Costituzionalismo.it
FASCICOLO 1 | 2019

24 aprile 2019

Il valore del precedente antitrust nella dialettica tra giudici e «rete» delle Autorità

di Simona Piva

Specializzata alla SPISA - Università degli studi di Bologna

ABSTRACT ITA L'applicazione del diritto antitrust evidenzia un punto di tensione tra l'indeterminatezza delle fattispecie normative, che consente adattamenti alle nuove situazioni di mercato, e l'esigenza di assicurare una ragionevole prevedibilità delle decisioni dell'Autorità indipendente che comminano sanzioni. La creazione di una rete di precedenti, elaborati in sinergia con la giurisprudenza, può essere la strada per conciliare la piena effettività della tutela della concorrenza con la garanzia della certezza del diritto e dell'affidamento. EN The application of competition law highlights a point of tension between the uncertainty of antitrust law provisions, suited to follow the market evolution, and the reasonable predictability of the independent Authority's decisions, especially in case of sanctions. A network of precedents, developed in synergy with the Courts, may be the way to reconcile the full effectiveness of competition law with the rule of law and the protection of the legitimate expectations.

Sommario: *1. Il diritto antitrust: il problema della prevedibilità della norma concreta; 2. La posizione dell'AGCM nel sistema costituzionale; 3. Il "peso" del precedente; 4. Prospective overruling e cultura del precedente; 5. L'antitrust al tempo dei Big Data: la formazione «in rete» del precedente; 5.1. Il caso Facebook/WhatsApp; 5.2. AGCM vs WhatsApp; 5.3. Sviluppi in Germania e in Francia; 6. La rete delle Autorità e lo scambio delle esperienze.*

1. Il diritto *antitrust*: il problema della prevedibilità della norma concreta

Il presente contributo si occupa della tematica del precedente giurisprudenziale, con specifico riguardo

al diritto della concorrenza. L'esigenza di ricorrere al precedente risulta particolarmente sentita in tale settore dell'ordinamento[1], in cui il precetto giuridico non presenta i caratteri della fattispecie normativa autosufficiente e si avvale di concetti giuridici indeterminati appartenenti a scienze non giuridiche, *in primis* alla tecnica e all'economia. Il tessuto normativo scritto deve essere conseguentemente "integrato"[2] dall'Autorità *antitrust* in base alla discrezionalità tecnica ad essa riconosciuta[3], con l'intervento "a chiusura" del giudice amministrativo in sede di sindacato dei provvedimenti della Autorità.

L'uso di detti concetti giuridici indeterminati, presenti nelle norme dei Trattati UE e nel diritto europeo derivato, ha ricadute importanti sull'*agĕre* delle imprese. Il TFUE li ha inseriti, in particolare, negli artt. 101 e 102[4], in cui si rinvengono i concetti di posizione dominante, di libera concorrenza e di mercato concorrenziale[5]. In base ad essi, il TFUE individua gli illeciti *antitrust*: le intese restrittive della concorrenza, lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, le concentrazioni di imprese che comportano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante in grado di eliminare o ridurre in modo significativo, in un determinato settore, la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso[6]. Tali fattispecie di abuso sono state recepite, nel nostro Paese, dagli artt. 2, 3 e 6 della legge 287/1990[7].

Il legislatore, quando utilizza i concetti giuridici indeterminati, ricorre ad una tecnica non tassativa e, cioè, alla tecnica "del rinvio" all'elaborazione dell'interprete. L'utilizzo di tali concetti è dovuto «alla necessità di andare oltre una elencazione casistica delle singole ipotesi particolari»[8]: essi si configurano come "mega-concetti", da cui, attraverso l'interpretazione, è possibile estrapolare nuove fattispecie e rappresentano lo strumento più adeguato per superare la difficoltà di una completa tipizzazione di ipotesi già definite «al fine di permettere un adattamento delle decisioni alle circostanze particolari del singolo caso»[9].

