

Il diritto della concorrenza in Germania: osservazioni e valutazioni in prospettiva europea¹

Philipp Fabbio

ABSTRACT:

Il presente contributo si propone di individuare e valutare criticamente i tratti di fondo dell'antitrust tedesco contemporaneo in prospettiva europea. Nell'introduzione si spiega che l'esperienza tedesca presenta vari profili di interesse, ma che ciò nonostante essa risulta poco conosciuta e poco studiata al di fuori dei confini nazionali. Se ne ipotizzano le ragioni. La prima parte offre alcuni cenni storici e di contesto. In particolare, si illustrano, da un lato, il ruolo del diritto antitrust tedesco nel discorso pubblico e nella vita economica e, dall'altro, la sua matrice ordoliberalista. La seconda parte si concentra sui tratti distintivi che, oggi, l'esperienza tedesca ancora presenta, nel confronto con altri Stati membri e con il diritto dell'Unione Europea: i) l'importanza attribuita alla componente giuridica, importanza che si manifesta nella legislazione, nella motivazione dei provvedimenti amministrativi e giudiziali, nonché nel lavoro della dottrina. Di tale caratteristica si valutano i pro e i contro. ii) La relazione con il diritto europeo, relazione che si è sviluppata nei decenni all'insegna di una forte influenza dell'esperienza tedesca su quella comunitaria e, al tempo stesso, di una relativa autonomia della prima rispetto alla seconda. Di notevole oggi rimane di questa relazione la capacità del sistema tedesco di sottoporre ad un vaglio critico le soluzioni offerte dal diritto vivente europeo, non solo sul piano dell'opportunità, ma anche della compatibilità con i principi del diritto interno, anche costituzionali. iii) La capacità di innovare. Secondo alcuni, il sistema antitrust tedesco si caratterizzerebbe oggi pure per la sua capacità di innovare. Si segnala, in effetti, il programma tedesco per una politica antitrust attiva nei mercati dell'economia digitale, programma portato avanti a vari livelli (scientifico, legislativo e amministrativo). Nella terza parte si offrono alcuni esempi riguardanti temi "caldi" dell'antitrust, ammende ed economia digitale, e in particolare: i) il problema del massimo edittale in materia di sanzioni, inteso in alcune giurisdizioni come mera soglia di contenimento, in altre a partire dalla Germania come massimo edittale in senso proprio; ii) il problema dei criteri di imputazione dell'illecito antitrust a fronte di vicende modificative dell'impresa; iii) il caso Facebook.

Parole chiave: antitrust; Germania; ordoliberalismo

¹ Il presente contributo riprende, con approfondimenti e aggiornamenti, il testo della relazione "Il diritto della concorrenza in Germania", presentata al Convegno dell'Associazione per gli Scambi Culturali tra Giuristi Italiani e Tedeschi tenutosi a Roma il 4 ottobre 2019 in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. L'autore è Professore ordinario di diritto commerciale, Università Mediterranea di Reggio Calabria; email: philipp.fabbio@unirc.it.

This article aims at identifying and assessing the salient features of contemporary competition law in Germany. Part One provides some historical and institutional background, illustrating the role of competition law in both German society and in its economic system, and the influence of Ordoliberalism on Germany's competition law. Part Two focuses on the three most distinctive features of German competition law and their comparison to those of the EU and other Member States. Firstly, its legalistic approach and how this can be found in the drafting of its statutes, in the reasoning of administrative and judicial decisions as well as in legal scholarship. The pros and cons of this distinctive feature are critically evaluated. Secondly, the decades long relationship between German and EU antitrust: Germany's competition law has strongly influenced EU law developments, while preserving a relative autonomy from EU antitrust. Through this, the German competition law system is able to critically evaluate solutions found at the EU level, both with respect to their political desirability and their compatibility with German law and constitutional principles. Thirdly, the innovative abilities of Germany's competition law system. Germany has recently adopted an innovative agenda aimed at a proactive competition policy in digital markets. This agenda is being pursued at various levels: academic, legislative and administrative. Part Three discusses three examples relative to current hot topics of antitrust. The first example relates to the interpretation of the legal threshold to administrative fines; the second deals with antitrust liability in cases of company restructuring and asset deals; and the third is provided by the Facebook case.

Keywords: antitrust; Germany; Ordoliberalism

SOMMARIO:

1. Introduzione. – 2. Cenni storici. L'antitrust tedesco come esperienza di successo. La matrice ordoliberalista. – 3.1. I tratti distintivi dell'antitrust tedesco contemporaneo. L'importanza attribuita alla componente giuridica. – 3.2. La relazione con l'antitrust comunitario. L'influenza esercitata dall'antitrust tedesco. E la sua (relativa) autonomia rispetto al diritto comunitario. – 3.3. La capacità di innovare. Le sfide dell'economia digitale. – 4.1. Alcuni esempi. Il limite del 10% del fatturato in materia di sanzioni pecuniarie: mera soglia di contenimento o massimo editale in senso proprio? – 4.2. Responsabilità per illecito antitrust e vicende modificative dell'impresa: tra principio di personalità e principio di continuità economica. – 4.3. Il caso Facebook.

1. *Introduzione.*

Rispetto all'odierna esperienza del diritto della concorrenza in Germania², può essere interessante chiedersi quali siano i suoi tratti distintivi nel confronto con gli altri Stati membri e con l'Unione Europea, e quali spunti di rifles-

² L'espressione "diritto della concorrenza" sarà qui impiegata in senso stretto come sinonimo di "diritto antitrust" e, quindi, con esclusione della disciplina degli appalti pubblici, anch'essa contenuta nella "Legge contro le restrizioni della concorrenza" – *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, abbr. GWB, nonché con esclusione della disciplina della concorrenza sleale, contenuta nella "Legge contro la concorrenza sleale" – *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, abbr. UWG.

sione utili se ne possano trarre, in un contesto che è pur sempre di accentuata armonizzazione dei diritti nazionali (in origine spontanea dal basso, oggi pure tramite atti legislativi comunitari) e di stretto coordinamento tra autorità nazionali e comunitaria.

Fuori dalla Germania l'esperienza antitrust tedesca è poco conosciuta e poco studiata, soprattutto per quanto riguarda gli aspetti più generali. Certamente essa non ha ricevuto dagli studiosi la stessa attenzione riservata al diritto statunitense (quando in altri ambiti, si pensi p.e. al diritto societario, l'ordinamento tedesco da sempre offre un fondamentale termine di comparazione e una importante fonte di ispirazione).

Uno studio notevole, ma anche un'eccezione, che merita di essere particolarmente segnalato, è quello che un autore statunitense, David J. Gerber, ha dedicato al diritto della concorrenza tedesco in un libro della fine degli anni Novanta³. Il libro offre un contributo importante sulla storia dell'antitrust in Europa, perché in esso si dimostra che, a dispetto di certi luoghi comuni, i diritti della concorrenza tedesco ed europeo non sono imitazioni più o meno riuscite dell'antitrust americano, ma si sono sviluppati da una tradizione e secondo percorsi autonomi, che – a differenza dell'antitrust americano – ne fanno pure un modello più immediato per altri Paesi. È noto, p.e., che l'antitrust tedesco è stato la principale fonte di ispirazione per il legislatore cinese, quando nel 2008 veniva adottata in Cina la prima normativa organica in materia⁴.

L'esperienza tedesca è in Europa tra le più risalenti (il *Gesetz gegen Wett-*

³D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, New York, OUP, 1998. Rare sono altrimenti le presentazioni dell'esperienza tedesca in ottica comparatistica che vanno oltre la ricognizione del dato normativo. Si segnalano qui: A.R. FIEBIG, *The German Federal Cartel Office and the Application of Competition Law in Reunified Germany*, in *U. Pa. J. Int'l Bus. L.*, 1993, 373 ss. e, più risalente, P.E SHAPIRO, *The German Law against Restraints of Competition: Comparative and International Aspects*, in *Columbia L. R.*, 1962, 48 ss., 201 ss.

⁴V., per tutti, W. XIAOYE, *The Evolution of China's Antimonopoly Law*, Cheltenham, Elgar, 2014, xvi-xvii.

Riporta la notizia che il legislatore cinese avrebbe di recente considerato l'adozione nella legge antitrust di un divieto di abuso di dipendenza economica, modellato sull'esempio tedesco e di Paesi vicini (Corea e Giappone), A. EMCH, *China eliminates antitrust overlaps in Anti-Unfair Competition Law*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 30 novembre 2017.

Un divieto di abuso di dipendenza economica, chiaramente ispirato dal precedente tedesco, è stato da ultimo introdotto nella legge antitrust belga: *Wet van 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van Economisch Recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen*, in *Belgisch Staatsblad*, 24 maggio 2019.

bewerbsbeschränkungen o *GWB* è entrato in vigore il 1° gennaio 1958); muove da una tradizione di pensiero autoctona, l'ordoliberalismo, che ne ha definito i tratti fondamentali; offre una casistica e un'elaborazione dottrinale molto ricche, paragonabili a quelle statunitensi; e ha sempre manifestato e in qualche misura ancora oggi lascia riconoscere significativi tratti di originalità, nei contenuti e nel metodo; infine, l'esperienza tedesca ha fortemente influenzato, a tratti in modo determinante, l'evoluzione dell'antitrust comunitario. A tutt'oggi la comunità antitrust tedesca (funzionari, giudici, professori e avvocati) esprime, in Europa, una voce autorevole, nelle istituzioni, nella professione e nell'accademia.

Se oggi questa esperienza – al di là della singola decisione o della singola innovazione legislativa – è poco studiata, ciò si deve con ogni probabilità alla barriera linguistica, ma anche alla convinzione che, semplicemente, non valga la pena di studiarla, sul presupposto che si tratterebbe solo di una variante nazionale come altre, e che ormai il diritto della concorrenza in Europa sarebbe solo quello comunitario o di derivazione comunitaria. La tesi che si cercherà qui di svolgere è che, invece, l'antitrust tedesco presenta a tutt'oggi alcuni tratti originali, che valgono a renderlo un termine di comparazione interessante e utile.

Il presente contributo si divide in tre parti: nella prima parte si daranno alcuni cenni storici e di contesto; nella seconda parte ci si concentrerà su quelli che si è ritenuto di poter individuare come tratti distintivi, attuali, dell'esperienza tedesca; nella terza parte si porteranno alcuni esempi.

2. Cenni storici. L'antitrust tedesco come esperienza di successo. La matrice ordolibérale.

In Germania, dal secondo dopoguerra ad oggi, al diritto antitrust è stato riconosciuto un ruolo importante, nelle agende politiche, nel discorso pubblico, nella vita economica, più di quanto sia avvenuto e tuttora avvenga in altri Stati membri.

A questo proposito si ricorda talvolta che il cancelliere socialdemocratico Willy Brandt, nel 1969, nel suo discorso di insediamento dedicava un lungo passaggio al *GWB*, come parte di una politica economica rivolta a beneficiare piccole-medie imprese, consumatori e lavoratori⁵. Più di recente, un editoriale

⁵ *Regierungserklärung* del 28 ottobre 1969, https://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0021_bra&object=translation&l=de

a firma del ministro dell'economia Brigitte Zypries, di presentazione della nona novella del GWB, rivendica con orgoglio la tradizione dell'antitrust tedesco, la sua matrice ordoliberal, il suo ruolo centrale per l'economia nazionale e, insieme, la sua capacità di guardare al futuro, tanto da farne “una delle legislazioni più avanzate al mondo”⁶. Ma basta sfogliare un quotidiano tedesco, per rendersi conto dell'importanza che viene attribuita all'antitrust, che si tratti di decisioni dell'autorità nazionale o della Commissione Europea, di sentenze destinate a fare precedente, di contenziosi civili in atto, di progetti di riforma o altro.

Non solo all'antitrust si attribuisce un ruolo importante, ma esso è anche considerato una storia di successo. La prima e fondamentale ragione di ciò è che l'antitrust è stato fin dall'inizio parte integrante del modello tedesco dell'“economia sociale di mercato”; e nel senso comune viene pertanto associato al cd. miracolo economico del secondo dopoguerra e alla prosperità economica dei decenni successivi⁷.

È una credenza diffusa che determinanti per l'adozione del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, che nel 1958 prendeva il posto delle leggi di decartellizzazione alleate, siano stati l'impulso politico e l'influenza intellettuale statunitensi. In realtà, la legge del 1958 e tutta la successiva esperienza antitrust tedesca affondano le loro radici e traggono il loro principale alimento da un dibattito autenticamente autoctono⁸. Dibattito nel quale ha svolto un ruolo centrale, e in qualche misura si direbbe continui ad avere un ruolo, magari sotto-traccia, l'ordoliberalismo, filone tedesco del pensiero liberale⁹.

⁶ B. ZYPRIES, *Die 9. GWB-Novelle: Ein Wettbewerbsrecht auf der Höhe der Zeit*, in *WuW*, 2017, 225 ss.: la nona novella renderà il GWB “una delle più moderne legislazioni antitrust del mondo”, predisponendo uno “strumentario avanzato e flessibile”, per “proteggere la concorrenza di fronte alle sfide del Ventunesimo secolo nel senso di una Ordnungspolitik correttamente intesa”.

⁷ D.J. GERBER, (nt. 3), 332. V., da ultimo, B. ZYPRIES, (nt. 6).

⁸ Per un'attenta ricostruzione del dibattito ordoliberal e della sua influenza sul diritto antitrust, prima tedesco e poi europeo, D.J. GERBER, (nt. 3), cap. VII – IX, 233 ss.

⁹ Un'attestazione recente di una certa vitalità dell'ordoliberalismo è, tra le altre, l'editoriale sopra richiamato del ministro B. ZYPRIES, (nt. 6). L'editoriale si apre significativamente con una citazione di Ludwig Erhard (cristiano-democratico, ministro delle finanze, poi cancelliere ed esponente di spicco dell'ordoliberalismo, considerato artefice del miracolo economico tedesco), e chiude con l'evocazione del concetto di *Ordnungspolitik*, concetto ordoliberal per eccellenza.

