre rammentare che discende da una giurisprudenza costante che i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi ad essi sia pendente una lite e se essi siano stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale.

controllare la legittimità delle sue decisioni. A ciò si aggiunge che trattandosi di un'ANC, l'*Epitropi* è chiamata a lavorare in stretta collaborazione con la Commissione, essendo dunque soggetta all'avocazione della competenza a decidere ai sensi dell'art. 11.6¹⁴⁹ del TCE. La Corte conclude dunque con l'affermazione del principio secondo cui: «*Ogni volta che la Commissione priverà della sua competenza un'autorità nazionale garante della concorrenza quale l'Epitropi Antagonismou, il procedimento avviato dinanzi a quest'ultima autorità non si risolverà in una pronuncia di carattere giurisdizionale*» – Punto 36 C-53/2003¹⁵⁰».

Sebbene appaia evidente nel sistema un *favor* nei confronti di un modello di amministrazione nazionale di concorrenza che acquisisca alcune caratteristiche tipiche della giurisdizione, quali appunto indipendenza, imparzialità, adozione di procedure che rispettino il principio del giusto processo, si può rinvenire un chiaro limite alla totale assimilazione alla giurisdizione nel potere di avocazione della Commissione, come evidenziato nel *supra* citato caso da parte della Corte di Giustizia¹⁵¹.

9. **Giurisdizionalizzazione dell'Autorità antitrust**

La costituzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha rappresentato nel nostro ordinamento un'importante svolta per il sistema burocratico amministrativo della concorrenza, che, come è stato già più volte affermato, ha espresso la sua preferenza per un sistema di tutela di natura amministrativa piuttosto che giurisdizionale¹⁵². Il processo di introduzione delle autorità amministrative

¹⁴⁹ Cfr. nota n.41

¹⁵⁰ Cfr. C-53/03, 31 maggio 2005 Corte di Giustizia, punti n.29, 30,34, 36.

¹⁵¹ Op. Cit. *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Angelo Lalli, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, pp. 141

¹⁵² Con il d.lgs 146/2007, attuativo della direttiva CE n. 29/2005, il legislatore italiano conferma la sua scelta per un sistema di tutela di carattere amministrativo, piuttosto che giurisdizionale. Il decreto *supra* citato ha introdotto nel nostro ordinamento la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori superando i confini ristretti della disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa regolata dal d.lgs 145/2007. Il decreto ha ridisegnato l'assetto di tutela attribuito all'AGCM.

indipendenti all'interno del nostro ordinamento non è stato maturato sulla base di concezioni teoriche coerenti e mature, derivando piuttosto dalle soluzioni pragmatiche e parziali che sono state adottate dal nostro legislatore per rispondere a specifici problemi o sociali o di mercato. L'assenza di un coerente assetto di regolamentazione del sistema è resa evidente dal fatto che il legislatore non si sia mai impegnato a fornire una qualificazione normativa delle autorità, diversamente da quanto invece si è verificato in Francia in cui ad una più lineare accettazione politica del fenomeno il legislatore ha risposto con l'istituzionalizzazione formale delle trenta autorità amministrative indipendenti presenti nell'ordinamento. Il vero valore dell'introduzione del sistema delle autorità amministrative indipendenti può essere realmente apprezzato solo qualora si realizzi che tale novità ordinamentale ha segnato l'abbandono delle velleità dirigistiche di uno Stato che «guida l'economia» per abbracciare invece un modello di mercato regolato in cui lo Stato ergendosi quale «regolatore dell'economia»¹⁵³. L'inserimento delle AAI nell'organico burocratico del nostro ordinamento ha creato un sistema di tutela degli interessi pubblici collettivi affidato ad autorità caratterizzate dall'indipendenza e dalla imparzialità il cui progressivo avvicinamento alle forme giurisdizionali può essere giustificato dalla necessità di trovare una legittimazione all'interno dell'ordinamento liberale, in cui la definitiva separazione tra politica e amministrazione ha visto per la prima volta l'imposizione di

Secondo la previgente disciplina la competenza dell'Autorità coincideva con il controllo della pubblicità ingannevole e comparativa e aveva perciò ad oggetto esclusivamente i messaggi diffusi nell'esercizio di un'attività imprenditoriale allo scopo di promuovere lo scambio di beni e servizi, tutelando in questo modo sia i soggetti che svolgessero un'attività imprenditoriale che i consumatori in genere, dal momento che considerava «vittime» del carattere ingannevole del messaggio pubblicitario sia le persone fisiche che le persone giuridiche. La direttiva CE n. 29/2005 ha invece separato le competenze a seconda che esse siano rivolte alla tutela dei consumatori, restrittivamente individuati come persone fisiche, o agli interessi dei professionisti, definiti genericamente come persone giuridiche. Ora la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa è dedicata esclusivamente alla tutela dei professionisti cui il legislatore ha conferito un autonomo rilievo con il d.lgs.145/2007 che attribuisce anche in questo caso competenza all'AGCM. L'autorità antitrust è in merito titolare di poteri inibitori nonché sanzionatori. – *Manuale del diritto dei consumatori*, Antonio Catricalà e Maria Pia Pignalosa, Dike giuridica, 2013

¹⁵³ Op. Cit. *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Nino Longobardi, G.Giappichelli editore, Torino 2009, pp. 88.

una «neutralizzazione» dei settori di mercato¹⁵⁴. L'avvicinamento del *modus operandi* delle amministrazioni ai meccanismi di garanzia giurisdizionale, quali contraddittorio, trasparenza, motivazione autorevole, se da un lato ha garantito una maggiore accettazione del sistema, grazie anche al soddisfacimento delle istanze democratiche di tutela degli interessi collettivi, dall'altro tuttavia ha creato forme di confusa assimilazione degli organi amministrativi con quelli giurisdizionali, producendo questioni che un'insipida giurisprudenza non è riuscita a definire nettamente.

L'assimilazione dell'Autorità *antitrust*, così come di tutte le altre più importanti Autorità amministrative indipendenti (Consob, Isvap, Garante per la tutela dei dati personali) agli organi giurisdizionali, è collegata principalmente all'attribuzione a tali istituzioni dell'indipendenza, dell'imparzialità dell'azione e del ruolo di organo *super partes* che qualificano, all'interno dei moderni ordinamenti, l'autorità giudicante¹⁵⁵. Con riguardo all'Autorità garante del mercato e della concorrenza l'assoluta neutralità delle funzioni e l'indipendenza dal potere politico-governativo hanno indotto la dottrina a qualificarla come organo a carattere “paragiurisdizionale”, avvalorando dunque *una pericolosa idea di estraneità delle autorità amministrative indipendenti dalla pubblica amministrazione* (cit. Nino Longobardi). All'interno del nostro ordinamento l'evoluzione normativa e regolamentare del sistema delle autorità amministrative indipendenti si è sviluppata nel segno di una concezione garantista e partecipata dell'esercizio delle funzioni amministrative, per le quali si è previsto un sistema “regolativo – giustiziale” basato sul rispetto del principio costituzionale e comunitario del giusto procedimento¹⁵⁶ il quale richiede che sia garantita da un lato

¹⁵⁴ Op. Cit. Nino Longobardi.

¹⁵⁵ Come è stato rilevato all'interno della *Commissione sulla modernizzazione delle istituzioni*, tenutasi il 18 giugno 1985, presieduta da Franco Piga, la cui relazione è contenuta nella Rivista trimestrale della scienza amministrativa del 1985, pp. 85

¹⁵⁶ Cfr. Art. 111 Costituzione commi 1 e 2:

«La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata».

Art. 6 CEDU comma 1:

l'indipendenza e l'imparzialità organizzativa¹⁵⁷ e dall'altro il rispetto del principio del contraddittorio. Il suddetto sistema regolativo – giustiziale¹⁵⁸ ha garantito il successo del sistema delle autorità amministrative indipendenti dal momento che, nell'insufficienza del sistema rappresentativo tradizionale, la realizzazione di un processo trasparente e partecipativo ha favorito il radicamento dell'innovativo meccanismo di tutela degli interessi dei cittadini organizzato sulla base di “*sottoinsiemi*”¹⁵⁹ in cui il compito di tutela è attribuito alle *authorities*, autorità

«Ogni persona ha diritto 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. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia».

¹⁵⁷ «L'indipendenza dei membri delle autorità rispetto alle parti e l'imparzialità obiettiva dell'organo deliberante, che implica l'osservanza del principio della separazione tra le funzioni di istruzione e quelle di giudizio all'interno delle autorità». Cit. *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie* – Nino Longobardi, Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia, e di scienza dell'amministrazione.

¹⁵⁸ Secondo l'autorevole autore citato nella nota successiva, il sistema regolativo-giustiziale si basa su tre elementi:

1. La funzione istituzionale di regolazione, posto che la funzionalità della regolazione indipendente sulla base della quale si garantisce la regolazione di un settore o di una materia al fine di proteggere gli interessi dei cittadini, dipende dal conferimento di un mandato da parte dell'organo politico;
2. La partecipazione all'elaborazione delle regole e l'amministrazione contenziosa: si afferma infatti un modello di decisione *amministrativa* come risultato di procedimenti e sub-procedimenti amministrativi contenziosi implicanti la presenza di un conflitto di interessi delle parti, tra le quali si posiziona la stessa autorità titolare dell'interesse collettivo. Non vi sarà dunque più l'interesse mero al contenuto del provvedimento amministrativo, ma si registrerà piuttosto l'interesse alla risoluzione del conflitto cui l'atto decisionale dà soddisfazione.
3. L'imparzialità oggettiva e la separazione tra le funzioni decisorie ed istruttorie. La struttura organizzativa delle autorità amministrative viene inevitabilmente influenzata dalle tendenze giustiziali dei meccanismi di funzionamento dell'autorità stessa sia per quanto riguarda la composizione dell'organo in sé, per cui si rimanda a quanto detto *supra* in tema di organizzazione, sia per quanto riguarda la separazione dei poteri istruttori e decisionali. – Op. Cit. *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Nino Longobardi, G.Giappichelli editore, Torino 2009, pp.252.

¹⁵⁹ Definizione fornita da Nino Longobardi in *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*.

amministrative indipendenti dal potere politico seppur, come si vedrà di seguito, non assimilabili a un organo giurisdizionale¹⁶⁰. Nell'esercizio dei suoi poteri anche l'AGCM al pari della Commissione agisce seguendo un *modus operandi* processuale¹⁶¹: il procedimento di accertamento degli illeciti, distinto in una prima fase istruttoria finalizzata alla valutazione della necessità di aprire il procedimento e in una seconda fase di svolgimento delle indagini finalizzate all'accertamento delle infrazioni, si dipana nel rispetto del contraddittorio delle parti necessarie, le quali, assieme alle parti eventuali la cui partecipazione è principalmente funzionale all'esercizio delle funzioni istruttorie¹⁶², sono legittimate nella terza fase del procedimento a presentare le proprie difese, nel pieno rispetto dei principi costituzionali di cui all'artt. 24 e 111 Cost.. Sebbene nell'esercizio del potere di verifica delle infrazioni agli artt. 2 e 3 della L. 287/1990 l'Autorità proceda d'ufficio, in quanto i suoi poteri sono essenzialmente preordinati alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica e non alla garanzia di posizioni individuali degli operatori del libero mercato,¹⁶³ si accoglie un'accezione ampia di contraddittorio che coinvolge non solo le parti necessarie del procedimento,

¹⁶⁰ Op. cit. *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Nino Longobardi, G. Giappichelli editore, Torino 2009, pp. 150.

¹⁶¹ La precedente normativa sull'attuazione delle norme sulla concorrenza dettata dal regolamento CE 17/1962 prevedeva la centralità del ruolo della Commissione la quale, secondo la giurisprudenza comunitaria (cfr. Causa T-77/95, 15 gennaio 1997, racc. 1997, p. II-1), è chiamata a "vigilare sull'applicazione delle norme in materia di concorrenza e di contribuire all'istaurazione di un regime di concorrenza non alterata nel mercato comune ai sensi dell'art. 3, comma 2 lett. G TCE" e che, in seguito all'introduzione del reg. CE 1/2003, svolge tale ruolo attraverso procedure di accertamento delle violazioni delle regole di concorrenza da parte dei privati nonché nell'esercizio di poteri di indirizzo interpretativo e di controllo sull'attività delle ANC, sulla base di un meccanismo burocratico di decentramento delle competenze a livello nazionale. Nell'esercizio del suo ruolo la Commissione era ed è chiamata anche secondo l'attuale disciplina a rispettare moduli di natura processuale che richiedono nel corso dei procedimenti l'attuazione del pieno contraddittorio delle parti, la garanzia delle parti di accesso agli atti nonché la sottoposizione a controlli di legittimità per incompetenza e violazione delle norme sostanziali. In primo grado giudica il Tribunale di prima istanza e in sede d'appello la Corte di Giustizia che è giurisdizione di diritto e valuta il difetto di giurisdizione e/o competenza del Tribunale, i vizi di procedura o la violazione del diritto comunitario, non procedendo tuttavia al riesame dei fatti. *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*. Angelo Lalli, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, pp. 166.

¹⁶² Viene accolta un'accezione di contraddittorio piuttosto ampia, dal momento che seppure nella verifica delle infrazioni ai divieti di cui artt. 2 e 3 della L. 287/1990 l'Autorità proceda d'ufficio.

¹⁶³ Cfr. Tar Lazio, I, n. 2216/1997.

vale a dire coloro contro le quali si emetterà il provvedimento e per le quali è doverosa la tutela del diritto di difesa¹⁶⁴, ma riguarda anche le parti eventuali la cui posizione rileva in termini di arricchimento dell'istruttoria, strumentale alla comprensione dei fatti rilevanti per l'accertamento delle infrazioni e funzionale a garantire una ricostruzione più ampia del contesto di riferimento necessaria alla più corretta valutazione delle condotte illecite¹⁶⁵.

La *giurisdizionalizzazione* delle autorità amministrative passa anche attraverso il riconoscimento alle stesse del potere di irrogare sanzioni amministrative, non dissimile da quello conferito al giudice; l'attribuzione alle Autorità amministrative di tale funzione ha implicato una sempre maggiore assimilazione dell'organo amministrativo a quello giurisdizionale perché, seppur le sanzioni amministrative siano diverse da quelle penali, la cui erogazione compete esclusivamente l'autorità giurisdizionale, non si può di certo ignorare che il necessario rispetto di una struttura contenziosa del procedimento sanzionatorio di accertamento delle infrazioni anticoncorrenziali, come *supra* trattato, non può non far pensare all'allontanamento delle autorità amministrative dal modello di organi esclusivamente amministrativi¹⁶⁶.

10. La svolta giurisprudenziale della Sentenza della Corte Costituzionale n. 13 del 2009: il ruolo maieutico dell'AGCM

Lo studio sulla natura giurisdizionale delle Autorità amministrative indipendenti e nello specifico dell'AGCM merita l'analisi di una recentissima sentenza della Corte Costituzionale la quale sapientemente dissipa i fondati dubbi di studiosi ed interpreti sulla qualificazione dei poteri dell'autorità *antitrust* come competenze giurisdizionali.

¹⁶⁴ Art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vd. Nota n.69

¹⁶⁵ Op. Cit. – *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Angelo Lalli, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, pp. 166.

¹⁶⁶ *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie* – Nino Longobardi, Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia, e di scienza dell'amministrazione, pp. 9.