Il ricorso ad essi ha, inoltre, la fondamentale «funzione (o comunque l'effetto) di consentire – nel tempo e a tessuto normativo invariato – un adeguamento del sistema giuridico»[10] alle mutate situazioni economiche e sociali, come si è registrato anche nei Paesi di tradizione di *civil law*, con conseguenze rilevanti sul ruolo del diritto giurisprudenziale[11].

Se la giurisprudenza ha, dunque, il ruolo di «formante dell'ordinamento», ciò significa assegnarle «un ruolo creativo e costitutivo che, nell'ambito della concezione classica del costituzionalismo, è sempre stato piuttosto in ombra»[12] e che assume oggi ulteriori e complesse valenze, con l'introduzione di principi ad opera del diritto UE e del diritto convenzionale destinati ad essere immediatamente applicati in sede di giurisdizione nazionale: la valorizzazione del precedente in funzione di stabilizzazione giurisprudenziale si ricollega a tale processo, fungendo da possibile rimedio all'accresciuto rischio dell'incertezza giuridica[13].

Gli stessi spazi d'azione conferiti alle Autorità amministrative indipendenti da leggi di derivazione europea basate su clausole generali e attributive di poteri di diversa natura (vigilanza, regolazione, sanzionatori) sono, a un tempo, occasione per l'adeguamento flessibile e costante della disciplina legale delle attività di mercato, a tutela dei beni pubblici di cui ciascuna autorità è "portatrice"[14], e rischio di imprevedibilità delle reazioni legali. La concretizzazione delle clausole generali in ambito *antitrust* è un classico esempio di attualizzazione della regola in un contesto economico dato che non sempre è assistito dai requisiti della prevedibilità del precetto legale[15].

Occorre allora chiedersi se, e in che misura, "la cultura del precedente" può servire a conciliare due istanze apparentemente in conflitto: duttilità ed effettività dell'azione *antitrust*, con massima capacità deterrente nel caso concreto, e principio della prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli per il soggetto privato.

2. La posizione dell'AGCM nel sistema costituzionale

Giova qualche richiamo preliminare sull'accresciuto peso nel nostro ordinamento della funzione *antitrust*.

Negli anni '90, inizia un periodo di grandi privatizzazioni per due motivi fondamentali: il divieto degli aiuti di Stato, che spinge lo Stato a "liberarsi" delle imprese non più sostenibili dal punto di vista economico alla luce della normativa europea, e la necessità di fare "cassa" per rientrare nei parametri di Maastricht (1992) e accedere all'area euro. A seguito di questo cambiamento di politica economica, si registra la fine dello Stato imprenditore e la nascita dello Stato regolatore, cioè dello Stato che pone regole all'attività delle imprese private, in particolare di quelle che operano nel campo dei servizi pubblici.

Nel rapporto Stato-economia, per effetto dei cambiamenti appena richiamati, mutano i soggetti del governo dell'economia: prima erano soggetti politici, ora entrano in scena altri soggetti, le Autorità amministrative indipendenti, ai quali viene affidata una funzione specifica[16].

L'AGCM, istituita con la l. 287/1990, si colloca al di fuori della classica ripartizione dei poteri dello Stato e dal circuito della responsabilità del Governo innanzi al Parlamento, tanto che, in passato, ne è stata messa in discussione la legittimazione[17], che, in seguito, è stata individuata in una pluralità di fattori convergenti: il carattere neutrale delle funzioni espletate, esercitate con modalità "semi-giurisdizionali" e con le più ampie garanzie di partecipazione e di contradditorio endoprocedimentale[18]; la derivazione esplicita dal diritto dell'Unione europea[19]; le garanzie d'indipendenza che si manifestano anche nelle procedure di nomina (e nel divieto di revoca) del Presidente e dei Componenti il Collegio dell'Autorità, tali da sottrarre l'istituzione a qualsiasi condizionamento e controllo[20]; il sindacato pieno del giudice amministrativo sui suoi atti, a ulteriore salvaguardia del principio del giusto procedimento.