Dalla letteratura si segnala, a titolo di esempio, T.D.O. VAN DER VIJVER, *Law and Order: Exploring What Lessons Ordoliberalism Holds for African Competition Law Regimes*, in *World Competition*, 2019, 419 ss. (che sviluppa la tesi per cui nei Paesi africani – contro

Le dottrine ordoliberali, dopo un'esistenza semi-clandestina negli anni Trenta e primi Quaranta, trovarono lo spazio per affermarsi nel dibattito accademico e sulla scena politica nel secondo dopoguerra, nella crisi post-nazista. L'ordoliberalismo condivide con la tradizione liberale l'idea che la concorrenza tra imprese sia uno strumento fondamentale per realizzare il benessere collettivo; ma, al tempo stesso, assume come necessario un ruolo forte dello Stato, che deve assicurare una cornice istituzionale idonea a garantire il mantenimento di una situazione di concorrenza effettiva nel mercato, e ad evitare l'accumulazione di potere privato, ritenuta dannosa per la libertà delle imprese e dei consumatori e per le istituzioni democratiche¹⁰.

Gli ordoliberali non si sono limitati a teorizzare la necessità di una politica antitrust attiva, ma hanno anche teorizzato per l'antitrust un certo assetto istituzionale e certi contenuti, che poi si ritroveranno nel GWB e nella sua applicazione.

Quanto all'assetto istituzionale, veniva in particolare teorizzata la preferibilità di un modello, in cui l'intervento antitrust è affidato (non ad una pubblica amministrazione dotata di poteri discrezionali: è questo invece un modello che aveva conosciuto una certa diffusione in Europa tra le due guerre; bensì) ad un'autorità amministrativa indipendente, che decide applicando regole di condotta sufficientemente chiare e predefinite, e le cui decisioni sono appellabili, nel senso di interamente rivedibili davanti all'Autorità giudiziaria¹¹.

Quanto ai contenuti, la principale critica che si è mossa all'ordoliberalismo è quella di una certa debolezza analitica: l'idea di concorrenza, nel pensiero ordoliberalesco, finiva difatti per coincidere con quella di "assenza di potere di mercato", e si avvicinava così al modello di concorrenza perfetta dell'economia neoclassica, che oggi è pacificamente considerato inadatto a rappresentare – tanto su un piano descrittivo, quanto su un piano normativo – le esigenze di buon funzionamento dei mercati contemporanei¹². La debolezza di questa ori-

un'idea diffusa – un desiderabile sviluppo della concorrenza tra imprese andrebbe promosso non adottando la ricetta neoliberalesca ortodossa, fatta di liberalizzazioni, privatizzazioni e deregolamentazione, ma seguendo un approccio d'ispirazione ordoliberalesca, con un intervento incisivo dello Stato per la creazione e il mantenimento di condizioni di concorrenza effettiva, combinato con politiche statali di protezione sociale e redistribuzione del reddito).

¹⁰ M. LIBERTINI, in *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in Rabitti-Bedogni, Barucci, *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, Giappichelli, 97 ss., 108, e più di recente in *Diritto della concorrenza europeo*, Milano, Giuffrè, 2014, 16 ss.

¹¹ D.J. GERBER, (nt. 3), 254-255 e *passim*.

¹² Cfr. M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi*, (nt. 10), 109, ID., *Diritto della concorren-*

ginaria impostazione era però colta già nel dibattito interno tedesco, e nei decenni ci si è variamente sforzati di porvi rimedio¹³.

In parte, questa debolezza analitica ha trovato rimedio pure nella capacità del sistema di produrre norme di dettaglio e decisioni sui casi singoli aderenti alla realtà e governate dal buon senso; nelle decisioni sui casi singoli, pure grazie alla tecnica della *Interessenabwägung* (i.e. un bilanciamento normativamente orientato degli interessi in concreto coinvolti)¹⁴ e ad un uso controllato di concetti, criteri e metodi delle scienze economiche¹⁵.

Ciò non di meno, idee generali, obiettivi e concetti di ispirazione ordoliberal hanno per lungo tempo orientato¹⁶, e si direbbe che continuano ad orientare¹⁷, in misura più o meno evidente, l'applicazione delle norme antitrust in Germania e a livello comunitario, e ancora trovano spazio in un dibattito che non è solo accademico. Si pensi alla dicotomia *Leistungswettbewerb* / *Behinderungswettbewerb*, che alcuni sostengono essere sostanzialmente priva di portata precettiva, e che altri invece ritengono possa ancora oggi fornire un criterio generale di valutazione dei comportamenti delle imprese dal punto di vista dell'antitrust¹⁸.

3.1. *I tratti distintivi dell'antitrust tedesco contemporaneo. L'importanza attribuita alla componente giuridica.*

Quali sono, nel sentire comune dei giuristi tedeschi e/o nella percezione dell'osservatore straniero, i tratti di fondo dell'esperienza antitrust tedesca,

za europeo, (nt. 10), 18, nonché ID., *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. impr.*, 2019, 1255 ss., 1263 (in quest'ultimo scritto con un'articolata critica alla nozione di libertà di decisione effettiva, che si rinviene alla base del modello di concorrenza teorizzato dagli ordoliberali).

¹³ D.J. GERBER, (nt. 3), 300 ss.; M. LIBERTINI, *Sulla nozione*, (nt. 12), 1263.

¹⁴ Al riguardo sia consentito rinviare a PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, Giuffrè, 2006, 9 e 139 (ed ivi riff. ult.).

¹⁵ Sul punto v. *infra* par. 3.1.

¹⁶ Un primo significativo cambio di passo si registra alla fine degli anni Sessanta, quando l'originaria visione ordoliberale di mercati popolati da imprese prive di potere economico incomincia ad apparire distante dalla realtà e comunque inadeguata sul piano prescrittivo, e si fa strada l'idea della concorrenza da tutelare come processo dinamico in mercati oligopolistici.

¹⁷ V. anche M. LIBERTINI, *Sulla nozione*, (nt. 12), spec.1286.

¹⁸ Nella dottrina italiana, la nozione di *Leistungswettbewerb* o, se si vuole, di *competition on the merits* si trova ripresa e valorizzata in particolare da M. LIBERTINI, da ultimo in *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in questa Rivista, 2018, par. 4 e da G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*³, Milano, Giuffrè, 2015, 419 ss.

capaci ancora oggi di caratterizzarla rispetto a quella europea o di altri Stati membri?

Una prima caratteristica saliente è ravvisabile, da sempre, nel rilievo che viene attribuito alla componente normativa o, se si vuole, nell'elevato "tasso di giuridicità", insieme alla costante preoccupazione a che sia garantita la certezza del diritto¹⁹.

Questa marcata "giuridicità" si può cogliere sia come aspirazione ideale o modo di porsi dell'addetto ai lavori sia come dato effettuale, ai diversi livelli della legislazione, dell'interpretazione, della prassi decisionale, nonché della dottrina. Significativo il titolo di un articolo degli anni Ottanta di Meinrad Dreher, noto studioso della materia: "*Verrechtlichung und Entrechtlichung im Kartellrecht*" (= "giuridificazione e degiuridificazione nel diritto antitrust")²⁰.

In senso critico si è osservato che, in realtà, la concezione ("puramente") legalistica, tradizionalmente coltivata negli ambienti antitrust tedeschi, e a più riprese apertamente rivendicata dal *Bundeskartellamt* (l'Ufficio Federale Cartelli) nei confronti del Governo Federale o della Commissione Europea, ad un certo punto finirebbe per ridursi a poco più di un'aspirazione, e anzi costituirebbe fonte di tensioni istituzionali, e ciò per via del carattere indefinito delle previsioni legislative in materia, della natura proteiforme dell'istituzione concorrenza che si vuole proteggere, come anche dell'interesse della politica ad influenzare l'azione delle autorità della concorrenza²¹.

Ciò non di meno, pare difficile negare, e si direbbe anzi che ciò sia più o meno presente agli stessi giuristi tedeschi, che questa aspirazione si traduce pur sempre in atteggiamenti, metodi, forme organizzative, ecc., che finiscono per rendere l'antitrust tedesco "più giuridico" di altri. Provo allora a spiegare, a grandi linee e con qualche esempio, in che senso si può parlare di un antitrust più giuridico, e quali sono di ciò le principali ragioni.

Cominciando dalla legislazione, è facile constatare che, in confronto alla legislazione statunitense e ai Trattati europei, il *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* si caratterizza dall'inizio per un elevato livello di dettaglio e quindi anche per una maggiore precisione nella definizione delle fattispecie di diritto sostanziale²². A partire dalla fine degli anni Novanta, questo tratto ca-

¹⁹ Cfr. D.J. GERBER, (nt. 3), spec. 330 ss.; A.R. FIEBIG, (nt. 3), 373 e *passim* (l'a. parla di un "Germany's purely legalistic approach to competition law").

²⁰ M. DREHER, *Verrechtlichung und Entrechtlichung: Gesetzgebung und Gesetzanwendung im Kartellrecht*, in *Zeit. für Gesetzgebung*, 1987, 312 ss.

²¹ A. FIEBIG, (nt. 3), 374-375, 382, 385, 387-388, 407.

²² Come notava un autore statunitense all'inizio degli anni Sessanta: P.E SHAPIRO, (nt. 3), 4.

ratteristico del GWB si è andato affievolendo, per la deliberata scelta del legislatore tedesco, di allineare progressivamente il diritto interno con quello comunitario²³. Questo tratto non è però scomparso del tutto, e si direbbe che continui a condizionare la *forma mentis* dell'antitrustista tedesco.

Un esempio attuale dell'importanza che nell'antitrust tedesco è attribuita alla componente legislativa lo si rinviene nella disciplina dell'abuso di posizione dominante. Come è noto, nell'art. 102 TFUE e nella maggior parte delle legislazioni antitrust nazionali, la nozione di p.d. si presenta, volutamente, come un concetto indefinito. Questa stessa nozione viene poi fatta tendenzialmente oggetto, nelle trattazioni teoriche, di una ricostruzione unitaria, che finisce per determinarne una sorta di ipostatizzazione, creando la falsa impressione che la p.d. sia sempre una e la stessa cosa, quando in realtà essa si atteggi diversamente a seconda che si applichi la disciplina delle concentrazioni o il divieto di abuso di p.d. e, nell'ambito di quest'ultima fattispecie, a seconda che si tratti di un abuso orizzontale o verticale, di impedimento o di sfruttamento, in mercati intermedi o finali²⁴. Solo tra le pieghe delle decisioni delle autorità della concorrenza, è possibile cogliere, magari con un certo sforzo di analisi, una differenziazione della nozione di p.d. in funzione dello specifico problema concorrenziale di volta in volta affrontato.

Nel diritto tedesco, è lo stesso legislatore ad avere articolato la nozione di potere di mercato in una serie di sotto-fattispecie e presunzioni, con ripetuti interventi di precisazione, correzione e aggiornamento. Sono così previsti e disciplinati: la p.d. assoluta (art. 18, primo comma, nn. 1 e 2, GWB) la p.d. verso i concorrenti (*übertagende Marktstellung*: art. 18, primo comma, n. 3, e 20, terzo comma, GWB), la p.d. "tecnologica" nei mercati dell'economia digitale (art. 18, comma 3a, GWB), il potere monopsonistico verso i fornitori (*Nachfragemacht*: art. 20, primo comma, secondo periodo, GWB), la dipendenza economica nei rapporti verticali con altre imprese (detta *relative Marktmacht* o, più di rado, *wirtschaftliche Abhängigkeit*: art. 20, primo comma, GWB), la p.d. nel settore dell'energia (art. 29 GWB) e via elencando. La stessa fattispecie legislativa della dipendenza economica nei rapporti verticali tra imprese si è specificata in una serie di ipotesi applicative (dipendenza da assortimento,

²³ V. *infra* par. 3.2.

²⁴ M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 543 ss., ed ora in *Diritto della concorrenza europeo*, (nt. 10), 274 ss. Sia altresì consentito rinviare al mio PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza*, (nt. 14), 434 ss. (dove ho cercato di sviluppare il punto in relazione al tema dei rapporti tra divieto di abuso di dipendenza economica e divieti di abuso di posizione dominante).

dipendenza da rapporti commerciali ecc.), prefigurate dal legislatore storico e progressivamente consolidatesi nella prassi²⁵.

Peraltro, il disegno governativo per la prossima novella del GWB, la decima, a sua volta aggiunge una serie di precisazioni, per rendere le nozioni di posizione dominante e di dipendenza economica ancora più idonee a cogliere le situazioni di potere di mercato, che si assumono tipiche dell'economia digitale.

L'importanza attribuita alla componente legislativa ha fatto anche sì che il legislatore tedesco intervenisse ripetutamente con novelle ad ampio raggio, per rispondere alle nuove esigenze manifestate dall'evolversi della realtà economica e/o per recepire le evoluzioni del diritto vivente, in particolare della giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* o della Corte di Giustizia europea, e ciò in vista anche, o talvolta soprattutto, di una maggiore certezza del diritto; fa anche sì che, come d'uso in Germania, l'approvazione di queste novelle sia preceduta da un partecipato dibattito tra addetti ai lavori, spesso capace di influenzare l'evoluzione legislativa.

Così, l'ultima novella (la nona), licenziata nel 2016 ed entrata in vigore nel giugno 2017, introduce *ex novo* una serie di previsioni, intese ad agevolare l'intervento dell'autorità antitrust nei settori dell'economia digitale, in particolare specificando alcuni speciali fattori che, in questo campo, possono rilevare per l'accertamento del potere di mercato²⁶. Al contempo è già stato reso pubblico il progetto governativo per la prossima novella, la decima, anch'essa volta soprattutto a favorire una politica antitrust attiva nei mercati dell'economia digitale²⁷.

Venendo all'interpretazione dei testi legislativi, si pone tradizionalmente la questione, tra le altre, se le disposizioni del GWB possano o debbano interpretarsi secondo criteri autonomi, e in particolare se e fino a che punto debba prevalere un'interpretazione funzionalmente orientata (un certo tipo di interpretazione funzionale); o se invece debbano valere i criteri interpretativi standard²⁸.