La sentenza n. 13 del 2019 è stata emessa dal collegio della Corte Costituzionale all'esito di un giudizio di inammissibilità della questione di illegittimità costituzionale sollevata dalla Autorità garante della concorrenza del mercato, la quale nutriva dubbi sulla legittimità costituzionale degli artt. 93-ter, comma 1-bis, l. 89/2013 *Sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili*, e 8, comma 2, della legge 287/1990, in riferimento agli artt. 3, 41 e 117, primo comma della Costituzione, in quanto, nel rispetto della normativa introdotta dall'art. 93-ter, agli atti funzionali all'avvio del procedimento disciplinare si deve applicare l'art. 8 comma 2 della l. 287/1990 in forza del quale le norme sul procedimento sanzionatorio per violazione degli artt. 2 e 3 della legge sulla concorrenza non si applicano alle imprese che esercitano la gestione di servizio di interesse economico generale, definizione che il Consiglio notarile di Milano ha ritenuto adeguata ai casi in cui lo stesso quale organo titolare di competenze disciplinari si trovi ad assumere iniziativa di relativo procedimento disciplinare. Il provvedimento di rimessione riguardava gli esiti di un procedimento istruttorio avviato nel gennaio 2018 da parte dell'AGCM nei confronti del Consiglio notarile di Milano, cui si contestava di aver posto in essere condotte restrittive della concorrenza, in violazione dell'art. 2 l. 287/1990, realizzate attraverso richieste ai notai di fornire dati “*concorrenzialmente*” sensibili, nonché attraverso iniziative disciplinari nei confronti dei notai maggiormente produttivi ed “*economicamente performanti*”, poste in essere dall'organo sindacale al fine di evitare livelli eccessivi di “*sperequazione*” nella distribuzione del lavoro e le possibili ripercussioni negative per la categoria professionale¹⁶⁷. Per quel che interessa la questione inerente la determinazione della natura di organo giurisdizionale, sicuramente interessanti sono le considerazioni svolte da parte della rimettente a sostegno della legittimazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale. L'AGCM ha prioritariamente fondato la tesi sulla sua appartenenza alla categoria ordinamentale degli organi giurisdizionali sull'interpretazione estensiva, prodotta dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, dei requisiti soggettivo e oggettivo del

¹⁶⁷ <http://www.giurcost.org>

giudice e del *giudizio* in seno al quale deve emergere il dubbio di legittimità costituzionale, ritenuti necessari alla proposizione della questione di legittimità costituzionale dalla L. 1/1948¹⁶⁸ sulle *Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sul funzionamento della Corte Costituzionale*. Ai sensi della predetta norma, dal momento che l'interesse pubblico alla certezza del diritto deve essere considerato preminente rispetto al richiesto requisito oggettivo¹⁶⁹ del *giudizio*, si può ammettere un'estensione della legittimazione ex art. 1 L. 1/1948 anche ad organi che non agiscono nell'ambito di un procedimento giurisdizionale e che estensivamente non sono giudici, così come è stato eccezionalmente ammesso nella sentenza della Corte Costituzionale n.4 del 1956, con la quale sono state estese le competenze degli organi giurisdizionali anche al Pretore¹⁷⁰, in accordo con una disciplina speciale della Provincia di Bolzano dettata dalla l. 1/1954¹⁷¹. L'AGCM puntualizza infatti come nella sentenza sopracitata

¹⁶⁸Art. 1 L. 1/1948: «*La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione*».

¹⁶⁹ «*Se è vero che il nostro ordinamento ha condizionato la proponibilità della questione di legittimità costituzionale alla esistenza di un procedimento o di un giudizio, è vero altresì che il preminente interesse pubblico della certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme con l'altro dell'osservanza della Costituzione, vieta che dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi (categorie del resto dai confini sovente incerti e contestati), si traggano conseguenze così gravi. Si può dire, anche, che la proponibilità alla Corte costituzionale di una questione di legittimità costituzionale dipenda non dalla qualificazione del procedimento in corso, ma dalla circostanza che il giudice (contenzioso o volontario che sia il processo) ritenga fondato il dubbio della legittimità costituzionale della legge che egli deve attuare. Del che, del resto, è riprova la inaccettabile conseguenza dell'opposta interpretazione, che sarebbe quella di un giudice costretto (incompetente come egli è a giudicare della costituzionalità della legge) ad applicare una legge, rispetto alla quale egli ritiene manifestamente fondata la questione di legittimità costituzionale*». - Sent. Corte Costituzionale n. 129/1957.

¹⁷⁰«*Niuno dubbio che il disposto di questo art. 25 dovrebbe considerarsi viziato di illegittimità costituzionale, se si mettesse in relazione soltanto coi disposti dell'art. 108 della Costituzione e degli artt. 4 e 11, primo comma, dello Statuto della Regione Trentino-Alto Adige.*

Ma a diversa soluzione si deve arrivare, nel senso cioè di escludere il vizio di illegittimità costituzionale del detto art. 25, se si tiene presente che l'art. 11 dello Statuto per la Regione Trentino-Alto Adige, dopo la norma generale del primo comma, detta precisamente al n. 9 una disposizione particolare, con la quale, in riguardo alla materia dei "masi chiusi", deroga ai principi sopra esposti dall'art. 108 della Costituzione e dagli artt. 4 e 11, primo comma, dello Statuto per il Trentino-Alto Adige». – Sent. Corte Costituzionale n. 4/1956.

¹⁷¹ Tale pronuncia rientra nel meccanismo di *defascistizzazione* secondo cui la Corte Costituzionale al fine di sradicare dall'ordinamento tutte le disposizioni normative che collidevano con il nuovo

la Corte Costituzionale al fine di definire la legittimazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale abbia messo in luce come il sindacato di legittimità non si riferisca al sindacato astrattamente considerato, quanto piuttosto ai fatti concreti cui si rende necessario applicare le norme costituzionali; per cui il requisito soggettivo del «giudice» che svolge le proprie funzioni nell'ambito di un procedimento *giurisdizionale* può essere riferito a chiunque sia stato investito dall'ordinamento della funzione giudicante e sia posto in una posizione di *super partes*¹⁷², come recentemente è stato confermato in giurisprudenza con la sentenza n. 376/2001 della Corte Costituzionale.

Diverse sono le circostanze che consentono all'AGCM di potersi considerare appartenente alle categorie giurisdizionali *supra* descritte: prime tra tutte la qualità di organo dotato di indipendenza, neutralità e terzietà, come è facile rilevare dalla durata limitata del mandato dell'Autorità, nonché dalla sua inamovibilità¹⁷³. Inoltre, si rileva come nell'esercizio dei suoi poteri di accertamento e di quelli sanzionatori agisca quale autorità di garanzia di un principio di stirpe costituzionale quale quello della concorrenza del libero mercato, non essendo preposta come la maggior parte delle altre Autorità, alla regolazione di uno specifico settore economico. Infine, chiara evidenza del carattere di neutralità dell'organo è data dalla separazione dei poteri istruttori del Segretario generale che dirige gli uffici che effettuano le contestazioni e che si occupano della parte istruttoria, da quelli decisionali del Collegio. Per tali ragioni l'Autorità non assume decisioni che siano espressione di discrezionalità amministrativa¹⁷⁴: l'AGCM al pari di un giudice si impegna nell'applicazione

ordinamento costituzionale, iniziò a riconoscere come giudici remittenti tutti i soggetti che fossero chiamati a risolvere controversie tra le parti. - Malfatti, Panizza, Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, pp. 3.

¹⁷² Cfr. paragrafo n. 8 Cap. II

¹⁷³ Cfr. l. 287/1990

¹⁷⁴ «Per discrezionalità amministrativa si intende la ponderazione comparativa di più interessi secondari (che possono essere sia pubblici che privati) in ordine ad un interesse pubblico primario, costituito dall'interesse pubblico per la cui tutela la legge ha attribuito il potere amministrativo alla P.A.

oggettiva della legge e nel corso dei suoi procedimenti si attiene ai principi del giusto processo realizzando un contraddittorio pieno tra le parti. Come ultima considerazione decisiva l'AGCM rileva come il riconoscimento della legittimazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale, secondo cui l'Autorità dovrebbe poter essere riconosciuta come giudice «*ai limitati fini*» dell'art. 1 L. 1/1948, consentirebbe anche di evitare che nell'ordinamento si creino «zone franche» di norme che possono non essere soggette al giudizio di legittimità costituzionale.

La Corte Costituzionale nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dall'AGCM per difetto di legittimazione del remittente, ha analizzato *funditus* la questione circa il riconoscimento dell'*antitrust* quale organo giurisdizionale. Il giudice delle leggi è partito da una ricostruzione del giudizio costituzionale sulle nozioni di «giudice» e di «giudizio» più puntuale di quella riportata dall'AGCM nelle memorie depositate a difesa della sua legittimazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale *ex art. 1* della L. 1/1948, puntualizzando che un'interpretazione elastica di tali concetti, simile a quella della sentenza n. 129/1957 riportata dall'AGCM, venga impiegata per attrarre al controllo di costituzionalità aree che altrimenti ne resterebbero escluse ovvero per ammettere al sindacato della Corte Costituzionale leggi che, come quella inerente i procedimenti disciplinari del Consiglio notarile di Milano, più difficilmente verrebbero sottoposte al suo giudizio, in tal modo garantendo un rispetto pieno del principio di costituzionalità. Tuttavia, se tale copertura delle «zone d'ombra» del diritto viene mutuato dal riconoscimento del potere di sollevare questione di legittimità costituzionale anche ad organi che non sono incardinati in un ordine giudiziario, la Corte specifica che i requisiti essenziali per utilizzare le categorie del giudice o del giudizio «*ai limitati fini*» della legittimazione

La presenza del vincolo del fine non consente alla P.A. di trasformare il potere discrezionale in un potere esercitabile in modo pienamente libero. Infatti, attraverso l'accertamento di eventuali vizi di eccesso di potere è possibile sindacare il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa individuando le eventuali ipotesi di violazione di legge. – Definizione fornita dal Prof. S. Alberto Romano, docente ordinario di Diritto Amministrativo presso la LUISS Guido Carli, durante le lezioni di Diritto Amministrativo, anno 2017.

ex art. 1 L.1/1948, non risiedono solo nell'esercizio di funzioni giudicanti come organi *super partes*, elemento di forza delle argomentazioni dell'AGCM, ma anche sul necessario requisito della *terzietà* che la Corte in conclusione non riconosce all'Autorità rimettente. Le argomentazioni sulla carenza di tale requisito si ancorano principalmente a quanto stabilito agli artt. 133 e 134¹⁷⁵ dell'Allegato I del d.lgs. 104/2010 che nel prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui ricorsi aventi ad oggetto i provvedimenti adottati dall'AGCM, definiscono l'Autorità come parte resistente del procedimento amministrativo. La titolarità di un interesse alla causa da decidere esclude ontologicamente la qualificazione di «parte terza», stabilendo in tal modo un'irriducibile incompatibilità tra la posizione del giudice, organo terzo e imparziale, e quella dell'AGCM, parte processuale nel giudizio avverso i propri provvedimenti e in quanto tale portatrice dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza nel libero mercato. Il giudice delle leggi, seppur ammetta che nell'ambito del procedimento *antitrust* il contraddittorio non si differenzi da quello del procedimento classico, smentisce quanto argomentato dall'AGCM in riferimento alla qualificazione dei poteri esercitati dall'Autorità, in quanto afferma che al pari delle altre *authorities* del nostro ordinamento, anche l'Autorità garante del mercato e della concorrenza esercita un potere di discrezionalità amministrativa e non di pura e obiettiva applicazione della legge, essendo chiamata ad effettuare un contemperamento tra l'interesse primario alla tutela del mercato e quelli privati eventualmente in gioco; ciò emerge in particolar modo dalle disposizioni previste dalla L. 87/1990 con

¹⁷⁵ Art. 133 comma 1 lett. 1, Allegato I d.lgs 104/2010 «[...] le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dagli Organismi di cui agli articoli 112-bis, 113 e 128-duodecies del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209[...]».

riferimento alle autorizzazioni in deroga di intese vietate nonché dal ruolo di accettazione degli impegni e dei cosiddetti programmi di clemenza.

Posto tanto, il giudice delle leggi puntualizza inoltre che un'eventuale estensione della legittimazione a sollevare quesito di illegittimità costituzionale anche all'AGCM avrebbe condotto ad una scelta assolutamente incostituzionale in quanto si sarebbe posta in contrasto con la norma dell'art. 102 della Costituzione la quale vieta l'istituzione di giudici speciali.

Alla luce delle posizioni assunte dalle parti e dalla Corte in seno a tale sentenza che costituisce l'*alter ego* nazionale della sentenza Syfait della Corte di Giustizia europea (di cui *supra*) è possibile riflettere più compiutamente sull'identità giuridica dell'Autorità, questione dibattuta da un'oscillante giurisprudenza che, talvolta deduce dall'indipendenza e imparzialità di cui è connotata, la natura di mero organo amministrativo che assume le proprie decisioni secondo quella discrezionalità amministrativa¹⁷⁶ propria degli organi della Pubblica Amministrazione, la cui attività è fondata sui principi del buon andamento e dell'imparzialità previsti dall'art. 97 Cost, e talaltra afferma invece che i caratteri dell'indipendenza e dell'imparzialità siano determinanti al fine di dedurre la piena assimilazione agli organi giurisdizionali¹⁷⁷ dal momento che l'Autorità è chiamata ad un'applicazione obiettiva della legge a tutela degli interessi pubblici.

La sentenza *de qua* ha costituito un punto di svolta nel dibattito sull'identità giuridica delle AAI e *in specie* dell'AGCM avendo del tutto dissipato i dubbi circa la natura giurisdizionale di tali autorità e circa la possibilità di riconoscere all'AGCM la

¹⁷⁶ Cfr. nota n. 70.

¹⁷⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 42/1957 con cui riconobbe natura giurisdizionale e non amministrativa alle Commissioni tributarie.

Più di recente con la sent. 133/2016 la Corte Costituzionale ha riconosciuto la legittimazione a sollevare quesitone di legittimità costituzionale al Consiglio di Stato in sede consultiva.

qualifica di giudice *a quo* nei procedimenti di legittimità costituzionale davanti alla Corte Costituzionale.

Lo studio delle risultanze dell'ordinanza di rigetto per difetto di legittimità a sollevare la questione di legittimità costituzionale prendono piede innanzitutto dalla individuazione da parte della Consulta dei tre fattori sulla base dei quali è possibile adire il giudice delle leggi, i quali vengono dedotti dalla nota sentenza Crisafulli n. 226 del 1976: natura del provvedimento finale adottato (requisito oggettivo), terzietà ed imparzialità dell'autorità che presiede (requisito soggettivo) e attuazione del contraddittorio delle parti nel corso del procedimento *a quo*.

I requisiti oggettivi e soggettivi che la giurisprudenza ha in varie occasioni utilizzato per estendere la legittimazione a proporre ricorso incidentale dinanzi alla Corte Costituzionale sono stati considerati inizialmente alternativi, come è possibile leggere nella sent. n. 83 del 1966 nella quale si afferma *“I due requisiti, soggettivo e oggettivo, non debbono necessariamente concorrere affinché si realizzi il presupposto processuale dell'incidentalità”*, riconoscendo in svariate circostanze il ruolo di giudice *a quo* pur in presenza del solo requisito soggettivo, come è avvenuto nella famosa sentenza Crisafulli “ n.226 del 1976 con la quale *il giudice delle leggi riconobbe alla Corte dei conti il ruolo di giudice a quo nell'ambito del controllo sugli atti normativi del Governo chiarendo in quella occasione che «pur non essendo il procedimento svolgentesi davanti alla sezione di controllo «un giudizio in senso tecnico-processuale», è tuttavia certo che «ai limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, la funzione in quella sede svolta dalla Corte dei conti è, sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa, risolvendosi nel valutare la conformità degli atti che ne formano oggetto alle norme del diritto oggettivo, ad*

esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico»”

178

Le successive evoluzioni giurisprudenziali hanno tuttavia superato tale interpretazione estensiva, abbracciando piuttosto un approccio più rigido del sistema di riconoscimento delle competenze di ricorso incidentale proprie del giudice *a quo*, come possiamo riscontrare dalla sentenza n. 164 del 2008, in cui la Corte Costituzionale ha elaborato un approccio interpretativo incentrato sulla «*necessaria compresenza sostanziale di entrambi i suddetti requisiti*»¹⁷⁹. Seppur i tentativi dell’argomentazione favorevole al riconoscimento della necessità di un unico requisito oggettivo potrebbero essere considerati efficaci ai fini del riconoscimento definitivo della natura di giudice all’AGCM, che come sostenuto da maggioritaria dottrina e concorde giurisprudenza si pone in una “*zona grigia*” dell’organizzazione amministrativa, posto che l’amministrazione è chiamata a svolgere *funzioni amministrative “obbiettive”* (cit. G. Zagrebelsky e V. Marcenò, in *Giustizia costituzionale*¹⁸⁰), non sembra possa ritenersi soddisfacente dedurre la presumibile qualificazione di giudice *a quo* dal solo requisito oggettivo del carattere giurisdizionale del procedimento per il quale si richiede da un lato un’obiettiva applicazione della legge e dall’altro l’assunzione del ruolo di organo decidente *super partes*.