Merita qualche osservazione più dettagliata quest'ultimo profilo: l'Autorità non può agire «senza le garanzie di un effettivo sindacato giurisdizionale»[21], affidato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[22].

Fatta questa scelta, è sorto il problema dell'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità[23]. Si contrapponevano due opposte esigenze: da un lato, si voleva evitare che il giudice amministrativo sostituisse le proprie valutazioni tecniche a quelle dell'*Antitrust* e, dall'altro lato, si voleva garantire la tutela effettiva dei diritti e degli interessi dell'individuo, nel rispetto del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale piena ed effettiva riconosciuto dalla Costituzione italiana (artt. 24, 103, 111, 113), dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 47)[24] e dalla CEDU (art. 6 § 1).

La questione relativa al grado di intensità del sindacato del giudice amministrativo ha ricevuto, nel corso degli anni, risposte riconducibili a due orientamenti.

- Il primo orientamento, più risalente e restrittivo, riteneva che il giudice amministrativo dovesse mostrare *deference* nei confronti degli atti dell'Autorità per rispetto della scelta legislativa, che le ha riconosciuto una spiccata autonomia e le ha affidato compiti che richiedono un'elevata specializzazione

tecnica in campo economico. Secondo tale indirizzo, se le decisioni dell'*Authority* fossero state sottoposte ad un sindacato forte, intrinseco e sostitutivo, sia l'indipendenza che l'autorevolezza della stessa sarebbero state messe in discussione. Questo orientamento prevedeva come tipo di sindacato giurisdizionale un sindacato "debole", che è stato inteso, in un primo momento, come il tipo di verifica più consono ai casi in cui, in base alla discrezionalità tecnica, è possibile una pluralità di soluzioni per il medesimo problema[25]. Con il termine "debole", in un secondo momento, si è venuti a significare che «non è consentito un potere sostitutivo dell'organo giusdicente tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile od il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato all'operato dell'Autorità»[26].

- Il secondo orientamento sostiene che, anche se l'Autorità Garante si limitasse ad applicare le norme giuridiche senza esercitare poteri discrezionali, sarebbe necessaria la verifica del giudice amministrativo sulla correttezza dell'interpretazione delle norme svolta dalla stessa Autorità: nello Stato di diritto «ogni potere ha un giudice» e a tale regola non possono sottrarsi le *Authorities*, dal momento che «il principio di legalità non consente di configurare un 'potere' solo per il fatto che la competenza a provvedere spetti all'amministrazione»[27].

Un passaggio essenziale nel senso della pienezza del sindacato è stato sancito dalla sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale[28].

Il Consiglio di Stato[29], a sua volta, per dissipare i dubbi sull'effettività della tutela giurisdizionale, ha affermato «come anche nel modello impugnatorio il sindacato giurisdizionale sia oggi particolarmente penetrante e, nelle controversie *antitrust*, si estenda sino al controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità (potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati al caso in esame)»[30].

Una visione ancora più incisiva si ritrova nella sentenza del Consiglio di Stato n. 550 del 2007, resa nei confronti di un provvedimento dell'AGCM, in cui viene messo in luce[31] che il vaglio giurisdizionale deve passare dalla verifica della legittimità dell'atto dell'Autorità Garante alla verifica della coerenza, congruenza, proporzionalità dell'*iter* argomentativo seguito dall'*Authority* nello scegliere una determinata alternativa tra le tante possibili. Il controllo di piena giurisdizione si realizza «con la piena conoscenza dei fatti e delle evidenze istruttorie, e un sindacato pieno anche sulle valutazioni tecniche e sull'analisi economica»[32] effettuate dall'*Antitrust*; il modello di sindacato del giudice amministrativo non è unico, ma è differenziato a seconda del tipo di attività svolta in concreto dall'AGCM[33].