²⁵ PH. FABBIO, *L'abuso*, (nt. 14), 171 ss.

²⁶ *Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 1° giugno 2017. Una presentazione istituzionale e informazioni sono reperibili sul sito del Ministero dell'Economia e dell'Energia all'indirizzo <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/gwb-novelle.html>.

²⁷ *Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitalisiertes Wettbewerbsrecht 4.0. (GWB-Digitalisierungsgesetz)*, pubblicato il 24 gennaio 2020.

²⁸ Per una sintesi del dibattito, F. RITNER, M. DREHER, M. KULKA, *Wettbewerbs- und Kartellrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts*¹⁰, Müller, Frankfurt a.M., Müller, 2018, 671 ss.

Già il fatto che si sollevi il problema attesta, per quello che qui interessa, un modo di porsi “più giuridico” rispetto alla materia dell’antitrust. È poi significativo che, nei fatti, si continuino ad impiegare, in modo convincente o per lo meno plausibile, i criteri d’interpretazione consueti (storico, logico-testuale, sistematico e costituzionale), pur nella preminenza di criteri teleologici. Così, viene attribuita molta importanza alle relazioni illustrative e ai materiali preparatori (al punto che, nei testi di *Methodenlehre*, il riferimento standard a proposito di interpretazione storica è una sentenza del *Bundesgerichtshof* in materia antitrust)²⁹; e, d’altra parte, pure nel campo dell’antitrust il legislatore tedesco di solito non manca di fornire nelle relazioni illustrative indicazioni, anche molto precise e dettagliate, sul perché e sul come delle singole previsioni legislative, in particolare prefigurando ipotesi applicative tipiche e talvolta espressamente richiamando l’esigenza di assicurare adeguata certezza alle imprese³⁰. È normale poi che la singola disposizione, inserendosi la stessa in un tessuto legislativo più fitto, venga intesa in connessione sistematica con le altre disposizioni del GWB (e non di rado anche alla luce di altre disposizioni dell’ordinamento interno). In alcuni casi, nell’interpretazione di disposizioni sostanziali del GWB, il dibattito ha finito per incentrarsi sull’argomento dell’interpretazione conforme a Costituzione³¹.

In altre parole, il giurista tedesco è tendenzialmente portato ad interpretare le disposizioni del GWB secondo i metodi a lui familiari, che sono quelli di interpretazione della legge in generale e che formano oggetto di apprendimento insistito fin dall’università. L’effetto che ne consegue è di conferire pure all’interpretazione delle disposizioni del GWB, in certa misura, quel senso di scientificità o di esattezza che, nella mentalità giuridica tedesca, si vorrebbe propria dell’interpretazione delle leggi in genere.

²⁹ BGH, sent. 30 giugno 1966 – “*Schallplatten*”, in *BGHZ*, 46, 74 (= *NJW*, 1967, 343 ss.), richiamata nel classico manuale di C.-W. CANARIS, K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁴, München, Springer, 2020, 150, nt. 36, in quello di R. WANK, *Die Auslegung der Gesetze*⁶, München, Vahlen, 2015, 69, e pure nella monografia di T. HENNINGER, *Europäisches Privatrecht und Methode*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 55.

³⁰ Numerosi esempi in questo senso sono offerti, da ultimo, proprio dalla relazione illustrativa del disegno di legge governativo per la decima novella del GWB, (nt. 27): in particolare si segnalano, se non altro per la loro attualità, le parti sul nesso di causalità tra abuso e posizione dominante (pp. 72-74), sul rifiuto di accesso ai dati come ipotesi di abuso (pp. 74-75, 83 ss.), sulle nuove possibili forme di abuso di impedimento da parte dei cd. “giganti del web” (pp. 75 ss.), la facilitazione delle misure cautelari volte a contrastare pratiche abusive nei mercati digitali (pp. 86-91).

³¹ Così, da ultimo, in tema di sanzioni amministrative pecuniarie e massimo edittale: v. *infra* par. 4.1.

Quanto all'interpretazione filo-comunitaria delle disposizioni nazionali, questa è presente da anni, e risulta anzi sempre più utilizzata, a causa della preminenza giuridica e di fatto del diritto antitrust europeo. È tuttavia significativo che il legislatore abbia a suo tempo messo da parte il proposito, che aveva preso corpo nel progetto per la settima novella del 2005, di introdurre un vincolo legislativo in tal senso³², sulla falsariga dei precedenti di altri Stati membri (quali, nel diritto interno italiano, l'art. 1, co. 4, l. 287/1990). Entro certi limiti, ciò permette ancora oggi – come si cercherà di dimostrare più avanti con alcuni esempi – di elaborare soluzioni interpretative autonome, e in ogni caso di sottoporre le soluzioni offerte dal diritto vivente comunitario ad un vaglio critico, creando così le premesse per soluzioni più meditate, dal punto di vista funzionale, della coerenza con il sistema giuridico e della certezza del diritto.

Quanto all'interpretazione cd. "economica", si può osservare che il ricorso a concetti e criteri delle scienze economiche svolge da sempre, pure nell'esperienza antitrust tedesca, un ruolo importante, come del resto è naturale che sia, visti l'oggetto e il fine della disciplina. Il ricorso all'interpretazione "economica", però, tende a rimanere, anche nei tempi più recenti, in cui si è iniziato a riconoscergli un maggiore rilievo, "giuridicamente sorvegliato". Ciò significa, in particolare, che ci si preoccupa, per quanto possibile, di integrare l'uso di nozioni e criteri economici in un metodo giuridico tradizionale; si tende per lo più a respingere come metodologicamente sbagliata la formula della *wirtschaftliche Betrachtungsweise* (addirittura codificata, invece, dal legislatore austriaco: art. 20 *Kartellgesetz*); e si ribadisce – a vari fini e con riflessi sulla soluzione di questioni specifiche – la *Eigengesetzlichkeit* del diritto antitrust rispetto alla teoria economica. In sede applicativa è, invece, riconoscibile la preoccupazione di svolgere analisi fondate il più possibile sulla verifica in concreto del funzionamento del mercato interessato, ponendo attenzione anche al punto di vista soggettivo degli interessati, *i.e.* alla percezione, alle aspettative e ai piani d'azione dei vari attori coinvolti.

Passando alla prassi decisionale, si può notare che nelle motivazioni dei

³² In senso critico, v. p.e. M. DREHER, *Die europa-freundliche Anwendung des GWB – Zwang schadet!*, in *WuW*, 2005, 251 ss.

L'art. 23 GWB, come modificato dal disegno di legge governativo *Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, BR-Drs. 441/04, 28 maggio 2004, recitava come segue: "Die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrecht sind bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 maßgeblich zugrunde zu legen, soweit hierzu in diesem Gesetz besondere Regelungen enthalten sind."

La stessa novella ha invece sancito, con l'art. 1, secondo comma, GWB, l'applicabilità diretta dei regolamenti di esenzione per categoria art. 101, terzo comma, TFUE alle intese di rilevanza solo interna.

provvedimenti, amministrativi e giudiziali, molta attenzione viene posta sull'individuazione e sulla chiara enunciazione di un principio di diritto preciso e vicino alla fattispecie concreta, senza però per questo scadere in massime di specie o far sfumare la distinzione tra fatto e diritto.

In modo particolarmente evidente ciò avviene nella giurisprudenza di legittimità: le sentenze del *Bundesgerichtshof* in materia antitrust hanno dato e continuano a dare, come avviene negli altri settori dell'ordinamento, un contributo fondamentale all'evoluzione del diritto vivente (lo stesso non potrebbe dirsi, in confronto, della giurisprudenza italiana: a trent'anni dall'adozione della legge 287, la giurisprudenza di legittimità offre una guida tutto sommato limitata, perché composta per lo più da massime generiche; ma, del resto, anche nelle sentenze del giudice amministrativo spesso non si rinviene una chiara enunciazione del principio di diritto applicato al caso di specie e, talora, neppure il tenore complessivo della motivazione ne permette una ricostruzione attendibile *ex post*).

In tutto ciò aiuta in qualche misura la circostanza, tra le altre, che l'impugnazione delle decisioni del *Bundeskartellamt* davanti alla Corte d'Appello di Düsseldorf è un gravame in senso stretto³³; come anche la circostanza che in Germania si ha più *private enforcement* che in altri Paesi e, di conseguenza, si dispone di una casistica giudiziale più ricca. Si pensi solo che l'omologo del nostro divieto di abuso di dipendenza economica è stato ad oggi una delle disposizioni del GWB più applicate, ma principalmente davanti al giudice civile.

La stessa organizzazione interna del *Bundeskartellamt*, infine, risulta concepita per più aspetti in funzione dell'obiettivo, tra gli altri, di assicurare uniformità d'interpretazione del GWB³⁴.

In un discorso sul tasso di "giuridicità" dell'esperienza antitrust tedesca va poi rilevato il ruolo fondamentale della dottrina, capace di orientare e accompagnare con autorevolezza l'evoluzione del diritto vivente, tra l'altro attraverso una notevole opera di sistematizzazione della casistica giurisprudenziale in cd. *Fallgruppen*³⁵. Un dato che rende plasticamente l'importanza della dottrina è il numero e l'ampiezza dei commenti tedeschi in materia: il commentario in cinque volumi di Ullrich Immenga e Ernst-Joachim Mestmäcker, un

³³ Cfr. anche D.J. GERBER, (nt. 3), 278 e 289.

³⁴ Cfr. A.R. FIEBIG, (nt. 3), 382.

³⁵ Sulle cd. *Fallgruppen*, come tecnica di concretizzazione dei precetti legislativi e di sistematizzazione del diritto vivente, sia consentito rinviare a PH. FABBIO, ID. *Il dibattito italiano su clausole e principi generali e l'ideale della certezza del diritto*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, 587 ss., ivi 600 ss.

classico del diritto della concorrenza, supera ormai abbondantemente le ottomila pagine³⁶.

Il peso relativo della dottrina, nel sistema del diritto vivente, è in realtà una caratteristica propria di tutta l'esperienza giuridica tedesca. Nel diritto della concorrenza, si aggiunge forse che il lungo dibattito, che ha preceduto l'adozione del GWB, ha favorito a suo tempo la formazione e il consolidamento di una comunità di addetti ai lavori (funzionari, giudici specializzati, professori e avvocati) molto omogenea e attiva³⁷.

Ora, quali sono le ragioni della “giuridicità” dell'antitrust tedesco? Chi ha familiarità con il diritto tedesco riconoscerà in tutto questo un'espressione della mentalità giuridica tedesca, che si connota per una concezione per così dire “scientifica” dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto e, al tempo stesso, per l'importanza attribuita all'obiettivo della certezza³⁸. A questo si aggiunge, specificamente per il diritto antitrust, l'idea ordoliberalista che il processo competitivo debba essere garantito dallo Stato attraverso una politica antitrust attiva, fondata però (non sull'attribuzione al decisore di poteri discrezionali, ma) per quanto possibile su di un quadro di norme sostanziali predefinite e chiare.

In conclusione, l'antitrust tedesco è sempre stato e rimane ancora oggi “più giuridico”, rispetto a quello che si osserva in altre esperienze. Questo, se da un lato, può al limite comportare il costo di qualche formalismo o di qualche rigidità, dall'altro lato: *i*) riduce gli spazi di discrezionalità *lato sensu* dell'Autorità, *ii*) assicura una migliore verificabilità delle decisioni, *iii*) garantisce una maggiore prevedibilità per tutti gli attori del sistema (imprese, avvocati, funzionari e giudici). In definitiva, si riscontra in Germania un grado relativamente elevato di certezza giuridica, in una disciplina in cui oggi invece si colgono, nel confronto internazionale, tendenze esattamente opposte (di sopravvalutazione della discrezionalità dell'autorità incaricata del *public enforcement*³⁹,

³⁶ U. IMMENGA, E.J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*⁶, ediz. a cura di T. KÖRBER, H. SCHWEITZER, D. ZIMMER, München, Beck, 2019.

³⁷ Come ricorda D.J. GERBER, (nt. 3), 285 ss.

³⁸ Sull'importanza che in generale si attribuisce in Germania all'obiettivo della certezza del diritto, e su come ciò si rifletta sulle dinamiche del diritto vivente, sia consentito rinviare a PH. FABBIO, *Sul ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1261 ss.

³⁹ In Italia, una vicenda emblematica è stata di recente decisa da Cass. ss.uu., sent. 7 maggio 2019, n. 11929 (per quanto non in materia antitrust, bensì nella contigua materia delle pratiche commerciali scorrette): una società sanzionata dall'Autorità Garante per pubblicità ingannevole ai sensi del Codice del consumo otteneva dal giudice amministrativo, in entrambi i gradi di giudizio, l'annullamento integrale del provvedimento e la condanna dell'Autorità al

risarcimento dei danni: in primo grado, sul presupposto del carattere non pubblicitario e della non ingannevolezza del messaggio; in secondo grado, sul presupposto della scarsa significatività della condotta e in particolare della limitata diffusione del messaggio, che impedirebbero di riscontrare una pratica commerciale scorretta, pur in presenza di elementi di ingannevolezza. L'Autorità proponeva ricorso per cassazione, lamentando un eccesso di potere giurisdizionale, ma nella sostanza rivendicando improbabili spazi di discrezionalità amministrativa insindacabile, in relazione ad operazioni che sono in realtà da considerarsi di mera qualificazione giuridica dei fatti secondo norme di diritto oggettivo.