Nel suo ruolo di assoluto garante delle condizioni di concorrenzialità del mercato nell’ordinamento nazionale è evidente che l’agire dell’AGCM si svolga nell’assoluto ed esclusivo rispetto del diritto *antitrust*, comunitario e nazionale. Uno studio critico delle modalità con cui viene maturata una decisione dell’Autorità in tema di intese e di

¹⁷⁸ Cit. *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato e le vie d’accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale* – Luisa Casseti, 4 luglio 2018, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo.

¹⁷⁹ *La legittimazione dell’Autorità antitrust come giudice a quo: quale identità giuridica per l’AGCM?* – Enrico Verdolini, 22 novembre 2018.

¹⁸⁰ Op. cit. *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato e le vie d’accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale* – Luisa Casseti, 4 luglio 2018, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo.

abuso di posizione dominante e dunque sulle modalità in base alle quali si formula la decisione dell'AGCM permette di accodarsi a quella corrente dottrina secondo cui l'*antitrust*, riconosciuto dalla chiara dottrina del Prof. Clarich come la *magistratura della concorrenza*, non agisca effettivamente in una posizione di neutralità tale da consentire un'assimilazione del procedimento sanzionatorio ex L. 287/1990 da essa svolto a quello proprio di un organo giudicante in posizione *super partes*: è un'evidenza infatti come in virtù dei margini di elasticità nella valutazione del mercato rilevante nel caso di intese (art. 2 L. 287/1990) o degli elementi sulla base dei quali arrivare a decidere se una concentrazione provochi o meno la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante (art. 6), sia molto più semplice individuare un'applicazione della discrezionalità sia tecnica che amministrativa tipiche delle autorità sostanzialmente amministrative¹⁸¹.

È sulla base di tali argomentazioni che risulta ancor più semplice confutare la tesi sulla assimilazione dell'AGCM all'autorità giurisdizionale, seppur «ai limitati fini» di sollevare la questione di legittimità costituzionale, sulla base di quei requisiti oggettivi e soggettivi che la Corte Costituzionale ha individuato nella *supra* citata sentenza Crisafulli (sent. n. 226/1986) che ha costituito la bussola della giurisprudenza costituzionale per l'operazione di estensione delle maglie dell'accesso al giudizio di legittimità costituzionale. Salta all'occhio infatti come un organo titolare del potere di diventar *parte* in un processo di impugnazione non possa in alcun modo essere riconosciuto come “giudice terzo”, così come nella sent. n. 13 del 2019 il giudice delle leggi esclude la configurazione di organo giurisdizionale facendo in ultima analisi leva proprio sull'assenza della caratteristica della *terzietà* dell'*antitrust* la quale è ai sensi dell'art. 133 della L. 241/1990 parte ricorrente e dunque titolare di un interesse giustiziale nel procedimento di impugnazione dei suoi provvedimenti. Per quel che riguarda inoltre l'argomentazione sul requisito del contraddittorio pieno che la Consulta nella sent. 226/1976 enumera nel decalogo dei requisiti che considera funzionali all'individuazione del giudice, è lo stesso giudice delle leggi che smonta

¹⁸¹ Op. cit. Luisa Cassetti.

l'argomentazione dell'AGCM mirante ad assimilare il contraddittorio processuale a quello del procedimento sanzionatorio *antitrust*, puntualizzando come in tale ultimo caso si venga a configurare una forma di contraddittorio verticale tra le parti e l'Autorità rispetto alla quale non è possibile chiaramente ravvisare alcuna forma di parità essendo il privato in una posizione di soggezione rispetto al potere sanzionatorio dell'*antitrust* la quale è dunque chiamata a garantire non tanto il diritto di *contra dicere* previsto nei casi di contraddittorio orizzontale, quanto piuttosto il diritto di controdedurre e replicare rispetto alle iniziative dell'autorità giudicante.

Al fine di corroborare ulteriormente le conclusioni della Corte Costituzionale, è opportuno riportare un'ulteriore analisi condotta dal già citato Enrico Verdolini, nel suo saggio intitolato "*La legittimazione dell'Autorità antitrust come giudice a quo*". In tale contributo l'autore, a conferma della ontologica impossibilità di assimilazione dell'AGCM al giudice, rileva come, posto il principio secondo il quale nel nostro ordinamento è sempre la giurisdizione ordinaria ad avere l'ultima parola, sia quasi superfluo concentrarsi eccessivamente sulla possibilità di riconoscimento dell'AGCM come giudice *a quo*, dal momento che è espressamente prevista dall'art. 33.1 della L. 287/1990 la competenza del giudice amministrativo per l'impugnazione degli atti dell'AGCM, così come focalizzandoci sul caso di specie riguardante i fatti del Consiglio notarile di Milano, come riportato dalla giurisprudenza costituzionale della sent. 13 del 2019 in discussione nella presente trattazione, la L. 89 del 1913, la cosiddetta "legge sul notariato" prevede non solo l'istituzione di una Commissione Amministrativa Regionale di Disciplina per i professionisti esercenti l'attività di notai competente ad esaminare i casi di un presunto illecito disciplinare, ma determina anche l'impugnabilità¹⁸² delle sue decisioni davanti alla Corte d'appello del distretto, la quale,

¹⁸² Art. 158 L. 89/1913 *Le decisioni della Commissione possono essere impugnate in sede giurisdizionale, anche dalle parti intervenute ai sensi dell'articolo 156-bis, comma 5, e, in ogni caso, dal procuratore della Repubblica competente per l'esercizio dell'azione disciplinare.*

Alle controversie previste dal presente articolo si applica l'articolo 26 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.

Le decisioni della Commissione diventano esecutive, se non è proposto reclamo nei termini previsti dall'articolo 26 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.

ritornando ai fatti di causa, sarebbe stata pienamente legittimata ai sensi dell'art. 1 L. 1/1948 a sollevare questione di legittimità costituzionale delle norme di legge dell'art. 93 *ter* della L. 89 del 2013 e dell'art. 8 della L. 287/1990. Emerge a tal punto la vacuità delle peripatetiche elucubrazioni giurisprudenziali finalizzate a colmare quelle zone franche dell'ordinamento non attratte nell'orbita delle questioni sindacabili in sede costituzionale attraverso una forzata identificazione dell'*antitrust* come giudice di un procedimento giurisdizionale, essendo evidente come sia lo stesso legislatore ad evitare la creazione di zone d'ombra dell'ordinamento.

11. La soluzione del *tertium genus*

L'individuazione di differenti ipotesi di inquadramento strutturale dell'*antitrust* ha diviso la dottrina tra coloro i quali ritengono trattarsi di un'autorità esclusivamente amministrativa e coloro i quali sostengono la piena assimilazione della stessa ad un'autorità giurisdizionale individuandone la natura *para-giurisdizionale*¹⁸³.

Merita, a mio parere, citare l'innovativa soluzione sostenuta da autorevolissima dottrina che mira ad individuare un *tertium genus* nell'ambito del quale collocare l'AGCM che dunque non può essere considerata in termini assolutistici né un'autorità meramente amministrativa né un'autorità relativamente giurisdizionale. L'individuazione di un *tertium genus* è stata drasticamente negata dalla giurisprudenza della Sez. I Civile della Corte di Cassazione che nella sentenza n. 7341 del 2002, essendo chiamata a valutare la presunta natura paragiurisdizionale del Garante dei dati personali, ha ritenuto ammissibile l'impugnazione davanti al giudice ordinario dei provvedimenti assunti al termine di un procedimento avviato d'ufficio dall'autorità analogamente a quanto previsto per i provvedimenti emessi su impulso di parte, ha specificato che «*L'ordinamento anzitutto non conosce un tertium genus tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente, per*

¹⁸³ Op. cit. *Autorità amministrative indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Marcello Clarich, Il mulino 2005.

distinguerne e disciplinarne le attività, gli articoli 111 e 97. Non vi è nel sistema costituzionale una figura di paragiurisdizionalità a sé stante, distinta dalle due predette, ma piuttosto con l'uso di tale termine descrittivo si suole diffusamente indicare organi pubblici dotati di poteri la cui collocazione ha suscitato dubbi». Tuttavia l'autorevole dottrina amministrativista del Prof. Clarich¹⁸⁴ si è cimentata nella dimostrazione della fisiologica vicinanza delle autorità amministrative indipendenti, e nella specie di quella *antitrust*, alle autorità giurisdizionali dando prova del fatto che la natura paragiurisdizionale vada riconosciuta non tanto all'organo in quanto tale, come sono soliti fare i detrattori della tesi sulla *giurisdizionalità*, ma piuttosto ad alcune sue funzioni che ben potrebbero essere esercitate da organi giurisdizionali¹⁸⁵. Il tentativo di conciliazione dei connotati della autoritatività e dell'indipendenza che caratterizza l'*authority* trova la sua realizzazione non solo nell'indipendenza delle autorità amministrative dall'indirizzo politico – amministrativo¹⁸⁶ e nel rispetto del principio della partecipazione al procedimento, ma anche nel fatto che essa non è titolare, se non marginalmente, di funzioni amministrative attive in senso proprio. Il nucleo

¹⁸⁴Op. Cit. Op. cit. *Autorità amministrative indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Marcello Clarich, Il mulino 2005.

¹⁸⁵ L'autore rileva come anche nel diritto civile siano individuabili delle funzioni esercitabili sia dall'autorità amministrativa che da quella giurisdizionale, come nel caso del riconoscimento del figlio naturale previsto dall'art. 254 C.c. secondo cui «*Il riconoscimento del figlio e' fatto nell'atto di nascita, oppure con una apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile o in un atto pubblico o in un testamento, qualunque sia la forma di questo*».

¹⁸⁵ Op. cit. *Autorità amministrative indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Marcello Clarich, Il mulino 2005, pp. 150.

¹⁸⁶ Il principio liberale della separazione dei poteri amministrativi dall'indirizzo politico consente l'identificazione di strutture amministrative come quelle previste dagli artt. 97 e 98 della Costituzione come «apparato a sé», utilizzando una definizione proposta da M.Nigro in *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, Riv. Trimestrale di diritto processuale civile, pp. 162. Seppur il Governo non svolga alcuna attività di controllo sulle amministrazioni indipendenti, le stesse sono tuttavia chiamate ad adempiere ad obblighi di informazione sia nei confronti del Parlamento che nei confronti dell'esecutivo stesso, come previsto dall'obbligo *ex art. 23 L.287/1990* di invio di una relazione annuale sulle attività svolte al Parlamento. La mancanza di una completa indipendenza dell'organo, dovuta anche ai meccanismi di nomina del Presidente che secondo l'art.10 comma 2 L. 287/1990: «*L'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione ed è organo collegiale costituito dal presidente e da quattro membri, nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*».

caratterizzante le sue funzioni è, infatti, rappresentato dal potere di accertamento e di qualificazione di fatti, atti e comportamenti in termini di liceità o illiceità in relazione alla disciplina della concorrenza¹⁸⁷. Sono queste le ragioni sulla base delle quali l'illustre dottrina qui in esame riconosce all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato il ruolo di «magistrato della concorrenza», che si giustifica anche per il fatto che AGCM, a differenza delle altre Aai, come la Banca d'Italia o la Consob che perseguono il fine specifico della stabilità del sistema bancario, della trasparenza e della correttezza delle informazioni nel mercato borsistico, non è preposta al controllo di uno specifico settore di attività economica e nemmeno al perseguimento di un fine pubblico ulteriore rispetto a quello di carattere generale della tutela della concorrenza, previsto dall'art. 41 della Costituzione, avvicinandola ancora una volta al ruolo di organo giudicante. Di contro è lo stesso autore, che avendo per l'appunto specificato che il carattere paragiurisdizionale è da riconoscere non all'organo in sé, ma solo ad alcune delle sue funzioni, si dimostra concorde a quanto precisato dalla giurisprudenza amministrativa¹⁸⁸ la quale ha chiarito che la tesi della paragiurisdizionalità non comporta l'applicazione automatica delle disposizioni del codice di procedura civile, chiarendo che le decisioni collegiali non vengono assunte nel rispetto di una collegialità perfetta, come avviene nei collegi giudiziari, essendo ammessa la possibilità che il collegio deliberi anche se non sono presenti tutti i suoi componenti; non sussiste inoltre un obbligo di astensione, e per quel che riguarda i mezzi istruttori questi non possono essere integrati con quelli previsti dal codice di procedura civile.

Il difficile inquadramento delle Autorità amministrative indipendenti è stato dovuto anche e soprattutto al mancato recepimento delle stesse a livello costituzionale: non è infatti rinvenibile alcun riferimento al ruolo di tali organi all'interno del testo costituzionale con la conseguente incertezza sulla loro effettiva riconducibilità ai parametri costituzionali dell'art. 97 ovvero degli artt. 101 e ss.. A ciò si è aggiunta

¹⁸⁷ Come è possibile leggere in *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, M. Clarich pp. 88.

¹⁸⁸ Si citano *ex multis* Tar Lazio, sez. I n.96/1998; Consiglio di Stato, sez. IV n. 652/2001; Tar Lazio, sez. I n. 873/1999; Consiglio di Stato, sez. IV n. 2199/2002.

anche la storica ostilità della politica nazionale ad accettare l'introduzione di tali organi la cui istituzione è stata funzionale alla destituzione dello Stato dal ruolo di «regolatore» del mercato.¹⁸⁹

A questo punto della trattazione mi sembra doveroso rilevare, anche alla luce delle recenti riforme legislative¹⁹⁰ che hanno attribuito nuove funzioni all'AGCM mettendone nuovamente in dubbio l'identità giuridica, che un'eccessiva enfaticizzazione del dibattito sul carattere giurisdizionale o amministrativo delle Aai e *in specie* dell'AGCM, risulta a mio parere assolutamente improduttivo dal momento che pare la scelta più razionale e in linea con quanto sinora detto, accogliere la teoria sostenuta dal Prof. Clarich il quale ritiene che la paragiurisdizionalità sia da riconoscere non all'organo in sé quanto piuttosto alle funzioni dallo stesso svolte. In tal modo, pur non ammettendo la formale costituzione di un *tertium genus*, a cui si è dimostrata contraria la giurisprudenza¹⁹¹, si opera una scissione tra la conformazione formale e sostanziale dell'organo che mantiene in tal modo dal punto di vista formale la natura di pubblica amministrazione¹⁹², mentre dal punto di vista sostanziale sarà possibile evocare la

¹⁸⁹ Op. Cit. *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Nino Longobardi, G.Giappichelli editore, Torino 2009, pp.91.

¹⁹⁰ Tra il 2006 ed il 2008 sono state attribuite all'Antitrust nuovi compiti o poteri: la competenza ad adottare provvedimenti cautelari (art. 14 *bis*, l. 287/90, inserito dall'art. 14 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223)¹⁹⁰; la possibilità di accettare impegni delle imprese al fine di far cessare i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria (art. 14 *ter*, inserito dall'art. 14 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223); la competenza per le pratiche commerciali scorrette (art. 27 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 *Codice del consumo*, come modificato dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146); la repressione della pubblicità ingannevole (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145); esprimere pareri ai sensi dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008 sui servizi pubblici locali.

¹⁹¹ Vd. *Supra* sent. 7341/2002.

