

INTRODUZIONE

L'idea di raccogliere in questo volume una serie di scritti sul diritto della concorrenza, risalenti all'ultimo quadriennio, nasce da due circostanze.

La prima è quella più comune a questo tipo di iniziative editoriali. La partecipazione a convegni e seminari dedicati a questi argomenti e la pubblicazione sparsa in volumi e riviste di alcuni saggi, ha dato luogo ad un percorso che ha una sua unitarietà e coerenza. Direi, sia una unità tematica sia una coerenza su alcune linee di pensiero: dalla necessità di assicurare la profondità del procedimento istruttorio nel *public enforcement*, specie di fronte alle sfide della modernità, al valore della ricerca della verità, da coltivare possibilmente di più che non nel passato; dalla difesa del sindacato processuale non sostitutivo del giudice chiamato a controllare le sanzioni irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, all'esigenza che tale giudice non defletta dal dovuto rigore nell'accertamento di tutti i fatti venuti in gioco nel corso del procedimento. La sensazione che emerge è quella di un'esperienza sicuramente di successo che tuttavia può ancora probabilmente trovare una posizione di miglior equilibrio tra due dimensioni che si sono proposte nel corso degli anni: da quella prevalentemente negoziatrice e meno sanzionatoria, che aveva dato moltissima fiducia all'istituto degli impegni *ex art. 14-ter* della legge n. 287/1990, a quella prevalentemente sanzionatoria e che però sembra talora interpretare in fase istruttoria il procedimento come un luogo di consolidamento dell'accusa iniziale piuttosto che come una verifica dell'accertamento della verità (giuridica) dei fatti.

La seconda ragione è più particolare e deriva dal fatto che nel corso degli ultimi anni si sono verificate alcune circostanze che hanno mostrato come il fenomeno giuridico della tutela della concorrenza si vada snodando attraverso più fasi, ciascuna con una propria istituzione di riferimento, e come le fasi si vadano sempre più legando l'una all'altra. È, questa, una concatenazione che non può essere trascurata dai protagonisti e che, anzi,

li vincola sempre più ad agire l'uno tenendo conto delle funzioni e dei compiti assegnati all'altro. Gli scritti si sforzano, insieme, di dimostrare questo legame e le sue conseguenze.

Si pensi all'assimilazione del procedimento di *public enforcement* alla "accusa penale" dell'art. 6 CEDU, così come voluta dalla Corte internazionale EDU a ciò competente ed alla conseguente necessità, riconosciuta pressoché da tutti gli specialisti, che le lacune che presenta il procedimento di AGCM rispetto al parametro processualpenalistico vadano colmate nel processo amministrativo. Un processo che deve essere di *full jurisdiction*, appunto. Procedimento e processo si legano ancor più, vicendevolmente.

Si pensi, ancora, alla grande novità introdotta in Italia dall'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017, che, recependo la direttiva UE n. 104/2014, ha previsto che il provvedimento di AGCM sia vincolante, per quanto riguarda *la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale*, nei confronti del giudice del *private enforcement*, lasciandogli, quantomeno sul piano letterale, solo il compito di accertare il nesso causale e l'entità del danno. Questa norma è, forse, il principale collante di questo libro. L'accertamento dell'illecito civile sembra compiersi parzialmente prima ancora del suo naturale processo, nella sede del procedimento amministrativo e negli esiti di quest'ultimo così come filtrati dal processo amministrativo. E l'attrazione delle tre competenze (quella amministrativa, quella processuale amministrativa e quella processualciviltistica) in un fascio sostanzialmente unitario di cognizione che si sussegue nel tempo con la produzione di una serie di effetti giuridici concatenati – con tutti i non pochi problemi ricostruttivi che ne derivano – è simbolicamente esplicitato dal fatto che proprio l'art. 7, che dovrebbe disciplinare solo il fronte del processo civile, in realtà dice anche altro. Si occupa pure del processo amministrativo, ammonendo che "il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata" e aggiungendo che detto sindacato "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". Sempre l'art. 7, poi, ricorda che è necessario che il provvedimento emanato in sede di *public enforcement* si curi di fissare la "portata materiale, personale, temporale e territoriale" della condotta illecita, per consentire al giudice di ritagliare l'effetto vincolante.