In generale, la giurisprudenza amministrativa italiana si direbbe oggi stabilmente orientata, anzitutto a livello di enunciazioni di principio, nel senso di ammettere, anche in relazione alle valutazioni tecnico-discrezionali dell'Autorità, un sindacato pieno (sia pure solo di annullamento, nel senso che il giudice non può sostituirsi all'Autorità nell'emanare il provvedimento, e risarcitorio). Oscillazioni si possono riscontrare nell'applicazione pratica del principio, pur dovendosi osservare che negli ultimi anni il numero di annullamenti è notevolmente aumentato (un esempio di controllo particolarmente penetrante sull'istruttoria svolta e sulle qualificazioni giuridiche operate dall'Autorità si rinviene, di recente, in Cons. St., sent. 23 dicembre 2019, n. 8695 nella vicenda "*Mercato dei servizi tecnici accessori*", sentenza in cui, nell'annullare il provvedimento impugnato, si è fatto salva, ma con prescrizioni puntuali, la riedizione del potere sanzionatorio dell'Autorità). Il dibattito dottrinale sembra invece ancora lontano dall'esaurirsi (da ultimo v., p.e., D. VESE, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, in *Judicium*, 2019, n. 3, 1 ss., che muove dall'assunto dell'insufficienza del controllo del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità, avuto riguardo anche alla loro efficacia vincolante nel giudizio civile). Sempre di recente, in sede di recepimento della direttiva *private enforcement* 2014/104/UE, il legislatore nazionale ha d'altra parte ritenuto, pur in assenza di indicazioni in tal senso nella legge di delega, di precisare, con una formula infelice sotto più aspetti, che il sindacato del giudice amministrativo "*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*" (art. 7 d.lgs. n. 3/2017: per una critica e per riff. ult. sia consentito rinviare a PH. FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"* (d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3), in *Anal. giur. econ.*, 2017, 367 ss., 370 s.)

In ordine poi alla questione, tendenzialmente speculare, della qualificazione dei poteri dell'Autorità, si direbbe ormai abbastanza acquisito al senso giuridico comune che, in relazione all'accertamento dell'infrazione, si tratta di poteri solo esecutivi e tecnico-discrezionali, con esclusione di ogni discrezionalità amministrativa in senso proprio (per una compiuta ricostruzione critica, v. M. FILIPPELLI, *Le misure correttive per abuso di posizione dominante e cartelli tra imprese nel diritto della concorrenza*, in *Conc. merc.*, 2011, 567 ss., ivi 597 ss., 604; ma in senso contrario, ancora di recente, D. CAPPALÌ, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo avanti, due indietro... e uno avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *federalismi.it*, n. 21/2019, 2 ss. [dove l'a., se si è inteso bene, riprende la tesi, secondo cui l'attività dell'AGCM di accertamento degli illeciti antitrust sarebbe connotata da discrezionalità amministrativa già solo in ragione della indeterminatezza degli obiettivi perseguiti dal legislatore: non si comprende come la medesima conclusione non debba allora valere per l'accertamento degli ille-

oppure di un approccio *case-specific*), tendenze magari neppure coltivate in modo consapevole, e che non è detto che siano funzionali alle esigenze di una efficace politica della concorrenza.

Infine, si direbbe che *iv*) questo approccio più giuridico, accompagnato dall'uso del semplice buon senso nella valutazione dei fatti, possa agevolare, come in effetti è stato nell'esperienza tedesca, una politica antitrust più attiva. Ora, la questione dei pro e dei contro di una politica antitrust interventista eccede l'oggetto del presente lavoro. È noto, ad ogni modo, che risponde ad un luogo comune, soprattutto nel dibattito statunitense, che una politica antitrust attiva presenta un rischio più elevato di falsi positivi, e che il falso positivo sarebbe in generale più pericoloso del falso negativo. In senso critico si deve tut-

citi antitrust che, ai sensi della legislazione vigente, può essere svolto in piena autonomia dal giudice civile]).

Nel diritto tedesco, il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti del *Bundeskartellamt* è invece affidato non al giudice amministrativo, bensì – come si è ricordato più sopra – al giudice civile, la Corte d'appello di Düsseldorf. Si tratta, pacificamente, di un sindacato pieno (sebbene anch'esso, come nel caso italiano, solo di annullamento), tanto che nei suoi termini generali la questione non risulta oggi neppure più tematizzata (né sembra avere suscitato particolare interesse in Germania il dibattito europeo in tema di *cd. full jurisdiction*).

Portata e limiti del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti del *Bundeskartellamt* sono disciplinati con disposizioni *ad hoc*, contenute nell'art. 71 GWB e considerate da sempre di non facile lettura. All'indomani dell'entrata in vigore del GWB, le stesse sono state oggetto, per qualche anno, di un dibattito intenso, ma confinato all'accademia. Oggi si ritiene, ad ogni modo, che il senso complessivo di tali disposizioni sia quello di affermare senza riserve, oltre quanto altrimenti consentito al giudice amministrativo, la pienezza del sindacato sui provvedimenti del *Bundeskartellamt* (cfr. K. SCHMIDT, in Immenga, Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*⁶, [nt. 36], *ad art. 71 GWB*, par. 36 s.). Nella prassi, si osserva inoltre che rispetto a questo controllo del giudice, e in ogni caso in relazione all'accertamento dell'infrazione, categorie principi e regole del diritto amministrativo rimangono tendenzialmente estranei.

Un'eccezione, nella previsione del legislatore, riguarda la “*valutazione della situazione economica complessiva e della sua evoluzione*” (art. 71, quinto comma, ult. periodo, GWB: “*Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung*”), che è sottratta *tout court* a controllo giudiziale. L'eccezione si riferisce agli atti di natura politica, e si esaurisce oggi nell'ipotesi dell'autorizzazione ministeriale delle operazioni di concentrazione (art. 41 GWB), autorizzazione che vincola il *Bundeskartellamt* nella sua decisione finale (cfr. K. SCHMIDT, *ibid.*, par. 38, 45 e 46).

L'impressione di chi scrive è che, pur nella (o forse proprio per via della) relativa semplicità dell'apparato concettuale impiegato, questo assetto istituzionale, unitamente alla *forma mentis* tipica del giurista tedesco, assicura all'atto pratico un controllo giurisdizionale penetrante (come può forse suggerire anche l'annullamento integrale, nel 2019, delle decisioni “*Booking*” e “*Facebook*”, le quali nelle intenzioni dell'Autorità avrebbero dovuto costituire casipilota nell'applicazione dell'antitrust all'economia digitale), con effetti di massima positivi, di responsabilizzazione dell'autorità amministrativa e sulla certezza del diritto.

tavia rilevare che questo luogo comune traduce in termini giuridici una fiducia ideologica nella capacità di auto-correzione dei mercati, da un lato, e una diffidenza di fondo per l'intervento dello Stato, dall'altro lato; e, al più tardi con la crisi finanziaria del 2007, questi assunti sono stati ampiamente rimessi in discussione⁴⁰.

3.2. *La relazione con l'antitrust comunitario. L'influenza esercitata dall'antitrust tedesco. E la sua (relativa) autonomia rispetto al diritto comunitario.*

Un secondo tratto distintivo dell'esperienza tedesca è nella relazione con l'antitrust comunitario. Per decenni, tale relazione si è sviluppata all'insegna di due fattori: da un lato, una forte influenza dell'esperienza tedesca su quella comunitaria; e, dall'altro lato, una notevole autonomia della prima rispetto alla seconda.

L'influenza dell'antitrust tedesco su quello comunitario è un fatto storico riconosciuto⁴¹, ma – si direbbe – relativamente poco studiato⁴².

È noto, ad ogni modo, che tra gli Stati fondatori la Germania ha dato un impulso decisivo a che le disposizioni fondamentali in materia di concorrenza fossero inserite nei Trattati, e a che la politica della concorrenza diventasse parte integrante del progetto di armonizzazione europea⁴³.

Per decenni, l'antitrust tedesco ha poi svolto un ruolo fondamentale nell'orientare l'evoluzione di quello comunitario, nelle sue linee generali come anche su questioni specifiche⁴⁴. Nessuno si è finora cimentato, per lo meno non in modo sistematico, in una mappatura minuta degli effetti dell'influenza tedesca sul diritto comunitario della concorrenza. Ma se si ha sufficiente familiari-

⁴⁰ Per un approfondimento sul punto sia consentito rinviare a PH. FABBIO, *Funzioni e ancoraggi apicali del diritto antitrust*, in *AIDA*, 2013, 212 ss. 231 ss. (ed ivi riff. ult.).

⁴¹ Cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, (nt. 10), 10-11. Studio di riferimento è D.J. GERBER, *Law and Competition*, cit., 232 ss., 261 ss., 331 ss. Per indicazioni puntuali su persone e situazioni, cfr. F.L. PACE, *La nascita del diritto della concorrenza in Europa: la redazione degli artt. 85 e 86 CEE e il Reg. 17/62* spec. 10-11, in Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013, 3 ss., spec. 10-11 e *passim*. Sull'influenza ordoliberal nel diritto della concorrenza europeo, v. anche F. FELICE, M. VATIERO, *Ordo and European Competition Law*, in Fiorito (a cura di), *A Research Annual. Research in the History of Economic Thought and Methodology*, 2014, 147 ss.

⁴² Con la notevole eccezione del libro di D.J. GERBER, (nt. 3).

⁴³ D.J. GERBER, (nt. 3), 264.

⁴⁴ D.J. GERBER, (nt. 3), 331 ss.

tà con l'antitrust tedesco, non è difficile riconoscere in molte delle soluzioni del diritto comunitario, che magari potrebbero apparire come creazioni originali delle istituzioni europee, l'impronta o per lo meno l'eco dell'esperienza tedesca: dai regolamenti di esenzione per categoria (specialmente di quelli anteriori all'avvento del cd. *more economic approach*) alla concretizzazione del divieto di abuso di posizione dominante ed altro ancora.

I fattori che spiegano l'influenza tedesca sul diritto comunitario sono diversi e in parte collegati tra loro⁴⁵. Non tanto il peso economico e politico della Germania in Europa, quanto: *i*) il fatto che gli altri Stati membri non avessero all'inizio da offrire in campo antitrust un'esperienza altrettanto significativa; *ii*) il "miracolo economico tedesco", che veniva associato al modello dell'economia sociale di mercato, modello in cui – ricordavo all'inizio – un ruolo centrale spetta proprio al diritto della concorrenza; *iii*) la presenza in Germania di una comunità di addetti ai lavori omogenea, attiva ed autorevole, e quindi capace in una lunga fase iniziale di monopolizzare o quasi il discorso antitrust a livello europeo, *iv*) l'aspirazione tedesca di esportare la propria esperienza e più in generale di trasporre le dottrine ordoliberali e dell'economia sociale di mercato nel progetto di integrazione europea; infine, *v*) la consuetudine, portata avanti per decenni, di designare alla DG Concorrenza presso la Commissione Europea un tedesco, in uno con la presenza nella stessa DG di molti funzionari tedeschi, che alternavano ruoli presso la Commissione e presso il *Bundeskartellamt*, tutti impregnati delle concezioni ordoliberali e dotati di un comune bagaglio di esperienza.

Oggi l'influenza tedesca sull'antitrust comunitario non è più la stessa di un tempo, già solo in ragione del ruolo centrale che hanno assunto le istituzioni comunitarie nel definire il diritto e la politica antitrust comunitari e nazionali. Resta però la capacità della comunità antitrust tedesca, una comunità omogenea e attiva, di esprimere una voce autorevole all'interno del discorso antitrust europeo.

L'altro elemento che caratterizza la relazione dell'antitrust tedesco con quello comunitario si ravvisa, in direzione inversa, nella (relativa) autonomia del primo rispetto al secondo. In questa fase storica, in effetti, è questo l'elemento più interessante, per quanto risulti meno immediatamente percepibile.

Per lungo tempo, il diritto antitrust tedesco ha mantenuto le sue caratteristiche fondamentali senza cambiamenti significativi. Le differenze che si potevano riscontrare rispetto al diritto comunitario non erano all'epoca ritenute problematiche, in parte per via del diverso clima generale (il processo di inte-

⁴⁵ D.J. GERBER, (nt. 3), 331-332.

grazione europea era meno avanzato), in parte perché espressione di una tradizione nazionale consolidata e di successo.

Solo alla fine degli anni Novanta prendeva l'avvio una progressiva "europeizzazione" del diritto della concorrenza tedesco⁴⁶, ora come allineamento spontaneo con il diritto comunitario, ora invece per effetto di un'armonizzazione indotta dall'alto, in modo diretto ed indiretto, dal principio di supremazia del diritto comunitario, dal regolamento CE 1/2003 sull'applicazione decentralizzata degli artt. oggi 101 e 102 TFUE, dalle più recenti direttive armonizzatrici sul *private e public enforcement*.

In questa fase più recente, pur muovendosi all'insegna di una progressiva europeizzazione del GWB, il legislatore tedesco non ha tuttavia mancato, in ripetute occasioni, di optare in modo consapevole e mirato per il mantenimento di soluzioni legislative differenziate (in occasione della settima novella del 2005, si è p.e. valutato preferibile conservare il divieto di abuso di dipendenza economica, in quanto norma di provato successo); o ha addirittura introdotto *ex novo* soluzioni legislative originali, che non trovano una corrispondenza diretta nel diritto comunitario, ma sono magari concepite con l'ambizione di offrire pure un modello per l'Europa (come sta avvenendo ora con le nuove disposizioni in materia di abuso di potere nei mercati digitali⁴⁷).

Oggi, gli spazi di autonomia che residuano per gli Stati membri, nel definire una propria politica e un proprio diritto antitrust, si sono – come è noto – notevolmente ridotti. Ma mentre alcuni Stati membri tendono a recepire *tout court* le soluzioni offerte dall'antitrust comunitario, e nel recepirle rischiano talvolta di andare oltre il segno⁴⁸, invece in Germania si è ancora capaci – per

⁴⁶ Gli interventi di allineamento con il diritto comunitario più incisivi e a più ampio raggio si sono realizzati con la sesta novella del 1998 (in questa prospettiva si v. il commento di P.E. CAMESASCA, *Die 6. GWB-Novelle unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzip: Teilkonvergenz mit dem europäischen Recht*, in *WuW*, 1998, 1146 ss.) e la settima novella del 2005. Da lì in poi, l'uniformazione con il diritto comunitario diviene una costante delle novelle del GWB, ma si traduce in innovazioni più circoscritte e mirate.