Anche il Codice del processo amministrativo, che ha come concetto perno l'effettività della tutela, all'art. 134, lett. *c)*, sancisce che il giudice amministrativo ha potere esteso al merito per quanto riguarda la determinazione della sanzione: il giudice – oltre al potere di annullamento – può modificare la misura della sanzione se essa si basa su presupposti di fatto errati, se è illogica o illegittima rispetto ai parametri illustrati dall'art. 15 della l. n. 287/1990 e dall'art. 11 della l. n. 689/1981, oppure se è semplicemente iniqua.

Questa impostazione è in linea con quella dell'ordinamento europeo: il Regolamento n. 2003/01/CE attribuisce, infatti, al Tribunale di primo grado e alla Corte di Giustizia la competenza giurisdizionale «anche di merito» sui ricorsi presentati contro le decisioni sanzionatorie della Commissione, accordando loro il potere di «estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda» (art. 31).

Il sindacato «intrinseco», comprensivo anche delle valutazioni tecniche, e «forte», con la possibilità di sostituire la misura delle sanzioni, esercitato dal giudice amministrativo nazionale, è perfettamente compatibile anche con l'art. 6 § 1 CEDU[34].

La effettività e la pienezza del sindacato giurisdizionale traggono altresì sostegno dal compiuto

esplicarsi delle garanzie procedimentali[35].

La giurisprudenza, partendo dall'assunto che «nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio»[36], verifica l'applicazione del principio del contradditorio. Il potere *antitrust* deve rispettare i principi fondamentali dell'ordinamento ed essere informato ai caratteri del giusto procedimento[37], prevedendo l'intervento e il contraddittorio[38] «di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori»[39].

La pienezza delle garanzie procedimentali è considerata un "filtro di legittimazione"[40]: la legalità procedurale "convalida", dal basso, la legittimità dell'azione dell'Autorità.

3. Il "peso" del precedente

Come si è anticipato, i concetti giuridici indeterminati del diritto *antitrust* hanno bisogno di un'opera di contestualizzazione. La decisione dell'Autorità indipendente assume una funzione integrativa della norma, nel senso che non si limita all'interpretazione letterale e all'esecuzione del dettato legislativo, ma incide sulla sua configurazione per applicarla al caso concreto[41]. La logicità ed adeguatezza di tale operazione ermeneutica è necessariamente soggetta al sindacato del giudice amministrativo per assicurare la «controllabilità giurisdizionale delle valutazioni compiute dall'amministrazione in applicazione di un *unbestimmte Rechtbegriffe* o nell'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica»[42].

La concretizzazione del concetto giuridico indeterminato consente all'Autorità di colpire le condotte lesive della struttura concorrenziale del mercato con un'efficacia che non sarebbe consentita da una rigida tipizzazione delle condotte, accrescendo l'effetto di deterrenza. E vi è di più: in un assetto ordinamentale che vede la compresenza di più settori normativi, può accadere che la condotta di un'impresa sia soggetta a pluriqualificazione, tanto che una stessa condotta può risultare contemporaneamente lecita per la disciplina di settore e illecita per il diritto *antitrust*[43]: un esito di questo genere può determinare incertezza giuridica e lesione dell'affidamento[44], impedendo agli operatori economici di conoscere *ex ante* se un determinato comportamento è da valutare in termini di liceità o di illiceità e causando possibili ricadute negative sul dinamismo imprenditoriale[45].

Occorre impedire, com'è stato efficacemente rilevato, il caos[46].

L'Autorità e, in seconda battuta, il giudice amministrativo devono allora esercitare la loro funzione «senza compromettere la stabilità e la continuità del sistema, non trascurando mai i valori della certezza del diritto e quello della semplificazione (possibile) dell'ordinamento»[47].