¹⁹² La qualificazione dell'AGCM come autorità amministrativa può essere confermata anche da una valida teoria che prende in considerazione il principio di residualità: *“è fuori di dubbio che esse debbano essere considerate amministrazioni. Se non altro per la semplice ragione che, stante l'impossibilità di definire l'attività amministrativa (e dunque di identificare le amministrazioni) attraverso un criterio contenutistico, giacché una caratterizzazione oggettiva della funzione amministrativa non esiste, non resta che definirla - secondo il noto schema risalente a Laband - attraverso un criterio residuale: è attività amministrativa tutto ciò che non è di competenza né dei giudici né delle Camere, e può consistere anche in atti normativi (regolamenti) o in attività decisorie, come ad es. la decisione dei ricorsi gerarchici o dei ricorsi straordinari al Capo dello Stato. Sotto taluni profili [...] le funzioni delle autorità sono assimilabili a quelle giurisdizionali. Tale assimilazione giunge al più a qualificarle come quasi*

categoria delle funzioni paragiurisdizionali giustificate dal fatto che le principali sue competenze permettono di identificare il procedimento sanzionatorio con un processo giudiziale. Si può dunque conclusivamente definire l'Antitrust come un'autorità amministrativa con funzioni prevalentemente giurisdizionali.

giurisdizionali, ma appunto quasi, e dunque sempre amministrative” - cit. Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti, G. Morbidelli, 168.

CAPITOLO III

Comparazione tra i sistemi di tutela *antitrust* a livello comunitario ed internazionale

SOMMARIO: 1. *Introduzione*; 2. L'*antitrust* negli Stati Uniti; 3. Modello comunitario di tutela della concorrenza: l'esperienza del Regno Unito e della Francia; 3.1 L'Inghilterra; 3.2 La Francia; 4. L'introduzione delle prime normative anti-monopolio e del mercato in Cina; 5. L'Italia e le innovazioni sul piano ordinamentale della tutela della concorrenza; 5.1 La direttiva n. 1/2019 dell'11 dicembre 2018.

1. Introduzione

Sebbene la disciplina *antitrust* costituisca prerogativa di tutti gli ordinamenti sia nazionali che internazionali, la sua attuazione effettiva segue schemi diversificati per via dal retroterra culturale e giuridico da cui vengono ispirati. Una valutazione comparativa dei sistemi *antitrust* comunitari e internazionali rivela tutta la sua importanza nell'offrire interessanti spunti di riflessione sulla disciplina attuale, alla luce anche delle recenti riforme volte a irrobustire gli assetti di tutela della concorrenza, come *supra* anticipato.

2. L'*antitrust* negli Stati Uniti

L'analisi storico-comparatistica delle discipline *antitrust* che si rinvencono a livello comunitario e internazionale richiede di operare una distinzione tra la tradizione disciplinare statunitense e quella comunitaria in fatto di applicazione del diritto *antitrust*, dal momento che le modalità di accertamento dell'illecito concorrenziale

seguono nell'un caso un modello di natura giurisdizionale, nell'altro un sistema di natura amministrativa¹⁹³.

Il sistema economico americano è storicamente considerato come la patria della regolazione *antitrust*, introdotta in una realtà intrisa da uno sfrenato capitalismo liberale che aveva messo a dura prova il pluralismo economico delle piccole imprese, scalzate dai colossi industriali impegnati in un'opera di conquista oligopolistica del mercato. La normativa dello *Sherman Act* venne approvata dal Congresso nel 1890 e si erse a garanzia della libertà economica individuale delle imprese americane, importando dal patrimonio culturale del *common law*¹⁹⁴ il tradizionale delitto di monopolio che venne combinato con una speciale responsabilità civile la quale prevedeva la possibilità che l'autore della condotta anticoncorrenziale potesse essere condannato al pagamento del triplo del danno. La previsione della combinazione di un modello di responsabilità civile con la responsabilità penale è espressione dell'ammodernamento operato dallo *Sherman Act* che sebbene si fosse sviluppato nel solco di una concezione privatistica del *common law*, maturò nel tempo una forte connotazione pubblicistica.

La disciplina originaria della concorrenza rientra perfettamente in ciò che gli interpreti del diritto statunitense identificano come “costituzione materiale”, in relazione alla quale la logica intrinseca al funzionamento dell'ordinamento consisterebbe nella sostanziale libertà dei privati di agire nel mercato con la previsione di limitate, ma

¹⁹³ Sebbene sia il caso di mantenere le riserve *supra* esplicate in tema di giurisdizionalizzazione. Vd. CAP. 2.

¹⁹⁴ La storia della normativa *antitrust* americana non conosce eminenti precedenti nella disciplina dei rapporti feudali o delle corporazioni delle arti e dei mestieri, su cui invece la storia del diritto economico europeo fondava le proprie basi. E' così che lo *Sherman Act* trasse ispirazione dai principi di *common law*, sebbene la perdita di memoria storica ha fatto sì che nel senso comune lo *Sherman Act* sia oggi visto come l'originale punto d'avvio della normativa della concorrenza, mentre in realtà esso riproduce solo un modello normativo tratto dalla *common law* e che si può ritrovare in tante leggi dell'Europa medievale. – *20 anni di antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Carlo Rabitti Bedogni, Pietro Barucci, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, Tomo I, pp. 104.

qualificate forme di intervento pubblico¹⁹⁵. La logica liberale americana individuava nel mercato il luogo ideale nel quale si potessero svolgere liberamente le relazioni economiche degli individui che se da un lato, nel rispetto dei principi democratici, non potevano subire alcuna forma di potere autoritativo da parte dei “grandi privati” organizzati in *trust*, dall’altro non era possibile ammettere l’assoluta assenza di regolazione da parte di un potere pubblico che, seppur agendo, quale organo esterno alle logiche di mercato, nell’ambito di precisi limiti definiti per legge, doveva intervenire in una posizione di neutralità per riequilibrare i rapporti tra le parti ed evitare la degenerazione verso forme di autocrazia senza controllo.

Le fonti del diritto *antitrust* degli Stati Uniti si distinguono in fonti del diritto federale e fonti del diritto nazionale, a cui si associano i regolamenti e i precedenti giudiziari rispettivamente federali e nazionali. Il diritto *antitrust* federale è disciplinato da tre corpi normativi: *Sherman Act*, *Clayton Act* e *Wilson Tariff Act*. Il rapporto tra la legislazione federale e la legislazione nazionale è basato su una sostanziale indipendenza tra i due *corpora* normativi, tale che la disciplina federale non impedisce alle legislazioni nazionali di regolare una medesima condotta in termini differenti rispetto a quanto in essa previsto, creando dunque ipotesi di incompatibilità che vengono risolte sempre a favore della disciplina federale¹⁹⁶. La normativa che disciplina il diritto della concorrenza negli Stati Uniti si basa su un duplice sistema di *private* e *public enforcement*; l’originaria disciplina *antitrust* stabilita nello *Sherman Act* non prevedeva una forma di controllo costante sui rapporti economici, quanto piuttosto un sistema di *private enforcement* basato sull’imposizione di divieti generali la cui attuazione era affidata all’organo giurisdizionale del *Department of Justice*. Si denota dunque una chiara preferenza ordinamentale per un sistema di tutela privata affidata al solo potere giurisdizionale, dal momento che il *Department of Justice* era

¹⁹⁵ *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Angelo Lalli, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, pp. 28.

¹⁹⁶ *Private enforcement of Antitrust Law in the United States of America*, Andre Fiebig, pp. 471 di *Dizionario semantico del diritto della concorrenza*, a cura di Lorenzo F. Pace, Jovene editore, Napoli, 2013.

titolare esclusivo del potere non solo di accertamento delle infrazioni, ma anche di erogazione di sanzioni civili (che potevano avere il contenuto più disparato) e detentivo-penali¹⁹⁷. Il *Department of Justice* era anche titolare di giurisdizione esclusiva per la speciale azione di responsabilità civile nota come *private treble damage action*, che riconosceva al danneggiato dalla condotta anticoncorrenziale il diritto a ottenere il triplo del danno subito, nonché della competenza a emanare provvedimenti nella forma di *injunctions*, vale a dire provvedimenti imposti dal giudice, e *consent decrees*, decreti approvati dalle imprese che rendono per loro vincolanti determinati comportamenti.

Il sistema di tutela della concorrenza apprestato dalla Sezione I dello *Sherman Act* si basava su un sostanziale divieto di tutte quelle condotte concertate che realizzassero una restrizione della concorrenza¹⁹⁸. La rigidità di tale divieto consente di formulare una valutazione comparativa della disciplina statunitense e di quella comunitaria: mentre infatti nel sistema comunitario, nel rispetto del principio fondamentale di divieto di accordi anticoncorrenziali, non si possono effettivamente individuare pratiche restrittive *per sé* vietate, in virtù del temperamento prodotto dal meccanismo di esenzione individuale o di categoria per cui si devono autorizzare quegli accordi che producono un beneficio allo Stato¹⁹⁹, la disciplina americana introdotta dallo *Sherman*

¹⁹⁷ Cfr, *Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty; Sherman Act*: «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.»

¹⁹⁸ E' bene notare che lo *Sherman Act* non fornisce alcuna definizione delle condotte del *restraint of trade* o del *to monopolize* vietate nella Sez. I, in quanto intende garantire a tali concetti normativi quella flessibilità interpretativa sulla base della quale è possibile prevenire l'obsolescenza normativa della disciplina così suscettibile di costante adattamento all'evoluzione dei tempi. Op. Cit. *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Angelo Lalli, Editoriale Scientifica, Napoli 2008.

¹⁹⁹ Cfr. Caso *Ford vs. Volskwagen*, Cap. I, para. 6.

Act non permetteva alcuna apertura a forme di esenzione, disponendo degli inderogabili divieti di condotte restrittive della concorrenza²⁰⁰.

Tuttavia, le iniziali applicazioni del diritto positivo dello *Sherman Act* risultarono assolutamente fallimentari dal momento che la giurisprudenza era ancora rigorosamente legata alla dottrina sostanziale del *common law* secondo la quale, distinguendo i *contracts in restraint of trade* in *reasonable* e *unreasonable*, il giudizio di illegittimità dell'accordo, e dunque la sua *unenforceability*²⁰¹, doveva dipendere da una valutazione delle circostanze di fatto nel cui ambito l'accordo produceva effetti, in modo tale da poter valutare in maniera effettiva e pratica le restrizioni alla *freedom of contract* la quale rappresenterebbe il vero bene giuridico tutelato dal divieto di condotte anticoncorrenziali²⁰².

La coscienza giurisprudenziale del Congresso²⁰³ maturò progressivamente la necessità di ridurre la rigidità del sistema aprendo la valutazione di legittimità degli accordi restrittivi della concorrenza da un lato a una valutazione meramente *quantitativa*, dal momento che si iniziarono a considerare lecite le cc.dd. *ancillary clauses* che non

²⁰⁰ *Diritto antitrust*, Vito Mangini – Gustavo Olivieri, G. Giappichelli Editore, Torino 2012, pp. 9.

²⁰¹ L'illegittimità dell'accordo era esclusivamente legata alla possibilità di esecuzione forzata dello stesso, tale per cui un accordo *unreasonable* semplicemente non permetteva alle parti di ottenere l'esecuzione coattiva in sede giudiziale, non disponendo a favore dei terzi alcun rimedio riparatorio a tutela dei propri interessi eventualmente lesi dall'accordo. Op. Cit. *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Angelo Lalli, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, pp. 26.

²⁰² Op. Cit. *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Angelo Lalli, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, pp. 27.

²⁰³ Si cita il caso *United States vs. Trans Missouri Freight Assn.*, 166 U.S. 290, 17 S. Ct. 540 (1897) in cui si afferma «*One of the great accomplishment of Taft's Addyston Pipe opinion was to fuse emerging economic model of competition with the traditional legal doctrine of combination in restraint of trade*». A questo si aggiunge il caso *Chicago Board of trade vs. United States*, 246 U.S. 231 (1918) in cui si afferma «*A rule or agreement by which men occupying strong positions in a. branch of trade fix prices at which they will buy or sell during an important part of the business day is not necessarily an illegal restraint of trade under the Anti-Trust Law. Every agreement concerning or regulating trade restrains; and the true test of legality is whether the restraint is such as merely regulates, and perhaps thereby promotes, competition, or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine this question, the-Court must ordinarily consider the facts peculiar to the business, its condition before and after the restraint was imposed, the nature of the restraint and its effect, actual or probable.*»

determinavano un significativo impatto anticoncorrenziale, e dall'altro alla *supra* citata valutazione sulla ragionevolezza dell'accordo (*rule of reason*). Tale palese riapertura ai meccanismi di tutela del *common law*, pur non ammettendo un meccanismo di esenzione pari a quello comunitario, ha consentito di attribuire agli organi giudicanti un potere largamente discrezionale volto a stabilire secondo le circostanze del caso concreto quale accordo potesse essere considerato legittimo in ragione dei suoi eventuali effetti pro-concorrenziali, garantendo al giudice di poter operare adeguate mediazioni tra i divieti antimonopolistici e la necessità di perseguire gli obiettivi di politica economica. Tuttavia, per evitare di consegnare la tutela della concorrenza all'esclusiva libertà interpretativa dei giudici, è stato introdotto successivamente il meccanismo della *per sé condemnation*²⁰⁴, sulla base del quale si consente di formulare una indiscutibile presunzione di illiceità nei confronti di determinati accordi palesemente restrittivi²⁰⁵. Il sistema americano dei divieti *antitrust* prevede dunque oggi l'imposizione di limiti negativi all'autonomia privata la cui integrità e libertà è presidiata dalla previsione di sanzioni di natura penale che giustificano una connotazione prettamente giurisdizionale del sistema di tutela da cui risulta esclusa qualunque ingerenza degli organi amministrativi. A tale ultimo proposito merita ricordare che a pochi anni dall'introduzione dello *Sherman Act* l'avvertita insoddisfazione verso i tradizionali strumenti di intervento di natura giurisdizionale fece sorgere un dibattito giurisprudenziale e politico sulla possibilità di introdurre nel sistema di tutela *antitrust* un soggetto amministrativo con la funzione di reprimere gli *unfair methods of competition*. I sostenitori di tale soluzione basavano le proprie convinzioni sull'efficacia innovativa dell'introduzione della regola del *rule of reason* che manifestava ulteriormente l'inadeguatezza dell'originario sistema dello *Sherman*

²⁰⁴Op. Cit. *Diritto antitrust*, Vito Mangini – Gustavo Olivieri, G. Giappichelli Editore, Torino 2012, pp. 11.

²⁰⁵ Riguardo alle nozioni di *rule of reason* e di *per se condemnation* la giurisprudenza nordamericana, «mentre con riguardo alla prima si richiede “un'indagine che soppesi tutte le circostanze di fatto della controversia allo scopo di stabilire se una certa pratica restrittiva debba considerarsi vietata in quanto imponga un'irragionevole restrizione della concorrenza; al contrario la condanna per se si addice soltanto a condotte che appaiono prima facie anticoncorrenziali”» Op cit. *Diritto antitrust*, Vito Mangini – Gustavo Olivieri, G. Giappichelli Editore, Torino 2012, pp. 11.

Act. Di contro i detrattori dell' "amministrativizzazione" del sistema *antitrust* americano, fondavano le proprie convinzioni sul fatto che l'introduzione del principio della *rule of reason* costituisse un avvicinamento della disciplina alla tradizione giurisdizionale del *common law*. Ad avere la meglio fu la soluzione assunta dal presidente Wilson che nel tentativo di mediare tra le due opposte posizioni istituì nel 1914 la *Federal Trade Commission*, un'agenzia di natura amministrativa pronta ad affiancare il *Department of Justice* nell'attuazione della disciplina *antitrust* integrando la sua efficacia repressiva con una funzione inibitoria delle condotte che si risolvono in *unfair methods of competition*. L'organo, ancora esistente, è costituito da cinque membri di nomina presidenziale, posti in una posizione di sostanziale indipendenza dai poteri politici, che non possono in alcun modo intervenire nella regolazione delle politiche economiche del mercato. Essendo titolare di penetranti poteri istruttori nonché di competenze tecniche qualificate, la *Federal Trade Commission* pone in essere una supervisione permanente del mercato finalizzata a intervenire preventivamente sulle fattispecie che potrebbero *pro futuro* realizzare una restrizione illegittima della concorrenza. Da ciò possiamo desumere che il ruolo di tale Commissione non si traduca in un potere volto a punire le condotte anticoncorrenziali, essendo tale competenza di prerogativa esclusiva degli organi giurisdizionali, quanto piuttosto nell'inibire preventivamente le pratiche ritenute *unfair* per il tramite di provvedimenti la cui efficacia necessita comunque della decisione di una corte.