⁴⁷ Si legge p.e. nella relazione illustrativa al disegno di legge governativo per la decima novella del GWB, (nt. 27), 1: "*mit den vorliegenden Entwurf soll das grundsätzlich gut funktionierende System der Kartellrechtsaufsicht in Deutschland erhalten bleiben und an ausgewählten Stellen zielgerichtet gestärkt werden*". Al tempo stesso, il disegno di legge in questione si basa sul rapporto *Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft*, 2019, redatto dalla commissione di esperti (per lo più accademici, con la partecipazione senza diritto di voto di alcuni membri del *Bundestag*) *Kommission Wettbewerbrecht 4.0.*, istituita presso il Ministero per l'Economia e per l'Energia con il compito di avanzare proposte anzitutto per "*adattare il diritto della concorrenza dell'Unione Europea all'era digitale*" (8 ss.).

⁴⁸ È quanto sembra di poter oggi osservare nella prassi decisionale dell'Autorità Garante italia-

quanto in un contesto di sempre maggiore allineamento con l'Unione Europea – di sottoporre le soluzioni del diritto comunitario ad un vaglio critico, specie quando si tratta di interpretazioni più o meno creative, e all'occorrenza di percorrere strade alternative.

Il vaglio al quale sono sottoposte in Germania le soluzioni elaborate nell'antitrust comunitario non è poi solo di opportunità o *de iure condendo*, ma spesso consiste anche in una verifica *de iure condito*, di compatibilità della soluzione comunitaria con il diritto interno e i suoi principi, anche costituzionali⁴⁹. D'altra parte, certe soluzioni interpretative offerte dal diritto vivente comunitario non hanno una solida base normativa, ma si fondano più che altro su considerazioni funzionali, a volte generiche, e sono rese possibili pure dalla relativa incompletezza della legislazione comunitaria (per cui manca, p.e., nell'ordinamento dell'Unione una normativa organica in materia di gruppi, cui poter fare riferimento, in un'interpretazione sistematica, trattando dell'imputabilità dell'illecito antitrust nei gruppi). In altre parole, è difficile pensare che alle stesse soluzioni perverrebbe in via d'interpretazione un giudice nazionale, che opera in un contesto ordinamentale decisamente diverso.

In conclusione, è da ritenere che la relativa autonomia che a tutt'oggi caratterizza l'esperienza antitrust tedesca nel rapporto con quella comunitaria, e che non si rinviene invece nell'esperienza di altri Stati membri, contribuisca ad arricchire utilmente il dibattito in Europa (come meglio si vedrà negli esempi che saranno trattati nella terza parte di questo scritto); e che l'esempio tedesco dovrebbe incoraggiare, a livello di Stati membri, ad un maggiore approfondimento critico delle soluzioni offerte dal diritto comunitario, che troppo spesso si finiscono invece per accettare come date.

3.3. *La capacità di innovare. Le sfide dell'economia digitale.*

Un ulteriore tratto distintivo dell'antitrust tedesco risiederebbe, secondo alcuni, nella sua capacità di innovare. In tempi recenti, il sistema antitrust tede-

na. A fronte di ciò, appare ancora più paradossale una scelta di bandiera come quella caldeggiata in sede politica dalla stessa Autorità, di introdurre, per di più a distanza di un quindicennio dal varo del reg. CE 1/2003, il principio della doppia barriera, sia pure in una versione "attenuata", con l'art. 1, secondo comma, l. 287/1990 come modificato dal d.lgs. 3/2017 di recepimento della direttiva *private enforcement*. Si v. in proposito l'approfondito saggio di M. FILIPPELLI, *Il mito della "doppia barriera" nell'attuale assetto dell'enforcement antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, I, 512 ss. (ove anche, alle pp. 522 ss., una condivisibile critica alla scelta del legislatore del 2017).

⁴⁹ Per alcuni esempi, v. *infra* parr. 4.1. e 4.2.

sco ha in effetti saputo esprimere una serie di proposte e iniziative notevoli, per impegno e per innovatività, all'insegna di un intervento antitrust più incisivo nei mercati dell'economia digitale.

Tali iniziative sono state avanzate ad una varietà di livelli, coinvolgendo di fatto tutte le principali componenti del sistema: *i*) accademico, con studi commissionati dal Governo Federale⁵⁰; *ii*) legislativo, con interventi di novellazione ad ampio raggio (in parte già realizzati con la nona novella del GWB del 2017, in parte destinati a realizzarsi con la decima novella, di prossima approvazione); *iii*) amministrativo con le decisioni rese dal *Bundeskartellamt*, rispettivamente nel 2015 e nel 2019, nei casi-pilota (o in quelli che l'Autorità avrebbe voluto che diventassero casi-pilota) *Booking*⁵¹ e *Facebook*⁵²; *iv*) politico-comunitario: in vista del semestre di presidenza tedesca nella seconda metà del 2020, già è stato presentato in sedi istituzionali un programma di modernizzazione dell'antitrust comunitario con particolare riguardo all'economia digitale⁵³.

Di questa vicenda ancora in atto, due elementi in particolare meritano di essere qui segnalati: quanto al metodo, la capacità dell'antitrust tedesco di fare

⁵⁰ Tra i tanti contributi in argomento, si segnalano qui l'ampio e approfondito studio, realizzato su incarico del Ministero per l'Economia e per l'Energia, H. SCHWEITZER, J. HAUCAP, W. KERBER, R. WELKER, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, 2018, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=15 (sintesi in lingua inglese all'indirizzo https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Studien/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen-zusammenfassung-englisch.pdf?__blob=publicationFile&v=3), e il già citato rapporto della commissione di esperti (per lo più accademici, con la partecipazione senza diritto di voto di alcuni membri del *Bundestag*) *Kommission Wettbewerbsrecht 4.0., Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft*, 2019, reperibile in lingua inglese all'indirizzo <https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.html>. I due studi sono serviti da base per la decima novella del GWB (cfr. relazione illustrativa al disegno di legge governativo, (nt. 27), 58).

⁵¹ BKartA, provv. 22 dicembre 2015 – B 9-121/13, “*Bestpreis Klauseln der Plattform booking.com*”, annullata da OLG Düsseldorf, sent. 4 giugno 2019 – VI-Kart 2/16 (V).

⁵² BKartA, provv. 6 febbraio 2019 – B 6-22/16, “*Facebook*”, sospesa da OLG Düsseldorf, ord. 26 agosto 2019 – VI-Kart 1/19 (V). La decisione del *Bundeskartellamt* veniva difesa dal suo Presidente addirittura con un articolo su rivista: A. MUNDT, *Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes*, in *NZKart*, 2019, 117 ss.

⁵³ Si v., come ultima in ordine di tempo, la dichiarazione congiunta dei Governi di Francia, Germania e Polonia, *Modernising EU Competition Policy*, 4 luglio 2019, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modernising-eu-competition-policy.html>, contenente una sezione dedicata, dal titolo “*Tackling excessive market power of big tech firms*”.

sistema e, insieme, di guardare al futuro e di proporsi così come modello per l'Europa; quanto ai contenuti, un'effettiva capacità di innovare, in questo caso con articolate proposte per una politica antitrust attiva nell'economia digitale, a prevenire la degenerazione di mercati già dominati dai cd. *big tech*.

4.1. Alcuni esempi. Il limite del 10% del fatturato in materia di sanzioni pecuniarie: mera soglia di contenimento o massimo edittale in senso proprio?

Vengo alla terza ed ultima parte della mia esposizione, nella quale proverò a portare alcuni esempi, rispettivamente in materia di ammende e di economia digitale, entrambi temi “caldi” nell'antitrust europeo e degli Stati membri.

Le multe sono diventate un tema “caldo”, da quando la Commissione Europea e diverse autorità della concorrenza nazionali, in base all'assunto che occorrerebbero sanzioni più elevate per una maggiore deterrenza (ma verosimilmente pure sotto l'effetto di suggestioni teoriche e culturali d'oltreoceano, riprese in modo poco riflettuto), hanno deciso di elevare drasticamente il livello degli importi sanzionatori⁵⁴.

Un primo esempio riguarda, per l'appunto, il metodo di calcolo delle sanzioni e, più in particolare, il problema del massimo edittale. La questione è ben presente anche all'Autorità Garante italiana, e riguarda l'interpretazione delle disposizioni legislative che, nel diritto UE e nei diversi diritti nazionali, fissano l'importo della sanzione massima irrogabile in una percentuale (10%) del fatturato totale realizzato dall'impresa nell'ultimo anno⁵⁵. A contendersi il campo sono due diverse interpretazioni.

Una prima interpretazione, fatta propria dalla Commissione Europea, e se-

⁵⁴ In Italia, da quando l'Autorità Garante ha adottato nel 2014 proprie linee guida sul metodo di calcolo delle sanzioni, l'applicazione del massimo di legge, pari al 10% dell'ultimo fatturato mondiale dell'impresa (se del caso quello consolidato di gruppo), è diventata la regola: nei casi di intese, in particolare, il massimo della sanzione è stato applicato a più o meno l'80% delle imprese sanzionate. Fino ad allora il massimo edittale non risulta invece essere mai stato applicato.

⁵⁵ L'art. 15, primo comma, dir. UE 2019/1 armonizza la disciplina del massimo edittale, obbligando gli Stati membri a prevedere una sanzione massima non inferiore al 10% del fatturato totale realizzato dall'impresa o dall'associazione di imprese a livello mondiale. Si può notare che nella versione italiana, se all'art. 15 si parla di “importo massimo”, nel cons. 49 ricorre invece l'espressione “massimo edittale”. Guardando alle altre versioni linguistiche, si direbbe ad ogni modo che non vi siano nella Direttiva sufficienti indicazioni testuali a favore dell'una o dell'altra interpretazione del massimo di legge. Più in generale, non si direbbe che il legislatore comunitario abbia inteso in questa sede prendere posizione sul punto.

guita quindi dall'Autorità italiana e da altre autorità nazionali, intende il massimo di legge del 10% come “mera soglia di contenimento”. All'atto pratico, “mera soglia di contenimento” significa che all'Autorità della concorrenza viene riconosciuta la libertà di calcolare importi “teorici” eccedenti il massimo di legge, salvo poi dover ricondurre l'importo effettivo della sanzione entro detto massimo. Ed è quanto finora accaduto, sistematicamente, nella prassi dell'Autorità italiana dal 2015 ad oggi, e qualche volta – ma raramente – nella prassi della Commissione Europea⁵⁶.

L'Autorità italiana applica, per il calcolo della sanzione, proprie regole tecniche, modellate secondo le linee-guida della Commissione Europea. Molto spesso, però, per via della struttura tipica e della normale composizione del fatturato delle imprese sanzionate, l'applicazione matematica di queste regole tecniche porta a eccedere il massimo edittale fin dal primo passaggio di calcolo; sicché la sanzione effettivamente irrogata finisce per coincidere con il massimo irrogabile. E ciò a prescindere – ed è questo il punto che viene in dottrina segnalato come il più critico⁵⁷ – dalla minore o maggiore durata dell'illecito, della minore o maggiore gravità, da eventuali differenze nelle posizioni dei più co-autori di un medesimo illecito, dal ricorrere di attenuanti o aggravanti, perfino a prescindere dal ricorrere di fattori di mitigazione della sanzione legati a comportamenti tenuti dall'impresa nel corso del procedimento, come l'adozione di programmi di *compliance*. In altre parole, il massimo di legge finisce per essere applicato di *default*, senza una differenziazione reale ed effettiva della sanzione, in funzione della minore o maggiore durata, della minore o maggiore gravità dell'illecito, o del ricorrere di attenuanti o aggravanti.

In Italia, l'applicazione del massimo di legge è così divenuta la regola. Solo di recente, in una decisione riguardante il settore del cartoncino ondulato, l'Autorità Garante ha adottato dei correttivi, in linea con la prassi della Com-

⁵⁶ Al riguardo sia consentito rinviare, anche per riferimenti ulteriori e dati, a PH. FABBIO, *Massimo edittale e imprese mono-prodotto nella prassi sanzionatoria dell'AGCM*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 427 ss.

⁵⁷ PH. FABBIO, *Massimo edittale*, (nt. 56), 438, 433-434; F. GHEZZI, *Impresa e sanzioni nella prassi applicativa dell'Autorità garante della concorrenza: qualche problema tecnico*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 815 ss., 830 s.; P. FATTORI, *Illustrazione e analisi critica dei principali sviluppi della prassi e della giurisprudenza nazionale antitrust*, 24 settembre 2015, reperibile online sul sito www.associazioneantitrustitaliana.it; A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Le sanzioni antitrust nella prassi applicativa: si va ne la città dolente*, in *Merc. conc. reg.*, 2014, 201 ss., ivi 236 ss.; L. NASCIBENE, A. BARDANZELLU, *Linee Guida dell'Agcm sui criteri di quantificazione delle sanzioni antitrust: buona la prima (o quasi)*, in *Merc. conc. regole*, 2015, 485 ss., ivi 500; R. PETTI, *I criteri di calcolo delle sanzioni nelle intese restrittive della concorrenza*, in *Diritto mercato e tecnologia*, n. 4/2015, 24 ss., ivi 40 ss.

missione Europea⁵⁸, applicando alcune riduzioni *a partire dal massimo editta-* *le*. L'intento è quello, in principio condivisibile, di differenziare il trattamento sanzionatorio delle diverse imprese coinvolte, in funzione in particolare del loro diverso grado di partecipazione all'illecito⁵⁹.

La correzione di rotta dell'Autorità Garante può considerarsi un progresso rispetto alle criticità segnalate; ma, per altro verso, rischia di essere un passo indietro, perché si tratta allo stato di riduzioni decise per il caso singolo, e non secondo criteri predefiniti, quali sono quelli contenuti nelle linee-guida.