La garanzia della certezza giuridica si sposta dalla formulazione della disposizione alla sua interpretazione. Ed invero, il controllo giurisdizionale sulle decisioni dell'*Antitrust* può originare una dialettica complessa in cui entrano anche le decisioni della CGUE e della Corte EDU[48] e che sembra orientata verso il rafforzamento della "cultura del precedente", per far valere criteri di continuità e di tendenziale uniformità[49], secondo un'esigenza avvertita non soltanto negli ordinamenti di *common law*, ma anche, come vedremo subito, sotto certi aspetti, in quelli di *civil law*[50].

Qui si pone la questione generale del grado di vincolatività da assegnare al precedente giudiziale per vincolare le decisioni giudiziali ad una maggiore stabilità ed uniformità e rendere il più possibile stabile il *Richterrecht*[51], senza dimenticare che per chiaro disposto costituzionale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101, secondo co., Cost.).

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, è opportuno ricordare che l'art. 65, co. primo, del r.d. n. 12/1941 (ordinamento giudiziario) attribuisce alla Corte di Cassazione la funzione nomofilattica affinché essa assicuri «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale»[52]. Da questa previsione si evince che la funzione nomofilattica della Cassazione implica, a ben vedere, il valore giuridico dei precedenti della stessa[53].

Al fine di tener conto che «un'accentuata mutevolezza o relativizzazione dei principi di diritto, seppur rispettosa del principio di cui all'art. 101, secondo comma, Cost., indurrebbe in sofferenza il principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.) con il quale mal si concilia l'evenienza che due fattispecie analoghe siano decise in termini diversi»[54], il legislatore in tempi più recenti ha rafforzato la funzione nomofilattica della Cassazione[55], tramite alcune disposizioni del Codice di procedura civile.

Ricordiamo, a questo proposito, l'obbligo per le sezioni semplici della Cassazione, qualora non condividano un principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, di rimettere «a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso»[56] e l'inammissibilità del ricorso per Cassazione «quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa»[57].

Anche l'art. 384, secondo comma, c.p.c., si pone sulla stessa linea, in quanto dispone che «la Corte, quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte».

Le previsioni, *supra* riportate, affermano «nel nostro ordinamento un (sia pur circoscritto) valore legale del precedente»[58], «una forma debole della regola dello "*stare decisis*", regola che, nella sua portata assoluta, non è rinvenibile nel nostro ordinamento, in cui il precedente giurisprudenziale ha una valenza persuasiva»[59]. Va altresì considerato che la funzione di nomofilachia è esercitata anche dal Consiglio di Stato e della Corte dei conti nel rispettivo ambito di giurisdizione[60]: è degna di nota la valorizzazione che il nuovo codice del processo amministrativo fa dell'Adunanza plenaria come sede per dirimere i contrasti giurisprudenziali (art. 99 c.p.a.).

Esiste, invero, una profonda diversità che sussiste fra la pratica costante di seguire i precedenti e la regola *stare decisis*. La prima non è una peculiarità dei sistemi di *common law*: la regola secondo cui i casi simili sono da decidere in modo simile è, come già detto, un principio di giustizia riconosciuto da tutta la tradizione occidentale. «*Stare decisis* indica, viceversa, un obbligo giuridico per il giudice successivo a non discostarsi da certi precedenti»[61].

La valorizzazione del "precedente"[62] anche a soli fini "persuasivi" è già in grado di rimediare ai rischi di "inconsistenza" della giurisprudenza. Conferme vengono dalle pronunce delle Corti europee: la CGUE e la Corte EDU incentrano la loro attività giurisdizionale sui precedenti[63] e vincolano, con le loro interpretazioni e decisioni, i giudici nazionali dei Paesi membri dell'UE[64] e dei Paesi appartenenti alla CEDU. In particolare, la «Corte UE tende costantemente ad affermare la propria funzione di nomofilachia con riguardo al diritto europeo, anche a discapito di normative nazionali»[65].