La combinazione di competenze di natura amministrativa con quelle di natura giurisdizionale è giustificata dalla volontà di sottoporre il mercato a un monitoraggio continuo al fine di poter conoscere in modo approfondito la realtà economica e intervenire su di essa a tutela della correttezza dei rapporti tra le imprese prima dell'effettivo realizzarsi della condotta anticoncorrenziale, lasciando impregiudicata la competenza del giudice sulle questioni di diritto riguardanti la concorrenza e sull'emanazione delle sanzioni previste nel caso in cui la condotta anticoncorrenziale si fosse effettivamente concretizzata. Tale sistema di divieti e di competenze sia giurisdizionali che amministrative, per quanto inizialmente non fosse stato ben accolto

dalla giurisprudenza maggioritaria, andò a costituire quella che viene dagli interpreti identificata come la costituzione materiale americana secondo la quale l'ordinamento si fonda sull'affermazione della più ampia libertà dei privati di agire nel mercato e sul limitato ruolo che viene invece riconosciuto al pubblico potere che si erge piuttosto quale garante del corretto svolgimento dei rapporti di mercato.²⁰⁶

3. Modello comunitario di tutela della concorrenza: l'esperienza del Regno Unito e della Francia

L'esperienza *antitrust* europea si è distinta nettamente da quella statunitense per ragioni innanzitutto di carattere storico dal momento che la prima compiuta forma di regolamentazione del settore della concorrenza e del mercato si è avuta solo con la nascita della Comunità europea, circa settanta anni dopo l'introduzione dello *Sherman Act*, e in un contesto economico ancora acerbo i cui elementi fondamentali non risultavano definiti nettamente come invece era negli industrializzati Stati Uniti, e in seconda istanza per ragioni di natura politica dal momento che lo scopo ultimo la disciplina *antitrust* comunitaria è stato principalmente quello di superare i modelli accentrati di politica economica. Infatti, sebbene l'influenza della cultura liberale americana rivestì un ruolo di rilievo nel processo di formazione della legislazione *antitrust* comunitaria, bisogna ammettere che le nozioni americane di libera concorrenza e libero mercato vennero importate nei Paesi oltre – Atlantico in una formulazione del tutto originale, dal momento che costituirono un'immediata reazione al sistema di barriere e controlli caratteristici dell'organizzazione economica dirigista europea. Di conseguenza, la politica diretta a dare impulso alla normativa sulla concorrenza si tradusse in un rigetto dei controlli governativi sulle questioni economiche dei privati, ma non in un rigetto delle ipotesi di monopolio privato. Tale scelta normativa venne giustificata da un'idea di mercato autodeterminato, in cui la

²⁰⁶ Op. Cit. *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Angelo Lalli, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, pp. 18-40.

convivenza del diritto di iniziativa privata nonché di libera concorrenza avrebbe garantito l'attuazione dei dovuti sistemi di auto-correzione.²⁰⁷

In Europa si possono individuare tre modelli istituzionali di tutela della concorrenza: il modello monistico amministrativo, il modello dualistico, e il modello giudiziale²⁰⁸. Il modello monistico amministrativo, come quello italiano o danese²⁰⁹, prevede la presenza di una singola autorità con poteri sia investigativi che decisionali, sebbene vi siano degli ordinamenti nei quali non si prevede il potere dell'autorità amministrativa di imporre sanzioni pecuniarie. In questi casi l'Autorità non ha una struttura unitaria, le funzioni investigative e decisionali, sebbene detenute da un solo organo, sono comunque funzionalmente distinte o comunque seguono una rigida struttura gerarchica delle competenze. Per quel che riguarda invece il sistema dualistico amministrativo, attualmente presente soltanto in Belgio²¹⁰, i poteri investigativi e decisionali sono attribuiti a due distinti organi: l'organo incaricato della fase istruttoria comunica successivamente le risultanze ottenute all'organo invece titolare del potere decisionale. In ultima analisi il modello giudiziale si distingue in due sottocategorie: da un lato il modello giudiziale *puro* in cui le autorità della concorrenza sono titolari esclusivamente di poteri investigativo-istruttori e sono tenute a presentare le risultanze istruttorie all'organo giurisdizionale che assumerà la decisione sia sostanziale che sanzionatoria²¹¹; dall'altro abbiamo il modello giudiziale *impuro* in cui le autorità assumono le decisioni sostanziali sull'infrazione e traslano la decisione dinnanzi

²⁰⁷ Come sostenuto da Giorgio Bernini in *Un secolo di filosofia antitrust*, Editrice CLUEB, Bologna, (1991), pp. 19.

²⁰⁸ ECN *working group cooperation issues and due process. Decision-making powers report*, 31 Ottobre 2012, http://ec.europa.eu/competition/ecn/decision_making_powers_report_en.pdf.

²⁰⁹ In Danimarca è prevista un'Autorità che, seppur unica, non ha tuttavia poteri di imposizione di sanzioni pecuniarie, a eccezione di quelle amministrative.

²¹⁰ In Belgio il *Competition Council* è costituito dal *College of Competition Persecutors* titolare della competenza istruttoria, e dal *Competition Council "sensu stricto"* che invece assume le decisioni sulla base delle risultanze della fase istruttoria.

²¹¹ In Svezia tale modello viene applicato solo nei casi in cui l'autorità della concorrenza ravvisi la possibilità che il procedimento richieda l'imposizione di una sanzione.

all'autorità giurisdizionale solo nei casi in cui vi sia la necessità di imporre sanzioni pecuniarie²¹².

Le esperienze nazionali precedenti all'introduzione della disciplina comunitaria hanno avuto un rilievo piuttosto marginale, di conseguenza merita trattare dell'esperienza disciplinare degli Stati Membri successiva all'introduzione della disciplina comunitaria e all'imposizione dell'obbligo di istituire le Autorità Nazionali della Concorrenza con il compito di garantire la corretta attuazione del diritto comunitario *antitrust*. Merita anticipare che effettivamente non è possibile ravvisare delle differenze determinanti tra le strutture disciplinari dei diversi Stati, posto che il diritto comunitario ha avuto una tendenza sia armonizzatrice che omologatrice degli ordinamenti nazionali. Si ritiene utile tuttavia in questa sede trattare delle esperienze d'oltralpe al fine di poter valutare più criticamente quali potrebbero essere gli elementi di miglioramento o di diversificazione che la disciplina italiana sarebbe bene introducesse, prestando attenzione, soprattutto, al ruolo che la giurisprudenza degli Stati ha avuto nella definizione e chiarificazione della disciplina *antitrust* che in Italia sembra essere perennemente incastrata nelle maglie delle elucubrazioni dottrinali e giurisprudenziali.

3.1 L'Inghilterra

L'esperienza inglese di disciplina della concorrenza affonda le sue radici nel periodo del dopoguerra; dal punto di vista istituzionale si è assistito inizialmente alla costituzione di un organo indipendente dal potere governativo con funzioni di inchiesta delle condizioni di libera concorrenza del mercato inglese. Si trattava della *Monopolies and Restrictive Practices Commission* che nel 1998 venne trasformata nella *Competition Commission*. Le competenze della Commissione si sostanziano fondamentalmente nell'accertamento delle condizioni di libera concorrenza del mercato e nell'emanazione di un *report* nel quale si indicano i provvedimenti e le

²¹² Troviamo questo modello in Danimarca in cui l'Autorità nazionale della concorrenza non è titolare di poteri sanzionatori.

cautele che la Commissione ritiene utile assumere per porre rimedio ai problemi di concorrenza riscontrati nel corso dell'inchiesta avente a oggetto le concentrazioni, i mercati e la regolazione economica delle grandi industrie. Tuttavia, è necessario rilevare che le funzioni della Commissione sono svolte in stretta collaborazione con quelle di un'altra istituzione pubblica posta a tutela della concorrenza e del libero mercato: l'*Office of Fair Trading* divenuta titolare di personalità giuridica con l'*Enterprise act del 2002* e composta da una sezione burocratica e da un Consiglio con poteri decisionali costituito da quattro membri e da un *Chief executive*. Il Consiglio adotta le linee generali della politica e dell'agenzia, ed è tenuto a riferire annualmente al Parlamento le attività svolte, pur essendo comunque svincolato da qualunque forma di sindacato ispettivo di natura politica. Le funzioni dell'*Office of Fair Trading* sono di tipo meramente giudiziale essendo titolare di poteri investigativi e di accertamento delle infrazioni delle normative nazionali e comunitarie della concorrenza attraverso l'attuazione di procedimenti sanzionatori che si svolgono nel necessario rispetto del contraddittorio con le parti. L'accertamento delle infrazioni da parte del Consiglio rappresenta elemento prodromico necessario all'esercizio da parte della Commissione dei poteri di inchiesta. Nel 2002 è stato inoltre istituito il *Competition Appeal Tribunal*, vale a dire un organo giurisdizionale speciale con competenza a decidere sui ricorsi contro le decisioni dell'*Office of Fair Trading* e della Commissione. Sebbene il diritto positivo imponga che il controllo di tale tribunale sull'operato delle *agencies* non riguardi le decisioni frutto di discrezionalità tecnica, l'effettiva elevata competenza dei suoi organi ha fatto in modo che il controllo giurisdizionale sulle decisioni fosse del tutto completo²¹³. Gli organi istituzionali della Commissione e dell'*Office of Fair Trading* sono stati destituiti il primo aprile del 2014: le funzioni della Commissione sono state trasferite alla *Competition and Market Authority*, mentre le competenze dell'*Office of Fair Trading* sono state distribuite tra la *Competition and Market Authority* e altri organi come il *Financial Conduct Authority*. Attualmente la *Competition and Market Authority* è un organo anch'esso indipendente dal potere

²¹³ Op. Cit. *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Angelo Lalli, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, pp. 152.

politico il cui obiettivo consiste nella promozione della concorrenza per il benessere dei consumatori, in quell'ottica di *consumer welfare* che l'evoluzione della disciplina *antitrust* americana aveva importato in Europa. Le responsabilità non si discostano eccessivamente da quanto precedentemente era previsto per la Commissione essendo titolare di poteri di investigazione e di studio del sostrato economico e concorrenziale del mercato inglese; è titolare anche della competenza ad avviare procedimenti sanzionatori nei confronti di coloro che commettono infrazioni e alla stessa compete l'attuazione del diritto di tutela dei consumatori.

Si può confermare che per la struttura istituzionale il mercato inglese non troppo differisce dal sistema italiano di tutela della concorrenza in quanto anche qui la preferenza per un sistema di attuazione e di tutela prettamente amministrativo non ha comunque permesso di abbandonare del tutto l'ottica della tutela di natura giurisdizionale.²¹⁴

3.2 La Francia

Suscita sicuramente interesse il sistema di tutela della concorrenza attuato in Francia, precursore nell'istituzione delle autorità amministrative indipendenti in cui il *Conseil de la Concurrence* costituito da 17 membri di cui 8 fanno parte del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti, della Corte di Cassazione e di altre giurisdizioni²¹⁵, rappresenta l'*alter ego* d'oltralpe dell'AGCM. Il *Conseil* è dotato di una sostanziale indipendenza sia politica che funzionale: sebbene i membri vengano scelti in base alla loro esperienza tecnica in materia economica su nomina del Ministro dell'economia il quale è anche titolare del potere di dimettere il Presidente qualora dovesse venir meno ai propri obblighi²¹⁶. La forte indipendenza funzionale del *Conseil* si manifesta in maniera

²¹⁴ Cit. <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority/about>.

²¹⁵ Op. Cit. *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Angelo Lalli, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, pp. 152.

²¹⁶ Op. Cit.

decisa nella previsione dell'assenza di controllo sulle decisioni assunte dall'organo decisionale del *Conseil*, se non dinnanzi alla Corte d'Appello di Parigi con possibilità di successivo ricorso per Cassazione. Le competenze dell'organo consistono nella pronuncia di inibitorie e nell'emanazione di sanzioni al fine di attuare sia la disciplina *antitrust* nazionale che quella comunitaria²¹⁷. Le indagini sulla natura giurisdizionale dell'organo in questione pare abbiano trovato una loro definitiva conclusione con la decisione del 24 gennaio del 1987 della Corte Costituzionale francese la quale decise la questione prendendo posizione sulla natura amministrativa dello stesso nonostante fossero evidenti le circostanze che avrebbero potuto condurre ad assumere conclusioni contrarie: è un'evidenza infatti che il *Conseil* assumesse le proprie decisioni sulle infrazioni che fossero state oggetto di indagine degli organi burocratici applicando una procedura che rispetta il pieno principio del contraddittorio con le parti nel rispetto di una rigida separazione dei poteri tra l'organo titolare del potere decisionale e l'organo invece titolare del potere di indagine. A tali risultanze si aggiunge anche la circostanza per cui la Corte d'Appello di Parigi esercita non solo funzioni di controllo sulle decisioni dell'Organo, ma ha anche il potere di sostituire la propria decisione a quella del *Conseil*, in modo tale che l'infrazione venga regolata da una decisione di natura giurisdizionale piuttosto che amministrativa²¹⁸.

In questo senso si può concludere l'analisi comparativa a favore di un'impostazione ancora più simile a quella italiana per la quale si potrebbe anche pensare di condividere estensivamente le conclusioni che sono state assunte dalla giurisprudenza costituzionale con la sentenza n. 1 del gennaio 2019.

4. L'introduzione delle prime normative anti-monopolio e del mercato in Cina

²¹⁷ Op. Cit.

²¹⁸ Op. Cit.

Per completare l'analisi comparatistica dei sistemi internazionali *antitrust* merita un accenno anche la disciplina applicata dallo Stato con il mercato più forte al mondo: la Cina. Gli autoritarismi politici dei governi cinesi hanno decisamente rallentato l'introduzione di una disciplina funzionale alla regolazione dei rapporti tra le imprese e alla tutela del consumatore nei rapporti con il professionista; è questa la ragione per cui l'introduzione di una legge a tutela della concorrenza è stata ritardata fino al 2007 quando è stata finalmente approvata, con il plauso della maggioranza della dottrina occidentale, la "Legge anti-monopolio" (*Anti-monopoly Law*) la quale, perseguendo l'obiettivo di inibire e reprimere le condotte monopolistiche delle imprese cinesi²¹⁹, ha segnato il passaggio da un'economia pianificata a un'economia di mercato²²⁰. Per moltissimi anni, infatti, la Repubblica Cinese è appartenuta alle categorie di nazioni con un'economia pianificata; il processo di riforma dell'economia nazionale è iniziato a maturare intorno agli anni '80, giungendo nel 1993 a un'importante riforma del testo Costituzionale il quale statuendo all'articolo 15 «*The State practices a socialist market economy*» introdusse nell'ordinamento cinese il principio dell'economia di mercato. L'ottemperamento a tale principio economico, considerato necessario all'inserimento dell'economia cinese nel mercato globale, è passato innanzitutto attraverso l'introduzione di legislazioni finalizzate alla protezione della concorrenza dal momento che le economie di mercato basavano il loro funzionamento sull'apprezzamento dei consumatori verso le produzioni degli imprenditori in necessaria competizione tra di loro²²¹. Dopo circa dieci anni dall'introduzione nel 1993 della *Law Against Unfair Competition*, l'ingresso della Cina nel 2001 nella WTO, *World Trade Organisation*, rese necessaria l'approvazione di una più organica disciplina della concorrenza e del

²¹⁹ Tie Hu, *Private enforcement of Antitrust Law in China*, tratto da *Dizionario semantico del diritto della concorrenza*, Lorenzo F. Pace, Jovene editore Napoli, 2013, pp. 486 e ss.