Il quadro italiano è poi complicato dalle pronunce del giudice amministrativo. Nelle sentenze più recenti, da un lato si afferma la correttezza dell'interpretazione del limite superiore del 10% come mera "soglia di contenimento", ammettendo espressamente che ciò porta nel caso delle imprese mono-prodotto all'applicazione "*sempre*" del massimo di legge; e, dall'altro lato, a fronte del riconoscimento di fattori di mitigazione non riconosciuti dall'Autorità, o al contrario dell'insussistenza di aggravanti ritenute invece sussistere dall'Autorità, si è disposta la riduzione della sanzione *ex art.* 134 c.p.a. a partire (non dal cd. importo-base calcolato dall'Autorità, bensì) dal massimo di legge applicato dall'Autorità come sanzione finale⁶⁰; con ciò implicitamente discono-

⁵⁸ Commissione Europea, decisione 10 dicembre 2014, caso AT.39780 – *Envelopes*, par. 88 ss.; Commissione Europea, decisione 2 aprile 2014, caso AT.39792 – *Steel abrasives*, par. 104 ss.; Commissione Europea, decisione 27 novembre 2013, AT.39633 – *Shrimps*, par. 538 ss.; Commissione Europea, decisione 28 marzo 2012, AT.39452 – *Mountings for windows*, par. 518 ss.

⁵⁹ AGCM, provv. 17 luglio 2019, n. 27489, proc. I805 – "*Prezzi cartoncino ondulato*", in *Boll.* n. 32/2019, 5 ss., ivi par. 508 e 527.

Più di recente ancora, si segnala un provvedimento adottato dall'Autorità Garante in sede di ottemperanza, con cui si è ugualmente deciso per una riduzione della sanzione a partire dal massimo editta, che era stato applicato di *default* con il provvedimento annullato: AGCM, provv. 15 gennaio 2020, proc. I783C5 – "*Accordo operatori del settore del vending – Rideterminazione della sanzione di Serim S.r.l.*", non pubblicato.

⁶⁰ Cfr., nel caso "*Vending*", Cons. St., sez. VI, sent. 5 agosto 2019, nn. 5560, 5562, 5564, 2 settembre 2019, nn. 6022 e 6027, 6 settembre 2019, n. 6025, 1 ottobre 2019, n. 6565.

Nel caso "*Poliuretano espanso*", Cons. st., sez. VI, sent. 21 marzo 2018, n. 1821 ha confermato l'interpretazione della soglia del 10% come mera "soglia di contenimento", e ha ritenuto infondati tutti i motivi di appello. Similmente, nel caso "*Logistica internazionale*", Cons. St., sez. VI, sent. 4 settembre 2014, n. 4506 e, nel caso "*Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia*", Cons. St., sez. VI, sent. 21 dicembre 2017, nn. 5997 e 5998.

La questione dell'interpretazione dell'art. 15 l. 287/1990 non è stata affrontata *ex professo*, ma il giudice amministrativo ha comunque disposto riduzioni della sanzione a partire dal massimo editta irrogato dall'Autorità nel caso "*Smaltimento acque reflue*", Cons. St., sez. VI, sent. 30 giugno 2016, n. 2947 e nel caso "*Gare per servizi di bonifica*", Cons. St., sez. VI, sent. nn. 3057, 21 giugno 2017, n. 3016, 3057 e 4733.

scendo, si direbbe, la stessa tesi della “mera soglia di contenimento”.

In alternativa, è però pensabile un’altra interpretazione, ed è quella adottata in Germania dal *Bundesgerichtshof* e, a seguire, in Spagna dal *Tribunal Supremo*.

Nella dottrina tedesca la tesi prevalente era che l’interpretazione del massimo di legge come mera soglia di contenimento fosse incostituzionale; e si discuteva piuttosto se fosse necessario un rinvio alla Corte costituzionale per una declaratoria di incostituzionalità, o se vi fossero i margini per correggere la prassi del *Bundeskartellamt* con un’interpretazione costituzionalmente orientata⁶¹.

Nel 2013, nel caso *Grauzementkartell*, il *Bundesgerichtshof* ha seguito questa seconda via, stabilendo che – alla luce del principio costituzionale di proporzionalità della pena – il massimale del 10% del fatturato va inteso non come “mera soglia di contenimento”, bensì come “massimo edittale in senso proprio”; con la conseguenza che anche i passaggi di calcolo intermedi della sanzione devono essere mantenuti entro la soglia massima stabilita dal legislatore, e la sanzione deve essere realmente ed effettivamente modulata in funzione della gravità e della durata dell’illecito entro la cornice edittale legislativamente prevista⁶². A valle di questa sentenza, il *Bundeskartellamt* ha adottato nuove linee-guida⁶³. A conclusioni analoghe è pervenuto, nel 2015, il *Tribunal Supremo* spagnolo⁶⁴.

Di tutta la vicenda, al di là dell’immediata rilevanza pratica, è interessante evidenziare la diversità di atteggiamenti: la Commissione e alcune autorità nazionali come quella italiana si affidano, per la soluzione del problema, alla propria ritenuta discrezionalità in materia; il limite di legge è considerato come un correttivo eccezionale esterno ad un sistema sanzionatorio dotato di una legittimazione propria *extra legem*; in Germania, invece, si preferisce un approccio per così dire più “legalistico”, in particolare si pone il problema della costituzionalità dell’interpretazione seguita fino a quel momento dal *Bunde-*

⁶¹ Sulla incostituzionalità della previsione dell’art. 81, quarto comma, secondo periodo, GWB interpretata come mera soglia di contenimento, diffusamente, H. ACHENBACH, *Grauzement, Bewertungsfreiheit und Bußgeldobergrenze*, in *WuW*, 2013, 688 ss., 691 ss. (ed ivi ampi riff. ult.).

⁶² BGH, sentenza 26 febbraio 2013, KRB 20/12 – *Grauzementkartell*; nonché, a seguire, BGH ordinanza 3 giugno 2013, KRB 46/13 – *Silosgebühren III*.

⁶³ BKartA, *Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren e Erläuterungen zu den Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren*, 25 giugno 2013.

⁶⁴ *Tribunal Supremo*, sent. 29 gennaio 2015, ric. n. 2872/2013 – *BCN Aduanas*.

skartellamt, e si opta per una soluzione fondamentalmente diversa da quella invalsa nella prassi comunitaria.

In una prospettiva nazionale italiana, l'interpretazione fin qui seguita dall'AGCM, tanto più in assenza di qualsiasi correttivo, è da ritenersi in contrasto con i principi costituzionali di legalità, determinatezza, proporzionalità ed individualità della pena, di parità di trattamento, di ragionevolezza e di buon andamento della P.A. di cui agli artt. 3, 25² e 97 Cost., 7 CEDU e 49 Carta Europea dei Diritti Fondamentali (si ricorda che gli artt. 7 CEDU e 49 Carta Europea sono pacificamente applicabili alle sanzioni pecuniarie antitrust *ex art.* 15 l. 287, anche come norme costituzionali interposte *ex art.* 117, co. 1, Cost.: cfr., tra le altre, Tar Lazio, 20 aprile 2015, n. 5758).

In particolare:

i) la violazione del principio di legalità deriva dal fatto che l'Autorità calcola una sanzione cd. teorica eccedente il massimo di legge, sulla base di regole tecniche prive di forza di legge, che essa stessa si è data; una tale violazione non si darebbe, qualora ci si mantenesse, nei passaggi intermedi di calcolo della sanzione, entro i limiti minimo e massimo stabiliti dal legislatore;

ii) la violazione del principio di proporzionalità discende dal fatto che l'interpretazione del limite dell'art. 15 l. 287/1990 come “mera soglia di contenimento” impedisce all'Autorità, a fronte del superamento di tale limite nella maggior parte dei casi, di modulare la sanzione (non “teorica”, ma) effettivamente irrogata in funzione della minore o maggiore gravità e durata dell'illecito; in altre parole ed esemplificando, un illecito valutato dalla stessa Autorità come molto grave e durato magari decenni viene ad essere sanzionato nella stessa misura, in termini di percentuale sul fatturato, di un illecito infra-annuale e valutabile come meno grave (cioè invariabilmente il 10% del fatturato totale);

iii) la violazione del principio di individualità si deve in particolare al fatto che l'interpretazione del limite dell'art. 15 l. 287/1990 come “mera soglia di contenimento” impedisce inoltre all'Autorità, a fronte del superamento di tale limite nella generalità dei casi, di modulare la sanzione (non quella “teorica”, ma quella) effettiva in funzione di attenuanti o aggravanti specifiche alla singola impresa, i.e. legate alla condizione o al comportamento tenuto da questa prima o nel corso del procedimento. Con ciò si realizza inoltre una violazione del principio di uguaglianza, poiché l'Autorità in relazione ad un medesimo illecito pluripersonale finisce per sanzionare nella stessa misura percentuale situazioni individuali che, dal punto di vista del diritto sostanziale, richiederebbero invece un trattamento differenziato (così accade, p.e., che un'impresa che abbia partecipato ad un cartello per un solo anno venga sanzionata, in ter-

mini di percentuale sul fatturato, quanto quella che vi abbia partecipato per decenni, cioè sempre il 10% del fatturato totale).

iv) Ancora, l'interpretazione seguita dall'Autorità Garante finisce di fatto per rendere irrilevanti, in sede sanzionatoria, perfino le attenuanti spettanti all'impresa per il comportamento tenuto dopo la scoperta dell'illecito da parte dell'Autorità: a) ravvedimento operoso (*Linee guida*, punto 23, primo interlinea), b) collaborazione nel corso del procedimento oltre i doveri di legge e al di fuori di un programma di *leniency* (*Linee guida*, punto 23, secondo interlinea), c) adozione di programmi di *compliance* nel corso del procedimento (*Linee guida*, punto 23, quinto interlinea). Ciò non solo contrasta con i richiamati principi di legalità, proporzionalità ed individualità della pena, nonché di uguaglianza e di parità di trattamento nel procedimento amministrativo, ma individua – in aggiunta – uno specifico punto di contrasto con il principio di buon andamento della P.A., in quanto disincentiva, rendendo del tutto inutili ai fini di una mitigazione del trattamento sanzionatorio, comportamenti pure desiderabili in una prospettiva di politica antitrust e valutati dalla stessa AGCM come meritevoli di considerazione nelle sue *Linee guida*.

v) Una diversa interpretazione, costituzionalmente orientata, del limite dell'art. 15 l. 287/1990 come massimo edittale in senso proprio imporrebbe invece all'Autorità di realmente modulare la sanzione entro il minimo e il massimo stabiliti dal legislatore, senza eccedere il massimo di legge nei passaggi di calcolo intermedi (come stabilito dal *Bundesgerichtshof* e, sulla falsariga di questo, dal *Tribunal Supremo* spagnolo). Non è stato ad oggi dimostrato né sussistono indizi specifici o riscontri empirici nel senso che una tale interpretazione, conforme ai principi costituzionali, indebolirebbe la funzione di deterrenza propria della sanzione pecuniaria antitrust. Alla medesima funzione di deterrenza del resto concorre, nella valutazione dello stesso legislatore, il cd. *private enforcement* del diritto antitrust, in particolare la possibilità per le vittime dell'illecito di rifarsi con azioni di risarcimento dei danni (cfr. direttiva 104/2014 sul *private enforcement* antitrust, considerando nn. 3, 5, 6 e 7); e concorre altresì l'esposizione di amministratori e dipendenti al rischio di azioni di responsabilità da *mala gestio*, azioni da inadempimento contrattuale, nonché provvedimenti disciplinari (vds. l'autorevole precedente spagnolo sopra citato, Trib. Supr., 29 gennaio 2015 – *BCN Aduanas*, cit.). Né si può affermare che in questo modo non si considererebbero i sopra-profitti eventualmente derivanti dall'illecito, posto che: i) questo sopra-profitto è eventuale, e – anche se in concreto sussistente – può variare in misura notevole di caso in caso; ii) la funzione di deterrenza è oggi assicurata, nel sistema di *enforcement* italiano ed europeo, dalla combinazione di strumenti amministrativi e privati-

stici, con un notevole rafforzamento di questi ultimi in seguito al recente intervento del legislatore comunitario.

Accanto all'evidenziato contrasto con i principi costituzionali, va segnalato che l'interpretazione attualmente seguita dall'Autorità Garante non è neppure necessitata dal punto di vista testuale. I testi di legge depongono anzi in senso contrario: a norma dell'art. 15, co. 1, l. 287/1990, l'Autorità può irrogare una sanzione “*fino al 10% del fatturato*”; e ai sensi dell'art. 11 l. 689/1981, al quale rinvia l'art. 31 l. 287/1990, “*nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite ed un limite massimo ... si ha riguardo alla gravità dell'infrazione*”. D'altra parte, non sono noti altri casi, nell'ordinamento italiano, in cui il limite edittale superiore, previsto dal legislatore per sanzioni di carattere afflittivo (amministrative o penali), sia stato mai inteso da alcuno come “mera soglia di contenimento”, e non come massimo edittale in senso proprio, al quale parametrare la sanzione, così da riflettere in modo effettivo e proporzionato l'offensività dell'illecito e la successiva condotta dell'autore. In altri termini, sussistono pure dal punto di vista testuale i presupposti per una revisione in senso costituzionalmente orientato dell'interpretazione del limite superiore del 10% stabilito dall'art. 15 l. 287/1990.

4.2. Responsabilità per illecito antitrust e vicende modificative dell'impresa: tra principio di personalità e principio di continuità economica.

Un secondo esempio, tratto dall'attualità, riguarda l'imputazione dell'illecito antitrust a fronte di vicende modificative dell'impresa.

Pure qui si registrano divergenze tra il diritto europeo, da un lato, e quello tedesco, dall'altro, divergenze che riflettono certe caratteristiche di fondo dell'esperienza antitrust tedesca, e che invitano ad una riflessione su quali siano i modi migliori per uno sviluppo del diritto vivente aderente alla realtà e sistematicamente coerente dal punto di vista giuridico.