L'incisività del diritto e della giurisprudenza UE e CEDU all'interno del nostro ordinamento dipende da due diversi fattori:

- il primo è dato dall'effetto vincolante dei Trattati nei confronti degli Stati membri, obbligati ad

uniformare al diritto europeo le proprie regole interne[66]; i principi di diritto enunciati nelle sentenze della Corte di Giustizia hanno efficacia vincolante per i giudici nazionali perché «i principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria superano i limiti del giudizio in cui sono stati pronunciati»[67];

- il secondo fattore dipende dall'appartenenza del nostro Paese alla CEDU, un trattato internazionale[68] che lo vincola non solo alla Convenzione, ma, soprattutto, all'interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo, come è stato a suo tempo riconosciuto dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007.

A proposito della CEDU, è opportuno sottolineare che la giurisprudenza della Corte EDU «interpretando il concetto di "legge" di cui all'art. 7 CEDU in modo da ricomprendervi anche il formante giurisprudenziale […] enfatizza il profilo della *conoscibilità*, ed in particolare della *prevedibilità* e della *accessibilità*, della legge e delle conseguenze sanzionatorie di essa da parte dei consociati al momento di agire»[69]. È in quest'ottica che la Corte EDU attribuisce importanza al «ruolo del diritto vivente» e al precedente, tanto che, pur non ritenendosi vincolata alle «proprie decisioni anteriori», adotta la prassi di seguirle «nell'interesse della sicurezza giuridica e dello sviluppo coerente della giurisprudenza relativa alla Convenzione»[70], anche se ammette che, pur essendo «nell'interesse della prevedibilità del diritto e dell'eguaglianza dinanzi alla legge che la Corte non si discosti senza validi motivi dai propri precedenti, tuttavia rinunciare ad un approccio dinamico ed evolutivo rischierebbe di ostacolare qualsiasi correzione o miglioramento»[71]. Vi è dunque la consapevolezza che il valore del precedente deve conciliarsi con l'esigenza che il diritto segua l'evoluzione della realtà. E d'altra parte, anche nel *common law* si fa ampio ricorso al *distinguishing*[72] e – quando il giudice ritiene il precedente *plainly unreasonable* – all'*overruling*. In questo secondo caso il precedente astrattamente applicabile viene, *ratione cessante*, "superato" da un nuovo precedente che diventa vincolante per il futuro. In sostanza, a differenza del *distinguishing*, l'*overruling* «presuppone […] un giudizio negativo sulla validità della *regula juris* e si risolve nella sua invalidazione»[73].

L'*overruling*, dunque, mette in discussione la regola del precedente vincolante: «i principi della certezza del diritto e dell'eguaglianza, invocati da chi teorizza l'affermazione nel diritto italiano dello *stare decisis*, finiscono per sottostare a un destino non molto diverso da quello prodotto dalle incertezze applicative del *civil law*»[74]. Si pone, infatti, il problema della mancata salvaguardia degli "interessi" di coloro che avevano fatto affidamento sul precedente *overruled* e corrono il rischio di essere sanzionati per azioni che, al momento della loro effettuazione, erano ritenute lecite per giurisprudenza costante.

Proprio per tutelare chi ha fatto affidamento sul precedente *overruled*, abbiamo, accanto all'*overruling* "classico", l'*anticipatory overruling* e il *prospective overruling*.

L'*anticipatory overruling* si ha quando un giudice inferiore non applica il precedente di una Corte superiore dal momento che ha la certezza che tale precedente sarà oggetto di un mutamento giurisprudenziale della Corte superiore in quanto all'interno di essa esistono posizioni divergenti dovute alla compresenza di due precedenti in conflitto[75].

Ai fini del nostro discorso è più interessante il *prospective overruling* di derivazione statunitense, che comincia ad essere utilizzato anche in ambito europeo[76]: il giudice, pur fissando un nuovo precedente e annunciando che per il futuro non seguirà il precedente disapprovato, continua ad applicarlo al caso in decisione e a quelli pendenti a causa della novità della pronuncia; il nuovo precedente varrà, così, solo per i «fatti commessi successivamente alla decisione che crea il mutamento giurisprudenziale, evitando il fenomeno della "retroattività occulta"»[77].