²²⁰ Secondo l'analisi di Haining Zhan, in *Achievement to date and challenges ahead: China's antitrust law and its implications*, rivista HeinOnline, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 36, no. 2, Fall 2008, pp. 229-258. HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sjilc36&i=238>.

²²¹ Cfr. «*Especially important among these laws are those that protect competition because under a market economy, the producers must put their products on the market for the appraisal by the consumers, and this process requires competition*», *Highlights of China's new anti-monopoly law*, Xiaoye Wang, *Antitrust Law Journal* 6th edition (2008), 75, pp. 133, HeinOnline.

mercato, così al *Twenty-Ninth Meeting of the Standing Committee of the Tenth National People's Congress* venne approvata il 30 Agosto 2007 la Legge Antimonopolio che costituì la più efficace risposta all'inefficienza della precedente frammentaria regolazione della concorrenza²²². L'attuale sistema di tutela della concorrenza, introdotto dalla suddetta legge, presenta innumerevoli elementi in comune con le discipline occidentali, come la previsione di programmi di clemenza o anche l'introduzione di un meccanismo binario di *public* e *private enforcement*.

Per quel che riguarda il modello pubblico di attuazione della disciplina *antitrust* si individua la competenza del Ministero del Commercio, della Commissione nazionale per lo sviluppo e le riforme e dell'Amministrazione statale per l'industria e il Commercio, i quali, sebbene lavorino indipendentemente, sono tutti coordinati dalla Commissione nazionale Antimonopolio che viene istituita dal governo centrale al fine di coordinare, organizzare e dirigere l'attuazione del diritto *antitrust*.

È tuttavia di maggiore interesse la disciplina concernente il *private enforcement* grazie al quale sono state represses le condotte antimonopoliste poste in essere da importanti società multinazionali come la Microsoft che è stata accusata di imporre prezzi eccessivamente elevati a Guangzhou Kam Hing Textile Dyeing Co., o ancora Johnson&Johnson e Tencent per abuso di posizione dominante, operazioni che hanno reso la legge antimonopolio lo strumento migliore per tutelare gli interessi di imprese lese dai propri concorrenti. Per quel che riguarda le fonti del *private enforcement* abbiamo principalmente le «Disposizioni della Suprema Corte Popolare concernenti l'applicazione della legge antimonopolio», sebbene sia a livello procedurale che a livello sostanziale la disciplina venga integrata dalle norme civili sui contratti o sulla responsabilità civile. La giurisdizione è affidata al massimo livello alla Corte suprema popolare, sebbene limitate competenze in tema di concorrenza vengano riconosciute anche alle Corti provinciali. Per quel che riguarda la legittimazione ad agire, mentre la

²²² Come si può leggere in *Achievement to date and challenges ahead: China's antitrust law and its implications*, Haining Zhan, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 36, no. 2, Fall 2008, pp. 229-258. *HeinOnline*, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sjilc36&i=238>.

disciplina americana attribuisce la legittimazione ad agire solo al consumatore o al cliente, la disciplina cinese prevede che solo il danneggiato possa agire per far valere la responsabilità civile del terzo. Ciò che è importante rilevare in questa sede sono i rimedi previsti da tale normativa: si stabilisce l'invalidità del contratto se le condizioni del medesimo violano la legge antimonopolio, con conseguenti obblighi restitutori e ripristinatori; non sono invece stabiliti i cosiddetti *punitive damages*, previsti dalla tradizione giuridica americana sebbene sia previsto che l'attore possa ottenere in caso di vittoria un compenso dei costi di procedimento. La disciplina *antitrust* ha avuto un forte impatto sugli sviluppi dell'economia cinese, divenuta oggi una delle più forti e competitive al mondo, influenzando notevolmente non solo sulle transazioni commerciali internazionali, ma anche su quelle nazionali. Tuttavia, come è naturale che sia per tutte le novità normative, anche il sistema introdotto dalla *Anti-monopoly Law* non è perfetto; in un'ottica di comparazione con il sistema *antitrust* americano si può ritenere che quello compiuto dalla Repubblica Cinese con l'introduzione dell' *Anti-monopoly Law* non costituisca nulla di più che il primo passo verso la creazione di un coerente regime di tutela della concorrenza, pari a quello mosso nel 1890 dagli U.S. con l'introduzione dello *Sherman Act*. Diversi sono infatti gli elementi che fanno sperare in un miglioramento di alcuni aspetti della normativa, come ad esempio la presenza di previsioni eccessivamente vaghe che richiedono un consistente intervento interpretativo suscettibile di creare discrepanze applicative nella normativa; un meccanismo di attuazione eccessivamente complesso in quanto affidato a tre differenti organi le cui competenze potrebbero sovrapporsi²²³; a ciò si aggiunge anche una diffusa incompetenza tecnica dei funzionari preposti all'attuazione della disciplina *antitrust* notoriamente considerata una branca del diritto sofisticata e tecnica. In un'ottimistica visione dei fatti si può sperare in una migliore attuazione del diritto *antitrust* cinese,

²²³ Come rileva Haining Zhan in *Achievement to date and challenges ahead: China's antitrust law and its implications*, un'impresa cinese in posizione dominante potrebbe commettere un illecito anticoncorrenziale con l'imposizione di prezzi eccessivamente elevati; in questa circostanza la competenza sulle infrazioni spetterebbe sia al Ministero del Commercio che all'Amministrazione statale per l'industria e il Commercio. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 36, no. 2, Fall 2008, pp. 229-258. *HeinOnline*, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sjilc36&i=238>.

considerando da un lato che gli Stati Uniti hanno impiegato circa un secolo per riuscire a sviluppare una normativa anticoncorrenziale veramente efficace, e dall'altro che la vincente prerogativa di assumere un ruolo di rilievo nel mercato internazionale non può risparmiare la Cina dall'aver una corretta regolazione del mercato secondo una logica di concorrenza libera e perfetta.

5. L'Italia e le innovazioni sul piano ordinamentale della tutela della concorrenza

L'internazionalizzazione dei mercati e l'ingresso delle economie nazionali in un sistema economico globale hanno portato a un inevitabile, ma quanto mai auspicato, tentativo di allineamento delle discipline *antitrust* dei diversi Stati, i quali progressivamente si sono omologati ai sistemi più all'avanguardia, come quello esportato dagli Stati Uniti che ha rappresentato la linea-guida principale delle discipline successivamente adottate anche in momenti storici differenti²²⁴. L'importanza del ruolo dell'Italia nel mercato comunitario e globale giustifica dunque la mia premura di trattare, seppur in termini abbastanza generali, alcune delle esperienze normative degli Stati *ultra-limine*, al fine di dimostrare che, come il già citato Bernini²²⁵ aveva sostenuto nella sua opera *Un secolo di filosofia antitrust*, si è maturato nel corso dei tempi un progressivo e reciproco avvicinamento dell'esperienza europea a quella americana che è passata da un approccio giurisdizionale della tutela della concorrenza, a uno basato sull'«amministrativizzazione» delle competenze, mentre in Europa e di riflesso in Italia e in tutti gli Stati Membri si è assistito ad una progressiva giurisdizionalizzazione della tutela *antitrust* mutuata anche dalla attribuzione di più consistenti competenze inquisitorie alle Autorità garanti della concorrenza²²⁶.

²²⁴ Op. Cit. *Un secolo di filosofia antitrust*, Giorgio Bernini, Editrice CLUEB, Bologna, (1991), pp. 19.

²²⁵ Vd. nota n.15.

²²⁶ Op. Cit Giorgio Bernini, pp. 434.

La proposta di direttiva 114 *final* {SWD 2017}, è stata avanzata dagli organi legislativi comunitari per porre rimedio alle inefficienze del sistema europeo di tutela della concorrenza che inizialmente si pensava potesse essere adeguatamente implementato sia dal regolamento CE n. 1/2003 che dalla direttiva 114/2014. Come è stato già rilevato al termine del primo capitolo, nel quale esplicitamente si rinvia alla presente trattazione, un'analisi postuma degli effetti delle suddette regolazioni comunitarie aveva messo in luce gli aspetti del sistema comunitario di tutela della concorrenza che meritavano di essere migliorati al fine di garantire una maggiore efficienza dei sistemi di tutela nazionali e comunitari. Grazie all'impegno della Commissione nella valutazione del grado di convergenza delle procedure di attuazione del diritto *antitrust* da parte delle Autorità Nazionali e soprattutto grazie alla partecipazione attiva delle stesse Autorità nazionali nella valutazione delle misure attuative e sanzionatorie *antitrust*²²⁷, vennero individuati quattro differenti ambiti di intervento: 1. dotazione alle Autorità Nazionali di adeguate risorse e di sufficiente indipendenza; 2. attribuzione di strumenti di applicazione efficaci; 3. potere di comminazione di sanzioni pecuniarie efficaci; 4. programmi di trattamento favorevole.

Lo scopo della proposta emerge vigorosamente dall'analisi della base giuridica su cui è stata elaborata; come pocanzi si è accennato la Commissione europea volendo incidere sul modo in cui operano le autorità nazionali della concorrenza, ha ritenuto opportuno che si intervenisse in attuazione sia dell'art. 103 del TFEU, con cui si richiede l'intervento combinato della Commissione e del Parlamento al fine di garantire l'attuazione degli artt. 101 e 102, sia dell'art. 114 il quale invece prescrive l'intervento delle Istituzioni europee al fine di conseguire l'armonizzazione e il ravvicinamento delle normative nazionali degli Stati Membri²²⁸. Si può così catalogare un duplice obiettivo dato da un lato dall'efficace applicazione del diritto della concorrenza

²²⁷ Cfr. *Enhancing Competition Enforcement by the Member States' Competition Authorities: Institutional and Procedural Issues*, SWD(2014) 231*final*, e per quel che riguarda le ANC *Decision making powers and Investigative powers reports*, entrambi consultabili su <http://ec.europa/competition.eu>.

²²⁸ Cfr. Cap. I para. 17.

dell'UE e dall'altro dal corretto funzionamento del mercato interno. Tali elementi sono legati da un necessario nesso di interdipendenza dal momento che la corretta ed efficace applicazione del diritto della concorrenza dell'UE dipende necessariamente dalla creazione di una certa omogeneità nell'applicazione della normativa tra gli Stati Membri, al fine di evitare la creazione di inopportune distorsioni nel mercato interno. La creazione con il regolamento CE n. 1/2003 di una rete decentrata di applicazione della normativa comunitaria *antitrust*²²⁹ ha contribuito in maniera assai significativa all'efficacia "quantitativa" dell'*enforcement* delle regole europee, producendo di contro una riduzione dell'uniformità dei risultati. Infatti, se il conferimento di poteri di attuazione del diritto comunitario alle Autorità Nazionali ha garantito una più endemica espansione della regolamentazione UE²³⁰ al fine di assicurare il conseguimento del corretto e organico funzionamento del mercato interno, di contro le difformità strutturali delle autorità nazionali carenti di basi istituzionali comuni, ha condotto a una marcata difformità applicativa da cui è dipesa a livello comunitario una tutela della concorrenza sub-ottimale²³¹ e una carente funzionalità delle Rete Europea della Concorrenza²³².

È da qui dunque che è emerso lo scopo precipuo perseguito dalla Commissione con la Proposta di Direttiva qui in analisi: si è mirato infatti a creare un *level playing field* per i protagonisti del mercato comunitario, vale a dire imprese e consumatori, con la previsione di norme di armonizzazione parziale che creassero un insieme di

²²⁹ Ai sensi dell'art. 3 reg. CE 1/2003 si prevede che quando l'intesa o l'abuso di posizione di dominante possono pregiudicare il commercio tra gli Stati Membri, le ANC sono tenute ad applicare il diritto *antitrust* europeo.

²³⁰ Si registra che tra il 2005 e il 2006 la Commissione ha avviato circa 700 procedure istruttorie per l'applicazione degli artt. 101 e 102, contro i 1700 casi trattati dalle ANC.

²³¹ Come rilevato da Federico Ghezzi in *L'efficacia dei poteri di enforcement delle autorità antitrust nazionali nella proposta di Direttiva europea e le possibili conseguenze sul sistema sanzionatorio italiano*, Rivista delle società (2017).

²³² È Federico Ghezzi (vd. Nota *supra*) ad analizzare come l'efficace funzionamento di un sistema di competenze parallele a rete, dipenda dalla capacità delle autorità di fare affidamento le una sulle altre per lo sviluppo dell'insieme delle attività prodromiche all'assunzione delle decisioni e di quelle successive. E' dunque evidente che le deficienze di poteri delle autorità non fanno che ostacolare il corretto funzionamento del sistema di cooperazione tra le autorità nazionali.

caratteristiche comuni alle diverse autorità statali in termini di indipendenza, poteri di indagine e poteri sanzionatori. Per quel che riguarda invece i programmi di clemenza è stato previsto un intervento di armonizzazione assoluta. Gli effetti negativi delle lacune istituzionali delle Autorità Nazionali hanno influito non solo sulla dimensione *esterna* relativa al conseguimento degli obiettivi di disciplina della concorrenza, ma anche su quella *interna* riferita al corretto funzionamento del mercato interno con la creazione di un vero e proprio *shopping* normativo delle imprese, che sfruttando la mancata armonizzazione delle normative degli Stati Membri hanno avuto la possibilità di collocare le proprie basi operative negli Stati caratterizzati da normative *antitrust* meno efficaci, mettendosi dunque al riparo dalle più rigide sanzioni o istruttorie²³³.

5.1 La direttiva n. 1/2019 dell'11 dicembre 2018

Le considerazioni sinora svolte sul merito della proposta di Direttiva da parte della Commissione sono state accolte positivamente dal Parlamento Europeo che in data 11 dicembre 2018 ha approvato la Direttiva n. 1 del 2019 che “*conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*”. I Considerando che precedono il testo della direttiva, infatti, riportano per lo più le ragioni che sono state ritenute sufficienti dai membri della Commissione, per valutare l'introduzione della normativa *de qua*.

In particolare, mi sembra interessante trattare delle disposizioni che hanno ridefinito la materia delle sanzioni in merito alle quali il Considerando n. 32 della proposta di Direttiva e successivamente i Considerando n. 40 e 47 della Direttiva n. 1/2019 hanno spiegato che l'efficace applicazione delle disposizioni degli artt. 101 e 102 dipende

²³³ Dal *Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the document proposal for a Directive of the European Parliament*, si è rilevato che tra il 2004 e il 2005 alcune ANC, come quelle italiana e spagnola, hanno attuato il diritto *antitrust* europeo in molte più decisioni di quanto hanno invece fatto altre autorità, a evidenziare come l'applicazione del diritto europeo *antitrust* dipenda dai differenti assetti normativi e di indipendenza degli Ordinamenti.

necessariamente dall' imposizione alle imprese di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, che in particolar modo tengano conto della gravità dell'infrazione che dovrebbe essere valutata caso per caso tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti²³⁴. L'art. 14²³⁵ della nuova direttiva stabilisce che le gli Stati Membri nell'attuazione della normativa comunitaria devono prevedere che le Autorità Nazionali nel determinare l'importo dell'ammenda tengano conto sia della gravità che della durata dell'infrazione, aggiungendo nell'articolo seguente²³⁶ che l'importo massimo dell'ammenda non può essere inferiore al 10% del fatturato totale realizzato dall'impresa.

In un rapporto di connessione diretta con tali previsioni generali sono state introdotte due disposizioni più specifiche che hanno avuto un considerevole impatto sulla normativa *antitrust* italiana; si tratta da un lato della definizione di impresa applicata per individuare la responsabilità di una società madre nei confronti delle infrazioni commesse dalla società controllata, e dall'altro della disciplina delle ammende da applicarsi alle associazioni di imprese. Per quel che riguarda il primo punto controverso il Legislatore europeo ha stabilito, al Considerando n. 47 della direttiva, che ai fini

²³⁴ I fattori che il Considerando n. 47 della direttiva n. 1/2019 ritiene debbano essere presi in considerazione ai fini della valutazione della gravità dell'infrazione sono: la natura dell'infrazione, la quota di mercato aggregata di tutte le imprese interessate, l'estensione geografica dell'infrazione, se sia stata data attuazione o meno alle pratiche illecite, il valore delle vendite di beni e servizi dell'impresa a cui l'infrazione si riferisce direttamente o indirettamente e la dimensione e il potere di mercato dell'impresa interessata. Inoltre, si deve tener in debito conto anche la possibilità di reiterazione della condotta quale indice della propensione del soggetto a commettere infrazioni per le quali dunque stabilire una maggiorazione della sanzione.