La questione delle vicende modificative si può così riassumere. Regolando il diritto antitrust l'agire di “*imprese*” a prescindere dalla loro forma giuridica, si pone il problema dell'individuazione dei soggetti cui imputare l'illecito, nel caso di vicende modificative – trasformazioni, fusioni, scissioni, cessioni di azienda o di rami d'azienda ecc. – che abbiano ad interessare, successivamente alla commissione dell'illecito, il soggetto giuridico titolare dell'impresa o l'impresa come organizzazione produttiva (*i.e.* l'azienda ai sensi dell'art. 2555 cod. civ.). Il problema si trova discusso, nel diritto comunitario e di alcuni Sta-

ti membri, per le sanzioni amministrative pecuniarie e, più di recente, per il risarcimento dei danni⁶⁵.

Di massima vale pure in quest'ambito il principio generale di personalità della responsabilità, per cui risponde il soggetto giuridico che all'epoca dell'illecito era titolare dell'impresa⁶⁶, senza che tale responsabilità venga meno per l'effetto di cambiamenti nella forma giuridica, operazioni di riorganizzazione, cessioni di asset aziendali⁶⁷. Ne consegue che, in assenza di continuità giuridica, chi acquista un'azienda o rami di azienda non può in principio essere tenuto responsabile, neppure quando gli asset ceduti sono gli stessi interessati dall'illecito. Inoltre, se l'illecito prosegue sotto la responsabilità del nuovo gestore, questi risponde solo per la frazione di illecito successiva al trasferimento⁶⁸.

Nel diritto vivente comunitario, e di riflesso nel diritto interno italiano⁶⁹, l'applicazione del principio di personalità subisce tuttavia alcune deroghe, a favore del diverso principio della continuità economica. Tali deroghe sono da considerarsi (o dovrebbero considerarsi, ma la prassi decisionale – come si vedrà – a volte non sembra tenere conto di ciò) eccezionali⁷⁰.

In determinate situazioni, la giurisprudenza comunitaria ammette difatti che si sanzioni un soggetto diverso dall'originario titolare dell'impresa, sul

⁶⁵ Corte giust. UE, 14 marzo 2019, C-724/17 – *Vantann kaupunki*.

⁶⁶ V., in particolare, Corte giust. CE, 11 dicembre 2007, C-280/06 – *ETI*, par. 39. Nella giurisprudenza italiana, Cons. st., sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9575 (rispetto alla domanda di intervento in giudizio di una società, nata dalla scissione dell'impresa cui veniva imputato l'illecito antitrust, vi si afferma che “*va considerato ostativo alla successione il principio generale del carattere personale della responsabilità punitiva (art. 27 Cost.; artt. 1 e 3 della l. 24 novembre 1981, n. 689 applicabile in materia di sanzioni antitrust in forza dell'art. 31 della l. 10 ottobre 1990, e il corollario del principio di non trasmissibilità dell'obbligazione sanzionatoria (art. 7 della l. n. 689 del 1981). La relazione, invero, tra sanzione e oggetto è determinata dalla imputazione storica della condotta, non attuale dello strumento della condotta o dell'oggetto in relazione al quale la condotta è stata ieri tenuta; e la condotta è, e continua ad essere tuttora, della società originaria*”).

⁶⁷ Corte giust. CE, 16 novembre 2000, C-297/98 P – *SCA Holding*, par. 27.

⁶⁸ Corte giust. CE, 16 novembre 2000, C-279/98 P – *Cascades*, par. 77.

⁶⁹ E ciò in virtù del richiamo ai principi del diritto comunitario operato dall'art. 1, quarto comma, l. 287/1990: cfr. Corte giust. CE, 11 dicembre 2007, C-280/06 – *ETI*, §§ 24-26. In realtà, la questione è controvertibile: la stessa Commissione rilevava che la disposizione nazionale si riferisce testualmente alle sole disposizioni contenute nel Titolo I della legge, e non anche a quelle del Titolo II in materia di rimedi e sanzioni. In sede di rinvio, il Consiglio di Stato non aveva tuttavia rappresentato limitazioni in tal senso.

⁷⁰ Trib. UE, 6 dicembre 2018, C-531/15 – *Coveris Rigid France c. Commissione*, par. 49; Conclusioni dell'AG Kokott in C-280/06 - *ETI*, par. 81.

presupposto della prosecuzione dell'attività economica con i medesimi asset aziendali (si parla al riguardo di “*identità economica, struttura e funzionale*”). In particolare, ciò avviene quando: *i*) l'originario titolare cessa di esistere giuridicamente⁷¹ (come nel caso in cui un soggetto acquisti la totalità delle partecipazioni nella società originaria titolare e la sottoponga a liquidazione, acquistandone gli asset aziendali e proseguendone le attività economiche⁷²) e/o economicamente⁷³, a prescindere che il successore abbia o meno consentito l'illecito o ne fosse parte; si tratta, all'evidenza, di un caso di responsabilità oggettiva; *ii*) l'originario titolare continua ad esistere come soggetto giuridico, e continua a svolgere attività economica anche diversa, ma al tempo stesso l'originario titolare e il suo successore appartengono alla medesima entità in senso economico⁷⁴, oppure sussistono tra loro particolari legami strutturali⁷⁵; in questi casi, è riconosciuto alla Commissione il potere di scegliere il soggetto da sanzionare; *iii*) gli asset aziendali interessati dall'illecito sono ceduti ad un soggetto indipendente, e il cedente continua ad esistere giuridicamente e a svolgere attività economica; in tale ipotesi, il cessionario può essere sanzionato se è provato l'intento di eludere la sanzione⁷⁶.

Dal punto di vista funzionale, le deroghe al principio di personalità – che sono, peraltro, deroghe di portata assai ampia – vengono giustificate con esigenze di deterrenza.

Un primo argomento, in particolare, è che non si potrebbe lasciare impuni-

⁷¹ Trib. I gr., 17 dicembre 1991, T-6/89 – *Enichem*, § 237 *Anic* (nel caso di specie, è stata negata l'applicabilità del principio di continuità, in quanto risultava accertato che il soggetto originario non si era giuridicamente estinto); Corte giust. CE, 8 luglio 1999, C-49/92 P – *Anic Partecipazioni*, par. 145.

⁷² Corte giust., 14 marzo 2019, C-724/17 – *Vantann kaupunki*.

⁷³ In *obiter dictum*, Corte giust., 11 dicembre 2007, C-280/06 – *ETI*, par. 40. Si rinviengono tuttavia diversi precedenti, comunitari e nazionali, in cui non è stato ritenuto ostativo all'applicazione del principio di personalità l'essere divenuto l'originario titolare una “scatola vuota”: per riff. E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *Successione di impresa e imputazione della responsabilità in materia di concorrenza. Il caso Ente Tabacchi Italiani*, in *Merc. conc. reg.*, 2008, 329 ss., 336.

⁷⁴ Corte giust., 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P, C-217/00P e C-219/00P – *Aalborg Portland*, par. 344 ss.

⁷⁵ Corte giust., 11 dicembre 2007, C-280/06 – *ETI*, par. 49 (in applicazione della quale Cons. st., sez. VI, 17 febbraio 2004, n. 483, ha quindi escluso la responsabilità di ETI, ente successore di AAMS nella titolarità dell'azienda).

⁷⁶ Trib. UE, 6 dicembre 2018, C-531/15 – *Coveris Rigid France c. Commissione*, par. 50; conclusioni AG Kokott in C-280/06 – *ETI*, parr. 82-83.

to l'illecito, e che all'occorrenza ciò imporrebbe di colpire il successore che sia tale anche solo in senso economico.

L'altro argomento è che non si dovrebbe consentire al successore di avvantaggiarsi dell'illecito commesso attraverso quell'organizzazione produttiva. Dal punto di vista dogmatico, queste costruzioni giurisprudenziali poggiano sulla nozione di impresa, quale destinataria dei divieti antitrust⁷⁷.

Diverse sono le critiche⁷⁸. È interessante notare che le critiche più “da giuristi” sono venute finora dalla Germania, e si svolgono sul piano dei principi costituzionali, dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, nonché della compatibilità con i principi del diritto societario e fallimentare.

La critica più diffusa riguarda il rispetto del principio di legalità, e ciò sotto più profili. La nozione di impresa fornirebbe difatti una base normativa da sola insufficiente per imputare l'illecito al successore in senso economico, considerate la sua indeterminatezza, il suo essere in origine concepita in funzione della individuazione delle condotte vietate e non anche dell'imputazione dell'illecito, e insieme la gravità delle conseguenze per il successore solo in senso economico⁷⁹. A ciò si aggiungono le incertezze che caratterizzano l'attuale diritto vivente⁸⁰, cui l'assenza di disposizioni legislative dedicate di certo non giova. C'è pure da chiedersi quanta consapevolezza ci sia nella prassi, in mancanza di previsioni legislative *ad hoc*, circa l'esistenza di questo tipo di rischi nella successione d'impresa (né è detto, all'atto pratico, che il successore si possa efficacemente tutelare tramite *due diligence*⁸¹ o con clausole di manleva). Ancora, è improbabile che ad analoghi risultati sarebbe pervenuto un giudice nazionale, che si confronta con un quadro normativo tipicamente più completo e dettagliato di quello comunitario, e incontrerebbe per ciò solo maggiori difficoltà nel costruire in via d'interpretazione deroghe tanto ampie al generale principio di personalità.

Non appare poi decisivo, da solo considerato, l'argomento del vantaggio indebito che si rischierebbe di accordare al nuovo titolare dell'impresa. Porta-

⁷⁷ Da ultimo, Corte giust., 14 marzo 2019, C-724/17 – *Vantann kaupunki*.

⁷⁸ Per una articolata e per diversi aspetti condivisibile critica, svolta per l'appunto sul piano dei principi costituzionali e dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, v. M. NETTESHEIM, *Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung. Verfassungsrechtliches Freiheitskonzept und präventionsgetragene Verschärfung des Wettbewerbsanktionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, 67 ss.

⁷⁹ Di recente, M. NETTESHEIM, (nt. 78), 68 ss.

⁸⁰ Per una critica E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, (nt. 73), 355.

⁸¹ Cfr. J. WESSING, M. JANSSEN, *Auswirkungen der 9. GWB-Novelle auf kartellrechtliche Bußgeldverfahren*, in *WuW*, 2017, 253 ss., 255 s.

to alle estreme conseguenze, l'argomento giustificherebbe difatti una vera e propria ambulatorietà della responsabilità da illecito antitrust, collegata alla circolazione degli asset aziendali; e ciò in sostituzione del sistema attuale, nel quale il principio di personalità rimane ancora la regola. Un tale cambiamento richiederebbe d'altra parte un intervento legislativo, e non sarebbe esente da rischi di incostituzionalità, sotto i profili in particolare della personalità della pena e della presunzione di innocenza. Inoltre, non è detto che il successore economico sia sempre il beneficiario dell'illecito⁸². Infine, appare oggi discutibile pure l'idea, più in generale, che scopo diretto della sanzione amministrativa debba essere quello di annullare i vantaggi – diretti o indiretti, voluti o meno – dell'illecito: non solo al *public enforcement* si affianca il *private enforcement*, che per quanto riguarda le azioni di danni nei confronti delle imprese autrici dell'illecito è stato assai potenziato dal legislatore comunitario, e che anche in Europa ha ormai raggiunto – pure per l'attivismo degli studi legali e di operatori professionali specializzati nel finanziamento del contenzioso – dimensioni fino a poco tempo fa difficili da immaginare; ma non è neppure provato, in assenza di serie verifiche empiriche, ed anzi è spesso contraddetto dall'osservazione diretta, che l'impresa faccia di questi calcoli razionali sui costi e sui benefici dell'illecito antitrust, che certa teoria economica pretende di porre alla base dei suoi astratti modelli di deterrenza; ed infine andrebbe considerato che l'impresa, destinataria della sanzione, è pur sempre un'organizzazione produttiva, i cui utili sono almeno in parte destinati ad essere reinvestiti nell'attività, e che comunque opera in un contesto dinamico sotto l'influenza di una varietà di fattori.

Altre criticità riguardano la compatibilità di singole applicazioni del principio di continuità economica con i principi e le regole espressi da altri settori dell'ordinamento, quali il diritto societario, il diritto della crisi d'impresa ecc., quando non vi sia continuità giuridica (nel senso che il "successore" non subentra nella generalità dei rapporti giuridici attivi e passivi), ma appunto solo economica.

Da questo punto di vista, se per le riorganizzazioni interne al gruppo o comunque tra soggetti giuridicamente e/o economicamente collegati si può al limite ancora presumere una finalità elusiva (e, quindi, si può meglio giustificare la scelta di dare prevalenza al principio della continuità economica), lo stesso non può dirsi per la cessione di asset aziendali a terzi "estranei" e, a maggior ragione, quando questa avviene nell'ambito di procedure per la risoluzione di crisi d'impresa.

⁸² Cfr. conclusioni AG Kokott del 3 luglio 2007 in C-280/06 – *ETI*, par. 98.

In particolare, quando lo stesso legislatore esclude la responsabilità dell'acquirente per i debiti aziendali preesistenti, allo scopo evidente di facilitare l'acquisto dell'azienda dal fallimento o altra procedura di crisi, l'applicazione del principio di continuità economica, attesa la prevalenza sistematica del principio di personalità, e tanto più in assenza di una previsione legislativa espressa, dovrebbe ragionevolmente essere esclusa⁸³. Del resto, non si vede quale vantaggio possa di massima trarre il cessionario dall'illecito antitrust, se l'acquisto riguarda l'azienda di un imprenditore decotto.

Oltre alle critiche mosse dai giuristi tedeschi al diritto vivente comunitario, si segnala poi che la soluzione al riguardo seguita nel diritto tedesco era e in parte rimane diversa da quella comunitaria.

Nel diritto tedesco, fino alla nona novella del GWB del 2017, destinatario di sanzioni amministrative pecuniarie poteva essere tutt'al più il successore universale, e sempre che ricorresse anche una sostanziale identità economica dell'impresa; al di fuori di tale ipotesi, l'estinzione dell'ente precludeva l'irrogazione di sanzioni⁸⁴.