Il legame tra le varie fasi di questa vicenda giuridica è ancor più evidenti perché comporta una responsabilizzazione maggiore per quelle istitu-

zioni che “vengono prima”. Così, l’Autorità deve soppesare attentamente ogni sua valutazione. Infatti il suo accertamento – se presente – circa gli “effetti” della violazione, così come di un “oggetto” capace di alterare la concorrenza, in prima battuta impegnerà, come ormai consueto, il giudice amministrativo nel suo controllo di ragionevolezza e proporzionalità esteso a tutte le considerazioni rilevanti, incluse quelle intrise di analisi economica; in seconda battuta, esso potrà influire sulla decisione del giudice della controversia risarcitoria, e persino sui profili di sua comunque riservata giurisdizione, quali il nesso causale e la quantificazione del danno, come si vedrà. Il giudice amministrativo, dal canto suo, dovrà sempre ricordare sia che la sua giurisdizione piena serve anche a rispettare le garanzie poste dalla CEDU sia che l’effetto vincolante del provvedimento amministrativo è quello che risulterà “sfrangiato” – e comunque doverosamente ben verificato sui fatti – all’esito del giudicato amministrativo. Infine, il giudice civile non dovrà dimenticare che questo modello deve comunque intonarsi con i principi fondamentali della Costituzione repubblicana. Sicché, pur agendo come parte di un “concerto istituzionale”, Egli potrà e dovrà attenersi ad un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 7, in modo da circoscrivere la portata dell’effetto vincolante del provvedimento ai fini delle cause risarcitorie e da conquistare il giusto spazio alla sua cognizione processuale.

Le novità che abbiamo ricordato ci proiettano verso il futuro di questa partizione dell’ordinamento, un futuro a pieno titolo nazionale e sovranazionale e per molti aspetti proiettato in un dibattito convergente che varca persino le soglie del nostro continente per andare alle radici statunitensi di questa disciplina; e non soltanto. Il diritto della concorrenza è uno dei rarissimi e tangibili casi di “globalismo giuridico”, nel suo specifico caso sì tangibile e suscettibile di effettivo rilievo nelle scienze giuridiche, persino per la sfera del diritto amministrativo, per sua natura invece piuttosto refrattario e legato alla dinamica del diritto interno o tutt’al più europeo. E lo sguardo verso il futuro non può che affacciarsi sui temi che la modernità proprio al diritto *antitrust* chiede di affrontare: *big data*, *sharing economy*, nuovi poteri di mercato delle piattaforme, riduzione delle disegualianze. Questi problemi rendono di ancor più speciale attualità questo comparto giuridico e chiedono capacità di intervento, di equilibrio e di raccordo alle istituzioni protagoniste dal concerto.

Ecco il perché del titolo sugli *Orizzonti della tutela della concorrenza in Italia* e il sottotitolo dedicato alle tre *Istituzioni della concorrenza*: AGCM, giudice amministrativo e giudice civile.

Il primo capitolo esamina l'esperienza del *public enforcement* in Italia dal punto di vista storico. Si propone di spiegare le ragioni di un successo istituzionale e di stilare almeno tre fasi storiche che ne hanno contraddistinto l'evoluzione. Si tratta del saggio dedicato ad AGCM, intitolato *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il suo ruolo unificante nell'ordinamento*, che è stato pubblicato in occasione degli studi sui 150 anni dall'unificazione amministrativa d'Italia, in M. CAFAGNO-F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia, A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. V, Firenze, 2016, 509 ss.