Anche la nostra Cassazione si è occupata dei mutamenti giurisprudenziali "imprevedibili" e dei loro effetti stabilendo, con una sentenza cardine, che «ove l'"*overruling*" si connoti del carattere dell'imprevedibilità […] deve escludersi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante

dall'"*overruling"* nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa»[78].

Per concludere, la "cultura del precedente", ossia «la ricerca della decisione giuridica sulla base dei precedenti giudiziali»[79], ha la funzione di garantire, tramite la tendenziale uniformità delle decisioni giurisprudenziali, la certezza del diritto[80] e l'affidamento riposto dai soggetti privati sulle precedenti e uniformi interpretazioni di una determinata disposizione.

4. *Prospective overruling* e cultura del precedente

Anche nel diritto della concorrenza, la prevedibilità delle decisioni dell'*Antitrust* e dei giudici amministrativi è ritenuta un bene meritevole di tutela: «lo sguardo dell'imprenditore si volge […] alle leggi ed alle sentenze»[81], in quanto da esse discendono la certezza del diritto e la possibilità per le imprese di programmare le loro iniziative economiche conoscendo, in base ai precedenti, «in anticipo le conseguenze giuridiche delle loro azioni»[82]. Da ciò dovrebbe seguire il rispetto, da parte dell'Autorità, dei propri precedenti e di quelli giurisprudenziali; ma vale pure l'esigenza di assicurare piena deterrenza all'azione *antitrust*[83], rifuggendo dalle strettoie del principio di tipicità.

Sembra una contraddizione che è difficile superare senza privilegiare nettamente o l'uno o l'altro bene in gioco. Si potrebbe peraltro considerare – nell'ottica di un adeguato bilanciamento – la possibile adozione della tecnica del *prospective overruling* in caso di cambiamento (o di un'interpretazione più estesa) di una modalità attuativa del concetto giuridico indeterminato, specialmente quando ne derivino esiti "afflittivi" per l'operatore economico: la regola viene statuita ed entra nell'ordinamento, ma è temperata da una eccezione per la causa presente, eccezione «causalmente giustificata dall'esigenza di evitare il travolgimento dell'affidamento dei consociati»[84].

La garanzia dell'ordine nel mercato troverebbe, così, una armonizzazione con il principio della prevedibilità delle reazioni legali[85].

Il quadro è però reso ancora più complesso da due istituti che hanno assunto notevole rilievo nell'azione *antitrust*.

Tali meccanismi sono:

a) l'istituto delle decisioni con impegno[86], rimedio alternativo rispetto a quello incentrato sull'accertamento della violazione, utilizzato per i casi meno gravi: l'operatore economico, sottoposto ad accertamento, può prendere l'impegno di modificare la propria condotta nel senso voluto dall'*Authority*, evitando così di essere sanzionato e ponendosi «al riparo da possibili pregiudizi reputazionali»[87]. Il ricorso agli impegni è vantaggioso, d'altro canto, anche per il mercato e per i consumatori in quanto permette un più veloce «ripristino dell'equilibrio concorrenziale»[88];

b) i *leniency programs*[89] che prevedono, per le imprese, che denunciano all'*Authority* la loro appartenenza ad un cartello segreto e forniscono informazioni decisive per l'accertamento delle infrazioni *antitrust*, la non applicazione o la riduzione della sanzione amministrativa, che potrebbe essere loro comminata.

Entrambi gli istituti sono strumenti «di notevole importanza per l'eliminazione di pratiche anticompetitive, ma il cui utilizzo necessita grande cura e attenzione». La prassi della stessa Commissione ha rivelato criticità, sul punto essenziale della trasparenza della condotta della stessa nei confronti del mercato: trasparenza che assume ancor più rilievo «in un contesto che tocca il confine con la regolazione»[90]. Il rischio è che le Autorità investighino sempre meno e, nei casi di decisioni con impegno, si limitino a «dare forza giuridica a correzioni per il futuro»[91].