Senonché, in un caso eclatante, relativo al mercato degli insaccati, diverse delle società coinvolte in un cartello pluridecennale si sottraevano con successo al pagamento di sanzioni per centinaia di milioni di Euro attraverso il trasferimento degli asset aziendali a soggetti "vicini" e la successiva auto-liquidazione. Sotto l'impressione di questa vicenda, portata dalla stampa all'attenzione del pubblico nazionale, il legislatore tedesco è intervenuto a colmare la cd. *Wurstlücke* prevedendo, tra l'altro, la possibilità di sanzionare il successore in senso meramente economico (art. 81, co. 3c, GWB).

Neppure questa modifica legislativa ha però portato ad un allineamento pieno con il diritto comunitario. In particolare, si sostiene che la norma varrebbe a colpire solo le operazioni di cui sia dimostrata la finalità elusiva e non qualsiasi *asset deal*⁸⁵; si discute altresì se la norma si applichi agli *asset deals* realizzati nell'ambito di procedure concorsuali, atteso il principio di diritto fallimentare che (come del resto in Italia⁸⁶) esclude la responsabilità per debiti pregressi di

⁸³ A conoscenza di chi scrive, la questione è stata di recente sollevata davanti all'Autorità Garante italiana, ma veniva da questa ignorata, nel proc. 1805 "*Prezzi del cartoncino ondulato*": cfr. AGCM, provv. 17 luglio 2019, n. 27489, cit., par. 1, nt. 2, par. 484, par. 485, nt. 801.

⁸⁴ R. BECHTOLD, W. BOSCH, *Kartellgesetz*⁹, München, Beck, 2018, ad art. 81 GWB, par. 78.

⁸⁵ R. BECHTOLD, W. BOSCH, (nt. 84), par. 85.

⁸⁶ Il diritto italiano ammette che il cessionario dell'azienda risponda dell'illecito anteriore alla cessione, sia esso civile amministrativo o (nel caso di società ed enti in genere) penale, solo entro limiti precisi e piuttosto ristretti: l'art. 2560, secondo comma, c.c. pone difatti a carico del cessionario una responsabilità solidale per i soli debiti risultanti dalle scritture contabili

chi acquista dal fallimento; in ogni caso, non si è mancato di rilevare possibili profili di legittimità costituzionalità della nuova normativa, oltre a criticarla sul piano dell'opportunità (per il livello già di per sé eccessivo delle ammende, avuto riguardo anche all'applicabilità nel diritto tedesco di ammende nei confronti dei manager, per i rischi eccessivi che ne derivano per le attività di acquisizione di imprese, più in generale per la scarsa aderenza alla realtà)⁸⁷.

Nel suo insieme, il tema delle vicende modificative offre anch'esso un interessante e positivo esempio della "giuridicità" del diritto antitrust tedesco, nonché della sua capacità di vagliare criticamente le soluzioni offerte dal diritto comunitario; dimostra pure – questo esempio – la problematicità di soluzioni più o meno creative, che vengono elaborate nel diritto vivente comunitario senza porsi, o senza porsi più di tanto, il problema della loro tenuta sistematica.

4.3. Il caso Facebook.

Un terzo esempio è offerto dal caso Facebook.

La decisione del *Bundeskartellamt* del 2019⁸⁸ si iscrive in un più ampio programma, messo a punto in Germania, e portato avanti a diversi livelli (accademico, politico, legislativo e amministrativo), per una politica antitrust attiva nei mercati dell'economia digitale, avente l'obiettivo di prevenire una degenerazione di questi mercati per l'effetto dell'agire delle cd. *big tech companies*.

Oggetto della decisione è la gestione da parte di Facebook dei dati personali dei suoi utenti. Facebook è anche in Germania, come nella maggior parte dei

(con conseguente esclusione delle pretese risarcitorie da fatto illecito azionate dal terzo nei confronti del cessionario dopo la cessione [Cass., 29 aprile 1998, n. 4367, in banca-dati *DeJure*], considerando anche che l'iscrizione del debito non può essere sostituita dalla prova che la sua esistenza era comunque nota all'acquirente dell'azienda [Cass., 22 marzo 2018, n. 7166, in banca-dati *DeJure*]); se la cessione ha luogo nell'ambito di una procedura di crisi, gli artt. 182, quinto comma, l.fall. = 123, ottavo comma, cod. crisi per il concordato preventivo, art. 105, quarto comma, l.fall. = 219, terzo comma, cod. crisi per la liquidazione giudiziale e l'art. 63, quinto comma, d.lgs. 270/1990 per l'amministrazione straordinaria escludono la responsabilità del cessionario per i debiti aziendali precedenti al trasferimento; e ciò per l'evidente ragione che, diversamente, l'acquisto sarebbe disincentivato, e si rischierebbe così di compromettere il buon esito della procedura; deroghe sono state infine previste dal legislatore, con apposite disposizioni di dettaglio, nel campo tributario (art. 14 d.lgs. 472/1997) e per la responsabilità amministrativa da reato delle società e degli enti (art. 33 d.lgs. 231/2001).

⁸⁷ V., per tutti, T. MÄGER, F. VON SCHREITTER, *Die kartellrechtliche Bußgeldhaftung nach der 9. GWB Novelle – Überblick und Kritik*, in *NZKart*, 2017, 264 ss., ivi 270 ss. (ed ivi riff. ult.).

⁸⁸ BKartA, (nt. 52).

Paesi, il principale social network. Di recente, Facebook ha acquisito Instagram e Whatsapp. Per accedere ai servizi di Facebook, l'utente doveva autorizzare l'integrazione dei dati personali del suo account Facebook con i suoi dati personali ricavabili da Whatsapp, Instagram e da pagine di terzi. In mancanza di tale autorizzazione, si negava all'utente l'accesso ai servizi di Facebook.

Il *Bundeskartellamt*, che a differenza dell'Autorità Garante italiana non ha competenze in materia di pratiche commerciali scorrette, ha deciso di scrutinare la condotta di Facebook seguendo una via più impervia, e cioè alla stregua del divieto di abuso di posizione dominante, segnatamente come abuso di sfruttamento per imposizione di condizioni inique.

L'Autorità tedesca ha quindi ritenuto sussistere una posizione dominante di Facebook nel mercato dei servizi di social network, tra l'altro in ragione dei collegati effetti di rete; ha ritenuto sussistere il necessario nesso di causalità tra tale posizione e l'ipotizzato abuso, sotto specie di rafforzamento della posizione dominante; e infine ha valutato la limitazione della libertà di scelta imposta ai suoi utenti come abusiva, alla luce anche della normativa in materia di privacy.

La decisione ha dato luogo ad un ampio e vivace dibattito, non solo in Germania⁸⁹. Dal punto di vista di Facebook, l'impatto della decisione sarebbe stato notevolissimo. Qualcuno ha osservato che, vietando l'integrazione di dati divisata da Facebook, il *Bundeskartellamt* avrebbe sostanzialmente attuato, attraverso il divieto di abuso di posizione dominante, un controllo delle concentrazioni, un po' come avveniva agli inizi dell'antitrust comunitario.

La Corte di appello di Düsseldorf⁹⁰ ha tuttavia sospeso la decisione del *Bundeskartellamt* con una motivazione severa pure nei toni⁹¹. Nella stampa specializzata, poco adusa ai toni sensazionalistici, si leggeva che l'*Oberlandesgericht*

⁸⁹ Si segnalano, tra gli altri, G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Antitrust Über Alles. Whither Competition Law after Facebook*, in *World Comp.*, 2019, 355 ss. e R. NAZZINI, *Privacy and Antitrust: Searching for the (Hopefully Not Yet Lost) Soul of Competition Law in the EU after the German Facebook Decision*, in *Comp. Pol. Int.*, marzo 2019.

⁹⁰ BKartA, (nt. 52).

⁹¹ L'argomento centrale, nel provvedimento del giudice, è che l'Autorità non si sarebbe abbastanza preoccupata di dimostrare che il caso poneva un problema di buon funzionamento del mercato e quindi di diritto della concorrenza. In particolare: la violazione della normativa in materia di trattamento di dati personali di per sé non varrebbe a colorare di abuso la condotta dell'impresa dominante; l'Autorità avrebbe dovuto verificare più attentamente l'esistenza di un nesso di causalità tra la posizione dominante e l'ipotizzato abuso; l'Autorità avrebbe dovuto svolgere un'analisi del tipo *als-ob*, cioè chiedersi come avverrebbe la raccolta dei dati personali degli utenti in condizioni di concorrenza effettiva; infine, qualunque altro concorrente di Facebook avrebbe in principio la possibilità di accedere agli stessi dati.

avrebbe fatto la decisione “a pezzi”⁹². Pende ora il reclamo del *Bundeskartellamt* davanti alla Corte Federale; ma più di un controllo di plausibilità non può aversi in quella sede, e pertanto appare difficile che l’ordinanza della Corte di appello venga riformata⁹³.

Molti sono gli aspetti interessanti di questa vicenda, originata dalla decisione dell’Autorità tedesca (decisione a mio avviso fondamentalmente condivisibile⁹⁴). Mi limiterò qui ad evidenziare tre aspetti, in linea con il taglio che ho cercato di dare al presente contributo.

Un primo aspetto riguarda la scelta della base normativa: non – come ci si sarebbe potuti aspettare – il divieto comunitario dell’art. 102 TFUE, ma l’omologa disposizione di diritto interno, l’art. 19 GWB. Tra gli osservatori tedeschi si ritiene per lo più che questa scelta non sia stata casuale, bensì rispondesse nelle intenzioni dell’Autorità ad una finalità duplice: basando la decisione sul divieto di abuso di diritto tedesco, l’Autorità pensava di poter anzitutto fare af-

⁹² V. p.e. L. HOLZKI, D. NEUERER, *OLG zerpfückt Vorwürfe des Kartellamts gegen Facebook*, in *Handelsblatt*, 26 agosto 2019.

⁹³ R. PODSZUN, *Facebook vs. Bundeskartellamt*, in *D-KART Antitrust Blog*, 30 agosto 2019; M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision*, in *J. of Eur. Comp. L. & Pract.*, 2019, 465 ss., 471.

⁹⁴ Di contro all’approccio restrittivo e a tratti formalistico della Corte d’appello, appaiono condivisibili in particolare:

i) in punto di diritto, l’accoglimento di una nozione estensiva di abuso (in linea con la giurisprudenza europea sull’art. 102 TFUE e in coerenza con gli obiettivi generali del diritto antitrust), per cui tra posizione dominante e asserito abuso non deve necessariamente ricorrere un nesso di causalità adeguata (nel senso che la posizione dominante dovrebbe essere tale da rendere materialmente possibile la condotta di cui si tratta), ma è sufficiente che la condotta dell’impresa dominante sia idonea a produrre effetti anticoncorrenziali, nel medesimo mercato o in mercati collegati (par. 872 ss. della decisione); sicché va considerata abusiva l’acquisizione da parte dell’impresa dominante di un vantaggio competitivo non fondato sulla libera scelta del consumatore (come avviene nel caso delle pratiche commerciali ingannevoli o aggressive);

ii) nel caso di specie, la conclusione del *Bundeskartellamt* per cui, di fronte a un’impresa dotata di un potere di mercato come quello di Facebook, può dare luogo ad abuso pure una violazione della normativa in materia di privacy, e ciò in ragione sia dell’imposizione di fatto all’utente di certe condizioni di utilizzo dei suoi dati personali (par. 880 ss.) sia degli effetti escludenti che l’acquisizione di quei dati determina nei mercati dei servizi di social network e dei connessi servizi pubblicitari (par. 885 ss.).

Troppo astratto dalla realtà appare invece l’assunto del giudice, secondo cui l’utente, all’atto di acconsentire all’utilizzo dei suoi dati da parte di Facebook, eserciterebbe una scelta pienamente libera e consapevole (cfr. in particolare B. BUCHNER, *Datenschutz und Kartellrecht*, in *WRP*, 2019, 1243 ss., par. 10 ss.); e lo stesso sembra potersi dire della sottovalutazione da parte della Corte d’appello degli effetti escludenti della pratica condannata dal *Bundeskartellamt*.

fidamento su un'elaborazione nazionale (giurisprudenziale e dottrinale) più ricca e magari più favorevole di quella comunitaria⁹⁵; e, in secondo luogo, limitava il rischio di un interessamento della Commissione Europea e/o di rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia⁹⁶.

Un secondo aspetto interessante, che mi limito a segnalare senza approfondire, è l'uso, da parte dell'Autorità e della Corte di appello, di un apparato concettuale, tipico dell'elaborazione tedesca in materia di abusi di potere di mercato, tra cui una valutazione dell'abusività della condotta effettuato sulla base di un bilanciamento normativamente orientato degli interessi in concreto coinvolti (il che ha reso più facile per l'Autorità attingere, nel giudizio di abusività, valutazioni normative dalla legislazione in materia di privacy).

Un terzo aspetto degno di nota è, infine, ravvisabile nella prontezza della risposta del legislatore: a distanza di soli pochi mesi dalla decisione della Corte di appello, il disegno governativo per la decima novella ha previsto una modifica del divieto di abuso di posizione dominante di cui all'art. 19 GWB, avente il dichiarato fine di rendere superata la tesi, accolta dal giudice del caso Facebook, per cui l'abuso di sfruttamento richiederebbe una causalità in senso stretto (per ammettere la sussistenza di un abuso di sfruttamento, se solo alla controparte è inflitto uno svantaggio ingiustificato, come p.e. nel caso dell'adozione di condizioni vessatorie alla stregua della normativa sulle condizioni generali di contratto: cd. *normative Kausalität*)⁹⁷.

⁹⁵ BKartA, (nt. 52), par. 914.

⁹⁶ R. PODSZUN, *The Facebook Decision: First Thoughts by Podszun*, in *D-KART Antitrust Blog*, 8 febbraio 2019.

⁹⁷ Relazione illustrativa del *Referentenentwurf*, (nt. 27), 72-74 (ed ivi ampi riff. ult.).