²³⁵ Art. 14 comma 1 direttiva 1/2019: «*Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali garanti della concorrenza tengano conto sia della gravità che della durata dell'infrazione quando determinano l'importo dell'ammenda per un'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE*».

Art. 15 comma 1 direttiva 1/2019: «*Gli Stati membri provvedono affinché l'importo massimo dell'ammenda che le autorità nazionali garanti della concorrenza possono irrogare a ciascuna impresa o associazione di imprese partecipanti a un'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE non sia inferiore al 10 % del fatturato totale realizzato dall'impresa o dall'associazione di imprese a livello mondiale durante l'esercizio precedente la decisione di cui all'articolo 13, paragrafo 1*».

²³⁶ Al fine di garantire ancora una volta una maggiore efficienza dei sistemi di cooperazione orizzontale tra Autorità Nazionali si auspica a livello Parlamentare un'uniformità nell'applicazione di tale soglia massima.

dell'individuazione dei soggetti responsabili della condotta anticoncorrenziale l'impresa debba essere considerata come un'«unica unità economica», cosicché nel caso di infrazione commessa da parte di una società controllata, posta l'unicità dell'entità economica che costituisce il gruppo societario, la responsabilità dovrebbe automaticamente essere riferita anche alla società *holding*. Le *ratio* di tale estensione della responsabilità delle imprese trova la propria giustificazione ultima proprio nello scopo che il Parlamento intende conseguire con la Direttiva *de qua*, vale a dire la creazione di un omogeneo *level playing field* la cui istaurazione non può prescindere da un coinvolgimento nelle procedure sanzionatorie delle imprese controllanti che così saranno maggiormente propense a svolgere gli opportuni controlli sulla *compliance* delle società controllate. Lo scenario nazionale inerente all'applicazione delle sanzioni nei casi di infrazione *antitrust* di una società controllata ha da sempre previsto un approccio tendenzialmente «atomistico» secondo il quale le condotte incriminate devono essere imputate esclusivamente al soggetto che materialmente le ha poste in essere, escludendo in questo modo qualunque forma di responsabilità diretta della società *holding* per le infrazioni delle controllate. La discrepanza evidente con quanto invece previsto e voluto dal Legislatore comunitario porta i commentatori a interrogarsi sulle modalità con cui il Legislatore italiano si impegnerà ad attuare la direttiva. Vaghe ipotesi di avvicinamento della disciplina nazionale a quella comunitaria si possono intravedere in alcuni provvedimenti recentemente assunti da parte dell'AGCM; *in specie* mi riferisco al provvedimento n. 26064 dell'ottobre 2016²³⁷ confermato anche in sede giurisdizionale dal TAR Lazio, con cui l'Autorità ha evoluto la propria posizione sull'imputazione della responsabilità attribuendola non solo ai soggetti che

²³⁷ Si tratta del caso *Accordo tra operatori del settore Vending* con il quale l'Autorità ha accertato che i comportamenti posti in essere da Gruppo Argenta S.p.A.; D.A.EM. S.p.A. e le sue controllate Molinari S.p.A., Dist.illy S.r.l., Aromi S.r.l., Dolomatic S.r.l. e Govi S.r.l. (tutte appartenenti al gruppo Buonristoro); GE.SA. S.p.A.; Gruppo Illiria S.p.A.; IVS Italia S.p.A.; Liomatic S.p.A.; Ovdamatic S.r.l.; Sellmat S.r.l.; Serim S.r.l.; Sogeda S.r.l.; Supermatic S.p.A. e CONFIDA (Associazione Italiana Distribuzione Automatica), consistenti nel coordinamento delle politiche commerciali finalizzate a limitare il confronto concorrenziale tra le imprese parti su prezzi, ambiti territoriali di operatività e rispettiva clientela nel mercato italiano dei servizi relativi alla gestione dei distributori automatici e semi-automatici, costituivano un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del TFUE, sanzionando le suddette imprese;

avevano posto in essere la condotta restrittiva della concorrenza, ma anche alla società che si trovava a monte della catena di controllo (c.d. società madre). È bene puntualizzare che nel caso di specie, riguardante un'ipotesi di intesa restrittiva della concorrenza realizzata da un gruppo di società, non si può identificare una forma di apertura vera e propria all'innovativa definizione comunitaria di impresa come entità unica²³⁸, dal momento che le condotte anti-concorrenziali erano effettivamente imputabili anche alla società *holding*. Tuttavia, occorre rilevare che in sede di ricorso al TAR, il tribunale amministrativo ha confermato *in toto* la ricostruzione operata dall'*authority* contestando esclusivamente la parte inerente alla comminazione delle sanzioni, successivamente decisa in via definitiva nel 2018. Di conseguenza possiamo chiudere l'argomento specificando che nel caso di responsabilità di una società controllata la soglia massima legale delle sanzioni del 10% deve essere parametrata al giro d'affari complessivo (fatturato consolidato) non della sola società che ha materialmente posto in essere la violazione, quanto piuttosto dell'intero gruppo societario da considerare come singola unità economica. La società *holding*, dal momento che esercita un'influenza determinante sulle controllate e tiene le fila del gruppo societario, sarà responsabile in solido con le controllate per il pagamento della sanzione, e talune aggravanti come la recidiva, saranno paramtrate alle dimensioni dell'intero gruppo.

Un altro importante elemento di impatto sulla disciplina *antitrust* nazionale è sicuramente prodotto dalle novità in tema di sanzioni applicabili alle associazioni di imprese²³⁹. Anche qui come per i gruppi di società la direttiva comunitaria ha previsto una ridefinizione delle modalità di imputazione delle condotte *anticoncorrenziali* stabilendo al secondo comma dell'art. 14 che «*Qualora l'infrazione commessa da*

²³⁸ Una vera e propria affermazione del principio *de qua* si è avuta in un più recente provvedimento dell'AGCM, il n. 26616 del 2017, che tuttavia è ancora in corso.

²³⁹ «*Le associazioni temporanee di imprese (ATI o joint ventures) sono forme di cooperazione temporanea e occasionale fra imprese poste in essere per realizzare congiuntamente un'opera o un affare complesso la cui realizzazione superi le capacità operative della singola impresa*». Definizione fornita da Mario Campobasso, in *Diritto Commerciale I, Diritto dell'impresa*, Settima edizione, UTET Giuridica, pp. 287.

un'associazione di imprese riguardi le attività dei suoi membri, l'importo massimo dell'ammenda non è inferiore al 10 % della somma dei fatturati totali a livello mondiale di ciascun membro operante sul mercato interessato dall'infrazione commessa dall'associazione». In tali termini il legislatore comunitario introduce anche per tale forma di aggregazione imprenditoriale e societaria il concetto di unità economica unica, scalzando in questo modo gli approcci «atomistici» per i quali si prevedeva che qualora la decisione illecita fosse stata assunta da un organo dell'associazione e non fosse direttamente riferibile alle singole imprese associate, la condotta dovesse essere addebitata ai sensi del diritto *antitrust* nazionale alla sola associazione sul cui fatturato veniva parametrata la sanzione. Tuttavia, un tale meccanismo determinava una drastica riduzione della deterrenza della sanzione dal momento che il fatturato di un'associazione corrisponde per lo più alle quote associative versate annualmente dai membri, e non ai fatturati delle singole imprese rispetto alle quali la sanzione sarebbe così assolutamente irrisoria. L' Autorità garante della Concorrenza e del Mercato aveva già rappresentato la necessità di introdurre una modifica dei meccanismi sanzionatori della nostra disciplina *antitrust*, così tale previsione comunitaria si è resa perfettamente calzante con le necessità riscontrate nella tutela della concorrenza a livello nazionale. Il nuovo approccio sanzionatorio garantisce alle Autorità Nazionali di applicare sanzioni più efficaci e dissuasive dal momento che le singole imprese parte dell'associazione saranno colpite dalla sanzione la quale verrà parametrata alla somma dei loro fatturati, nonostante non sia possibile identificare la loro responsabilità nella condotta anticoncorrenziale dell'ATI; qualora, viceversa, fosse facilmente individuabile il coinvolgimento diretto delle singole imprese nella condotta anticoncorrenziale, allora in questo caso l'associazione sarà colpita dalla sanzione per il suo ruolo “coadiuvante”²⁴⁰.

Gli obiettivi di intensificazione dell'efficacia dissuasiva dei poteri sanzionatori esercitati dall' Autorità garante della concorrenza e del mercato emergono in termini ancora più incisivi dall'analisi di un'ulteriore disposizione innovativa introdotta dalla

²⁴⁰ Op. Cit. Federico Ghizzi.

novella comunitaria riguardante l'attribuzione della competenza a imporre rimedi comportamentali e strutturali commisurati all'infrazione commessa, secondo quanto previsto dal Considerando n. 37 e specificamente dall'art. 10 della Direttiva secondo cui: « *Gli Stati membri provvedono affinché, qualora le autorità nazionali garanti della concorrenza constatino un'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE, esse possano obbligare mediante decisione le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine esse possono imporre l'adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all'infrazione commessa e necessario a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. Al momento di scegliere fra due rimedi ugualmente efficaci, le autorità nazionali garanti della concorrenza devono optare per il rimedio meno oneroso per l'impresa, in linea con il principio di proporzionalità*». Tale disposizione conferisce all'*authority* un potere di *enforcement* ulteriore che può rivelarsi anche maggiormente efficace qualora vi fossero circostanze in cui rimedio sanzionatorio, nel rispetto del principio dell'utile, non avesse un'adeguata carica deterrente. La nostra Autorità garante della concorrenza e del mercato non è stata munita di tali poteri dalla L. 287 del 1990, sebbene in talune circostanze potessero risultare come strumenti imprescindibili per una risoluzione immediata ed efficace dei problemi concorrenziali, riducendo anche il rischio di recidiva delle condotte. L'utilità di tale allargamento delle competenze sanzionatorie dell'Autorità emerge in particolar modo da talune decisioni con cui l'*authority* ha sperimentato la possibilità di arricchire la sanzione con la prescrizione di specifiche misure comportamentali, come nel provvedimento n. 15604 del 2006 con cui nell'ambito di un procedimento riguardante il settore dei *jet fuel* ha imposto una misura inibitoria del comportamento *anticorrenziale* delle imprese attive nel settore dei rifornimenti aeroportuali, che avevano creato un'intesa restrittiva che non permetteva l'accesso al mercato di altri produttori²⁴¹. La specifica attribuzione di tale potere sembra acquisire rilevanza anche e soprattutto in riferimento alle problematiche concernenti la corretta ripartizione delle competenze tra autorità amministrative e

²⁴¹ www.agcm.it

autorità giurisdizionali²⁴², posto che è comune in giurisprudenza l'idea che l'irrogazione di sanzioni inibitorie sia esclusiva competenza degli organi giurisdizionali.

Per concludere lo studio degli aspetti innovativi di maggiore rilievo introdotti dalla novella comunitaria, mi sembra opportuno concludere con quanto previsto in termini generali dal Considerando n. 14 della direttiva, il quale stabilisce che nei procedimenti sanzionatori le Autorità nazionali sono tenute a esercitare i poteri sanzionatori e di indagine²⁴³ che gli sono stati attribuiti per legge nel rispetto dei principi generali stabiliti nella CEDU che prevede ad esempio il necessario rispetto del diritto di difesa dell'imputato. L'interesse che a mio giudizio ricopre tale considerazione preliminare della Commissione, è essenzialmente rivolto alle questioni affrontate diffusamente nel capitolo precedente sulla possibile assimilazione dell'Autorità *antitrust* ad un organo giurisdizionale. La consistente intensificazione dei poteri delle ANC voluta dalla nuova direttiva, mi porta a rilevare che se si può registrare una marcata apertura della giurisprudenza comunitaria verso il riconoscimento della natura potenzialmente giurisdizionale di tali organi amministrativi, di contro sono inserite disposizioni che fanno crollare del tutto le ipotesi di assimilazione assoluta di tali organi alle autorità giurisdizionali, come l'art. 30 che riconoscendo alle ANC il potere di partecipare in qualità di pubblico ministero ai procedimenti aventi ad oggetto i suoi provvedimenti, nega a tali organi il riconoscimento del requisito della terzietà, caratteristica che invece qualifica gli organi giudiziari.

²⁴² Vd. Cap. II.

²⁴³ Per quel che riguarda i poteri di indagine merita qui puntualizzare come il Legislatore europeo abbia provveduto a intensificare notevolmente le competenze ispettive. Nello specifico si fa riferimento all'attribuzione del potere di audizione dei soggetti coinvolti nel procedimento (art. 9), al potere di accesso alle informazioni imprenditoriali con esplicita estensione alle informazioni in formato digitale (art. 6 e ss.). Lo scandalo di *Facebook – Cambridge Analytica* ha aperto nuovi scenari per le Autorità Nazionali in fatto di procedure ispettive; è l'AGCM stessa a far presente al Parlamento l'opportunità di intensificare i poteri a disposizione delle Autorità che potrebbero essere non più sufficienti di fronte a evoluzioni rapide e imprevedute come l'utilizzo dell'intelligenza artificiale per utilizzare *big data* con finalità distorte o comunque lesive della *privacy*. Carmine Fotina, tratto da *L'Agcom pronta a chiedere più poteri al nuovo Parlamento*, Il Sole24ore, 22 marzo 2018.

È bene puntualizzare che la direttiva in analisi si propone di introdurre non una disciplina dettagliata da far recepire agli Stati Membri, quanto piuttosto degli standard minimi da far rispettare in modo tale da lasciare agli Stati Membri la libertà di attribuire alle Autorità Nazionali anche poteri ulteriori. Pur mantenendo tali margini di flessibilità, sembra comunque evidente che essa avrà un impatto notevole sulla nostra disciplina nazionale, soprattutto per quel che riguarda l'aspetto dei poteri sanzionatori. Infatti, l'introduzione dell'innovativa definizione di impresa quale unica entità economica ai fini della determinazione del fatturato di base sul quale calcolare la soglia massima del 10% della sanzione, produrrà un significativo incremento del limite massimo delle sanzioni. Parte dei commentatori non hanno infatti recepito ben volentieri tale innovazione, notando che una potenziale distorsione della disciplina sull'innalzamento delle tariffe sanzionatorie potrebbe portare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato a usare la leva sanzionatoria a fini meramente ricostitutori delle casse erariali. Tuttavia, è il già citato Federico Ghezzi a notare come effettivamente l'incremento della quota sanzionatoria imposta nei casi di condotta anticoncorrenziale solo in via residuale dipenda dall'introduzione del concetto di unità economica, essendo piuttosto collegata all'apprezzamento del parametro della gravità delle condotte²⁴⁴. Posta la consolidata preferenza italiana per l'*enforcement* pubblico, dunque si renderebbe più utile al tema dell'*over – deterrence* una preliminare definizione dei presupposti sulla base dei quali l'Autorità garante della concorrenza e del mercato valuterà il requisito della gravità della condotta²⁴⁵.

²⁴⁴ Op. Cit. Federico Ghezzi.

²⁴⁵ *Ibidem*.

Conclusioni

La tutela della concorrenza non smette di rappresentare interesse di prim'ordine nella disciplina normativa dei rapporti tra i soggetti economici di mercato, affascinando immancabilmente il mondo accademico di giuristi ed economisti. È innegabile che da una corretta ed efficace regolamentazione delle relazioni concorrenziali dipenda l'efficienza dei sistemi sociali, politici ed economici degli Stati moderni.