Il secondo capitolo guarda invece al futuro. Riprendendo stimoli dal dibattito di questi ultimi tempi, si interroga sulla collocazione del *public enforcement* in un'attualità non facile da decifrare. Il quadro si arricchisce delle sfide portate dalla crisi economico-finanziaria, dalle diseguaglianze e dai nuovi poteri di mercato che la rete ha nel frattempo consolidato, coinvolgendo tutti noi in una nuova rivoluzione industriale, sociale e culturale che abbiamo ancora tante difficoltà ad interpretare. Lo scritto tenta di individuare un punto di equilibrio tra istanze contrapposte, che la nostra Autorità, in sé munita di relevantissimi poteri, sarà chiamata a trovare: una sfida importante, indubbiamente. L'elasticità possibile delle fattispecie *per se*, il ruolo della tutela del consumatore e la valorizzazione di figure sinora minori, come l'abuso di sfruttamento, sono in primo piano e molte novità sono già tangibili nella più recente attività di AGCM. Lo scritto è stato pubblicato in *Diritto amministrativo e società*, vol. I, *Studi introduttivi*, Bologna 2018, 229 ss., curato dalla SPISA (Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica Alma Mater Studiorum dell'Università di Bologna).

Il terzo capitolo è inedito e propone una trattazione il più possibile completa del nuovo istituto disciplinato dall'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, che ha dato ad AGCM la legittimazione ad impugnare con ricorso al giudice amministrativo gli atti amministrativi che siano in contrasto con le regole di tutela della concorrenza. Avevo già scritto due volte su questo istituto, con due contributi molto diversi: uno studio a prima lettura di taglio generale, con molti quesiti ma anche qualche proposta all'indomani di una norma decisamente innovativa; un'analisi dedicata ad un Commentario alle leggi sul processo amministrativo, che ha inteso solo riassumere lo stato della dottrina e della giurisprudenza. Torno così, con analisi che si auspica completa, su una norma che definirei "chiave" del sistema di tutela della concorrenza, perché salda questo inedito potere di ricorso alla funzione di

advocacy dell’Autorità e perché, ancora una volta, mostra un fenomeno di “condivisione istituzionale” (qui col giudice amministrativo) del problema della concorrenza in termini generali.

Il quarto capitolo riprende un altro tema cruciale e molto discusso in questi ultimi tempi: quello dei rapporti tra AGCM e le autorità di regolazione. È vero che le frizioni dell’una competenza amministrativa rispetto alle altre si è registrato nel campo della repressione delle pratiche commerciali scorrette anziché in quello dell’antitrust *public enforcement*. Però, oltre ad essere un problema ancor oggi irrisolto, nonostante un recentissimo intervento della Corte di giustizia UE, questa vicenda della sovrapposizione di competenze tra autorità consente di inquadrare meglio le attitudini di AGCM stessa e la naturale propensione espansiva del potere pubblico, che anche nel campo *antitrust* resta questione aperta, specie nel quadro del concerto istituzionale che si è descritto e della forza di condizionamento che di AGCM è propria. Inoltre, qui si coglie con evidenza quale incidenza abbia sulla vigilanza esercitata da AGCM l’impronta consumeristica e come, a ben vedere, si vada creando in nome di essa un collegamento finalistico tra i due settori di attività amministrativa: vigilanza *antitrust* e pratiche scorrette, appunto. Il lettore potrà mettere a questo fine in comparazione questo quarto capitolo col capitolo secondo. Lo scritto è stato pubblicato negli *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, tomo I, Napoli, 181 ss., ma è stato qui integrato con un paragrafo dedicato alla recentissima sentenza della Corte di giustizia del 2018.

Il quinto capitolo apre l’attenzione verso il giudice amministrativo e tratta della questione che riguarda la qualificazione del procedimento *antitrust* come procedimento basato su una “accusa penale”, la questione del rispetto delle relative garanzie difensive, i dubbi sulla permanenza della terzietà del Collegio dell’Autorità (dubbi recentemente avallati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 13/2019). Quindi, si osserva come la tensione si “scarichi” inevitabilmente sul processo amministrativo, che dovrà allora assicurare lo standard della *full jurisdiction*. Partendo da ciò, si è infatti aperta l’ennesima *querelle* sulla adeguatezza del sindacato sul *public enforcement*, effettuato in Italia dal Tar del Lazio e dal Consiglio di Stato.

Il sesto capitolo deve registrare che la grande novità dell’effetto vincolante sul giudice civile del provvedimento di AGCM si manifesta anch’esso come un fattore che pone in primo piano l’effettività del sindacato del giudice amministrativo. La vincolatività del provvedimento amministrativo è un dato dirompente. Nei fatti, pressoché tutte le decisioni sanzionatorie di

AGCM sono impugnate davanti al giudice amministrativo. Sicché quel che è vincolante, alla fine, è il giudicato amministrativo, quale filtro necessitato del provvedimento. Questo ha rilanciato in questi giorni il dibattito sull'idoneità del sindacato di quest'ultimo giudice, che alcuni vorrebbero fosse ampliato ad una dimensione sostitutiva "pura", sul rapporto inteso come rapporto di diritto privato. Sennonché è molto dubbio che si possa (e che sia, alla fin fine, opportuno) andare così lontano, come cerco di spiegare nel mio scritto. Certo è che il giudice amministrativo dovrebbe meglio verificare l'adeguatezza sostanziale del processo (e non delle formule) a questi nuovi e preponderanti effetti del provvedimento *antitrust*, impegnandosi anche in alcuni possibili adattamenti di stampo organizzativo.

Entrambi questi due scritti sono stati pubblicati nella rivista *Diritto processuale amministrativo*, il primo nel 2015, il secondo nel 2019. Il secondo prosegue nelle riflessioni sul giusto processo che avevo già avuto modo di esporre all'ormai rituale appuntamento del XIII Antitrust Conference di Treviso del maggio 2018.

Il settimo capitolo, inedito, è quello dedicato al *private enforcement* e non poteva che essere incentrato sull'art. 7 e sull'effetto vincolante del provvedimento di AGCM. Lo si è esaminato senza dimenticare i problemi di compatibilità col quadro costituzionale, che è doveroso menzionare perché il principio secondo il quale il giudice è soggetto soltanto alla legge ai sensi dell'articolo 101 della Costituzione ha carattere fondamentale ed è qui sottoposto ad una obiettiva tensione. Si è scelto poi di focalizzare l'attenzione su una figura di illecito in particolare: la pratica concordata, sia perché si tratta di una figura alla quale molto frequentemente la prassi del *public enforcement* deve ricorrere, sia perché presenta dei problemi applicativi molti rilevanti e sui quali si misura quanto sia avanzata la soglia di "protezione" delle azioni risarcitorie che dal decreto legislativo dovrebbe derivare. La proposta di questo capitolo, come si vedrà, è quella che affida al giudice civile un'interpretazione costituzionalmente orientata, in modo da recuperare degli ambiti di cognizione che a mio parere sono possibili anche in armonia con le indicazioni che provengono dalla direttiva 104/2014.

Infine, si è aggiunta un'appendice dedicata ad un tema che ha appassionato i cultori del diritto della concorrenza (e non solo) e posto alla ribalta dalla stessa AGCM, vale a dire se l'Autorità potesse porsi come giudice *a quo* al fine di sollevare una questione di legittimità costituziona-

le. La Corte costituzionale lo ha negato, con la già menzionata sentenza n. 13/2019. Si riportano, perciò, sia l'ordinanza con cui AGCM aveva sollevato la questione, ampiamente motivando sulla propria natura di giurisdizione *a quo*, sia la sentenza, che nega invece la terzietà del Collegio giudicante rispetto agli uffici e ribadisce il carattere amministrativo delle autorità indipendenti, inclusa AGCM.