A conferma di quanto sinora sostenuto basti notare che economie come quella americana, che nei decenni si è prepotentemente affermata a livello internazionale per essere il vero sistema vincente, basi il proprio funzionamento su una rigida disciplina della concorrenza della quale si è resa precursore *ante litteram*. Gli Stati Uniti hanno infatti esportato un modello concorrenziale dall'efficacia indiscussa al quale tutt'oggi si ispirano le più recenti economie internazionali, come la Cina che per sbaragliare i concorrenti dello scacchiere mondiale ha dovuto necessariamente introdurre nel proprio sistema giuridico una disciplina che ponesse un veto sulle condotte monopolistiche delle imprese. Come corollario possiamo dunque sostenere pregiudizialmente che la regolazione della concorrenza rappresenta un elemento essenziale per il corretto funzionamento della Società e dell'ordinamento. È giustificato dunque l'interesse della giurisprudenza e della dottrina nazionale e comunitaria non solo alla regolazione effettiva della concorrenza, ma anche alla risoluzione dei più controversi nodi interpretativi della normativa *antitrust* che potrebbero comprometterne il funzionamento.

I propositi della trattazione svolta erano indirizzati alla chiara identificazione della natura giuridica dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con l'intenzione di valutare conclusivamente gli effetti che le riforme comunitarie potrebbero avere sulla nostra disciplina *antitrust*. La necessità di dirimere le controversie interpretative sull'identificazione dell'AGCM si combina tuttavia con la consapevolezza della lentezza dei processi di assestamento delle normative, che induce

a giustificare l'incompleta definizione di taluni aspetti di un diritto "giovane" come quello dell'Unione Europea e di riflesso dell'Italia.

L'attuazione a livello europeo di un più penetrante sistema decentrato di competenze per l'imposizione dei divieti *antitrust* di cui agli artt. 101 e 102 del TFEU, ha costituito sicuramente un passaggio essenziale per l'uniforme introduzione del diritto comunitario della concorrenza tra gli Stati Membri, tra i quali ai tempi della vigenza del Reg. CE 17/1962 si potevano ancora individuare casi di mancata istituzione dell'Autorità Nazionale per la Concorrenza, come in Italia in cui si dovrà aspettare l'inizio degli anni '90. È evidente dunque come da discrepanze ordinamentali talmente rilevanti tra gli Stati Membri sia dipesa l'emersione di importanti lacune interpretative, con cui la giurisprudenza sia comunitaria che nazionale si è dovuta inevitabilmente confrontare al fine di garantire l'efficiente funzionamento dell'intero sistema di tutela della concorrenza. Dagli studi svolti per sviluppare la presente trattazione affiora, infatti, che la problematica inerente alla categorizzazione delle effettive competenze delle Autorità Nazionali sia stata affrontata non solo dalla nostra giurisprudenza nazionale, ma anche da quella comunitaria. Il caso Syfait deciso dalla Corte di Giustizia Europea con la pronuncia n. C-53/2003, rappresenta un importante punto di riferimento per la controversia *de qua*, posto che il giudice delle Leggi comunitario ha conclusivamente rigettato la possibilità di riconoscere a un'autorità nazionale garante della concorrenza come l'*Epitropoi Antagonismou* greco la natura giurisdizionale di organo titolare della competenza a proporre rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFEU*, posto che l'attribuzione alla Commissione Europea di poteri di avocazione delle competenze delle ANC sancito dall'art. 11.6 del Reg. 1/2003 esclude in radice qualunque possibile riconoscimento dei requisiti di indipendenza e terzietà richiesti dall'art. 267 TFEU per adire la Corte di Giustizia Europea. Come anticipato *supra* la difficoltà di interpretazione giurisprudenziale della natura giuridica delle Autorità nazionali della concorrenza campeggia tanto nella dimensione comunitaria quanto in quella nazionale, infatti tale pronuncia della Corte di Giustizia rappresenta l'*alter ego* della dirimente decisione della Corte Costituzionale Italiana sulla competenza

dell'AGCM a sollevare, stavolta, questione di illegittimità costituzionale. I giudici costituzionali nel meticoloso tentativo di inquadrare l'AGCM nella categoria ordinamentale dei giudici titolari esclusivi ai sensi dell'art. 1 della L. 1 del 1948 del potere di sollevare questione di illegittimità costituzionale hanno concluso rigettando per illegittimità del ricorrente. Infatti, dal momento che la L. 1/1948 individua come presupposti fondamentali per sollevare la questione di legittimità costituzionale i requisiti di *giudice* e *giudizio* in seno al quale deve emergere il dubbio di costituzionalità della norma, la Corte Costituzionale ha passato in rassegna, grazie anche al supporto delle precedenti pronunce giurisprudenziali sul tema, le caratteristiche che consentono di inquadrare gli organi ordinamentali nella categoria dei giudici. Indipendenza, neutralità e terzietà rappresentano i tre crismi della giurisdizionalità degli organi del nostro ordinamento. Se da un lato si può considerare quasi lapalissiano riconoscere alle autorità amministrative indipendenti i requisiti di indipendenza e neutralità, dall'altro la Corte rileva in modo preponderante il *deficit* del requisito di *terzietà* dell'organo, posto che ai sensi degli artt. 133 e 134²⁴⁶ dell'Allegato I del d.lgs. 104/2010 si riconosce all'AGCM il ruolo di parte processuale nel giudizio avverso i propri provvedimenti in quanto tale portatrice dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza nel libero mercato²⁴⁷.

²⁴⁶ Art. 133 comma 1 lett. 1, Allegato I d.lgs 104/2010 «[...] le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dagli Organismi di cui agli articoli 112-bis, 113 e 128-duodecies del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209[...]».

²⁴⁷ Le argomentazioni poste dalla giurisprudenza costituzionale a fondamento dei propri convincimenti trovano la condivisione della chiarissima dottrina del Prof. Francesco Gerbo, Notaio in Roma e docente di Diritto Commerciale presso l'Università di Salerno, il quale ha instillato in me l'interesse per il tema trattato e a questo punto della trattazione ritengo di avere sufficienti strumenti per maturare una personale idea sulla questione della giurisdizionalizzazione dell'Autorità garante del mercato e della concorrenza.

Mi sento di ritenere che l'AGCM meriti delle considerazioni che prescindano da una sua totale identificazione con le altre autorità amministrative indipendenti previste dal nostro ordinamento. Infatti, è evidente che a differenza delle altre Aai, l'Autorità *antitrust* svolga un ruolo di garanzia di interessi tutt'altro che settorializzati, ponendosi come obiettivo la tutela delle relazioni di mercato, e incidendo con il suo intervento sulle posizioni non soltanto degli imprenditori, ma anche di consumatori e utenti. La concorrenza rappresenta infatti un bene giuridico essenziale, la cui tutela si incastona plasticamente nei meccanismi di conseguimento del *public welfare*, e ciò emerge anche dalla recente direttiva UE 1/2019 la quale ha introdotto una serie di correttivi del procedimento sanzionatorio, volti ad attribuire all'AGCM un ruolo di reale deterrenza delle condotte anticoncorrenziali, dal momento che si prevede che nei casi di illecito concorrenziale di una impresa inserita all'interno di un'ATI o di un gruppo societario, la responsabilità venga riconosciuta anche alla società *holding*, rispetto alla quale si estrapolano i presupposti di definizione della gravità della condotta.

Posto così il ruolo di rilievo riconosciuto all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, mi sento di giustificare le posizioni di coloro i quali collocano la suddetta *authority* in una «zona grigia» dell'ordinamento, vale a dire in quella categoria di autorità a cui sarebbe bene riconoscere il ruolo di organo *paragiurisdizionale*, con forma amministrativa e funzioni giurisdizionali. Il rispetto dei principi del «giusto processo» si rende a mio giudizio essenziale per tutelare l'interesse pubblico alla correttezza delle relazioni di mercato tra i consociati.

A corroborare queste mie conclusioni si pone anche il riconoscimento all'autorità amministrativa indipendente dei poteri di *advocacy* che fanno emergere la sua funzione maieutica rispetto agli organi esecutivi e politici del nostro ordinamento, dai quali l'AGCM si rende assolutamente indipendente, a riprova dell'idea comunemente condivisa che la principale fonte di distorsione della concorrenza nel nostro

ordinamento sia prodotta proprio dall'intervento discrezionale degli organi politici²⁴⁸. Anche la recentissima direttiva europea introdotta per conferire alle ANC poteri di applicazione più efficace della normativa *antitrust*, si allinea perfettamente con le considerazioni appena svolte, visto che attribuisce all'AGCM poteri che la elevano in una posizione nettamente più importante rispetto a quella riservata alle altre autorità amministrative indipendenti, facendo iperbolicamente ritenere che vi sia quasi un avvicinamento consistente della disciplina sanzionatoria italiana a quella americana la cui rigidità e severità è nota agli annali per via della tradizione di imputazione penalistica della responsabilità per condotte anticoncorrenziali.

Lasciando alla migliore dottrina e all'attento Legislatore il compito di valutare le modalità con cui concretamente attuare le innovazioni comunitarie, qui mi limito a esprimere tutto il mio ottimismo verso l'accoglimento plaudente dell'intensificazione delle competenze dell'AGCM volute dal legislatore comunitario, a suggellare le *supra* esposte considerazioni sul ruolo a tratti giurisdizionale riconosciuto a tale importantissima *authority*.

Nel timido tentativo di proporre soluzioni giuridiche alternative, sento di dovermi rimettere deferentemente al modello di legge presentato dal Senatore Guido Rossi durante i lavori di redazione del progetto di legge antimonopolio, svolti alla fine degli anni '80 dalla Commissione Parlamentare presieduta da Franco Romani. L'idea del Senatore già allora presidente della Consob, era quella di istituire una Commissione della Concorrenza di nomina governativa che, in fatto di intese e abusi, fosse titolare di poteri inquirenti e sanzionatori, ma non decisori, i quali dovevano piuttosto essere assunti dalla magistratura ordinaria. L'idea venne bocciata, a sostegno delle posizioni dell'allora Ministro dell'Industria Adolfo Battaglia, il quale sostenendo posizioni maggiormente liberali, propose una soluzione di compromesso in cui i poteri decisionali fossero comunque attribuiti all'Autorità della Concorrenza, ma con la

²⁴⁸ *La rivoluzione incompiuta, 25 anni di antitrust in Italia*- Alberto Pera, Marco Cecchini, Fazi Editore, Roma 2015, pp.57.

definizione di precisi parametri entro i quali maturare la propria decisione sugli illeciti²⁴⁹.

Nell'ottica di una possibile apertura legislativa all'introduzione di innovazioni strutturali del nostro sistema di tutela della concorrenza, a mio dire ancora acerbo per quel che riguarda gli obiettivi di radicamento dei valori della concorrenza, ritengo che la ripartizione delle competenze istruttorie e decisionali tra AGCM e magistratura ordinaria si proponga come la soluzione più funzionale alla tutela del nostro mercato dalle distorsioni della concorrenza, esorcizzando anche il rischio di interventi *autoreferenziali* di un'Autorità che per salvare sé stessa dal severo giudizio di improduttività, potrebbe arrivare ad assumere decisioni ridondanti ed eccessive, potenzialmente nocive rispetto alle impellenti necessità di giustizia e certezza del diritto.

²⁴⁹ Op. Cit. *La rivoluzione incompiuta, 25 anni di antitrust in Italia*- Alberto Pera, Marco Cecchini.

BIBLIOGRAFIA

- A. CATRICALÀ, A. LALLI, *L'antitrust in Italia, Il nuovo ordinamento*, Giuffrè editore 2010.
- A. CATRICALÀ, M. P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Dike giuridica, Roma.
- A. FIEBIG, *Private enforcement of Antitrust Law in the United States of America*, di *Dizionario semantico del diritto della concorrenza*, a cura di Lorenzo F. Pace, Jovene editore, Napoli, 2013.
- A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008.
- A. PERA, M. CECCHINI, *La rivoluzione incompiuta, 25 anni di antitrust in Italia*-Fazi Editore, Roma 2015.
- A. SIMMONS, *Sherman act and foreign trade*, Heinonline
- C. FOTINA, *L'Agcom pronta a chiedere più poteri al nuovo Parlamento*, Il Sole24ore, 22 marzo 2018
- C. IMBRIANI, A. LOPER, *Macroeconomia, un'introduzione. Mercati, Istituzioni Finanziarie e Politiche*, UTET, 2016.
- C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI *20 anni di antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, Tomo I.
- Delibera n. 507/17/CONS, AGCOM
- E. GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003* –G. Giappichelli editore, Torino.
- E. VERDOLINI, *La legittimazione dell'Autorità antitrust come giudice a quo: quale identità giuridica per l'AGCM?* 22 novembre 2018
- ECN working group cooperation issues and due process. *Decision-making powers report*, 31 Ottobre 2012, http://ec.europa.eu/competition/ecn/decision_making_powers_report_en.pdf

Enhancing Competition Enforcement by the Member States' Competition Authorities: Institutional and Procedural Issues, SWD(2014) 231final, <http://ec.europa/competition.eu>

F. CINTORI, G. OLIVIERI, *I poteri cautelari dell'AGCM tra diritto comunitario e diritto interno*.

F. FRACCHIA, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo, diciottesima edizione completamente riveduta. Aggiornata e corredata di schemi grafici sul processo* Giuffrè editore Milano 2016.

F. GERBO, in, *Antitrust e proprietà intellettuale. Profili sostanziali, public e private enforcement*, Cerulli Irelli Vittorio e Bellucci Virginia, CEDAM, gennaio 2019
Giacinto della Cananea e Giulio Napolitano, *Per una nuova costituzione economica*, Società editrice Il Mulino, Bologna 1998.

F. GHEZZI, *L'efficacia dei poteri di enforcement delle autorità antitrust nazionali nella proposta di Direttiva europea e le possibili conseguenze sul sistema sanzionatorio italiano*, Rivista delle società (2017)

F. GHEZZI, G. OLIVIERI *Diritto antitrust*, - G. Giappicelli editore – Torino.

F. GIANFRATE, *Il parallel trade dei farmaci in Europa*, www.farmacivirtuale.it

G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, Editrice CLUEB, Bologna, 1991.

G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, 1992.

G. DOSSETTI, *La Costituzione della Repubblica oggi*, 1995.

G. OLIVIERI, G. Giappicelli editore *Diritto Antitrust, Quarta edizione* - Vito Mangini — Torino 2012.

HAINING ZHAN, *Achievement to date and challenges ahead: China's antitrust law and its implications*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 36, no. 2, Fall 2008, pp. 229-258. *HeinOnline*, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sjilc36&i=238>

L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Giuffrè editore, Milano 2005.

L. F. PACE, *Dizionario semantico del diritto della concorrenza* - JOVENE EDITORE 2013.

L.MICCOLI, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/2014 e del d.lgs. 3/2017*, rivista online JusCivile, 2017, 4

M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*.

M. CLARICH, *Autorità amministrative indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Il mulino 2005.

M. CLARICH, *L'attività economica è libera. La legge può prevedere limiti e controlli indispensabili per la tutela di interessi pubblici*", ApertaConrada, *Riflessioni su società, diritto, economia. Dossier su l'art 41 della Costituzione*

M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, , Giuffrè Editore, Milano 2014.

M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, Moneta e credito, vol. 68 n.272 2015.

M.SCHIRRIPA, *Danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*- www.comparazionediritto.civile.it

N. IRTI, *Iniziativa economica e concorrenza*.

N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, G.Giappichelli editore, Torino 2009.

N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie* Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia, e di scienza dell'amministrazione

PLATONE, *Teeteto*, 149 a-151 d

Relazione sulla politica di concorrenza 1993.

S.CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Editore La terza, Bari 2013.

TIE HU, *Private enforcement of Antitrust Law in China*, tratto da *Dizionario semantico del diritto della concorrenza*, Lorenzo F. Pace, Jovene editore Napoli, 2013.

www.agcm.it

XIAOYE WANG, *Highlights of China's new anti-monopoly law*, *Antitrust Law Journal* 6th edition (2008), 75, pp. 133, HeinOnline