Nonostante le evidenti difficoltà a valorizzare il precedente in procedimenti esposti ad un alto margine di apprezzamento discrezionale dell'Autorità, si può rilevare che l'accettazione dell'impegno (ed anche, per certi versi, la "clemenza"), mai possono configurarsi come atti sottratti a giustificazione. Non vale solo la generale *accountability* dell'Autorità, la sua credibilità istituzionale: il sistema cerca, ove possibile, di procedimentalizzare tali meccanismi, com'è evidente per il *market test* in tema di impegni. Pubblicità, trasparenza e reazioni del mercato possono giovarsi dell'esistenza di precedenti invocabili sul tema. Anche in questa sfera il precedente può valere nella sua funzione di fattore persuasivo e di orientamento, seppur non di parametro di decisione.

5. L'*Antitrust* al tempo dei *Big Data*: la formazione «in rete» del precedente

Nuove questioni e un nuovo bisogno di precedenti "in orizzontale" emergono nell'azione *antitrust* verso i *Tech Giants*.

L'evoluzione di tali imprese verso assetti monopolistici o, comunque, di netta dominanza sul mercato, rende più complessa l'azione delle Autorità.

La condotta delle imprese, le fusioni guidate da strategie collegate ai *Big Data* e l'aumento della concentrazione non possono che sollevare dubbi circa i possibili effetti anticoncorrenziali[92]. Appaiono, altresì, evidenti le ricadute sulla tutela della *privacy* e dei dati dei consumatori nella *digital society*[93]. D'altra parte, i *Big Data* sono importanti per la crescita economica, l'offerta di servizi gratuiti e innovativi e la creazione di nuovi posti di lavoro. Le Autorità *antitrust* si trovano, così, dinanzi a bilanciamenti complessi: gli strumenti tradizionali di "*fixing*" non sempre appaiono adeguati[94]**.**

La Commissione ha avviato procedimenti nei confronti di alcuni "titani" del *web*[95] per abuso di posizione dominante, utilizzo di pratiche scorrette e clausole restrittive, oltre che per mancato rispetto della normativa di tutela della *privacy* e dei dati personali dei consumatori. Nella prassi recente, merita un'attenzione specifica il caso *Facebook*, sanzionato sia dall'*Antitrust* UE che dall'AGCM per due diversi motivi, ma legati entrambi all'acquisizione di *WhatsApp Inc.* Il caso è importante per valutare se, in carenza di specifica regolazione di settore, possa delinearsi una formazione di precedenti convergenti "in orizzontale" grazie all'interazione delle Autorità nazionali tra loro e con la Commissione europea: una possibile formazione «in rete» del precedente, sfruttando al massimo le potenzialità delle clausole generali contenute nella normativa *antitrust*.

5.1. Il caso Facebook/WhatsApp

Il caso sorge nel 2014, quando *Facebook* decide di acquisire il controllo di *WhatsApp Inc*. La Commissione europea, ai sensi dell'art. 2 del Regolamento (CE) n. 139/2004, ha analizzato la fusione osservando, preliminarmente, la natura delle due società[96] e, in seguito, valutando se, dopo la fusione, *Facebook* sarebbe stata in grado di utilizzare i dati di *WhatsApp*[97]. Sul secondo oggetto dell'indagine, la Commissione è arrivata ad una conclusione negativa, basata anche sulla dichiarazione, rilasciata da *Facebook*, che il "*matching*" tra gli *account* degli utilizzatori di *Facebook* e quelli degli utenti di *WhatsApp* non era tecnicamente realizzabile e che *WhatsApp* non avrebbe modificato, dopo l'acquisizione, la politica sui dati degli utenti. La Commissione, di conseguenza, ritenendo che la fusione non avrebbe sollevato problemi nell'ambito della concorrenza, ha dichiarato la concentrazione compatibile con il mercato interno e, nell'ottobre 2014, ha approvato l'acquisizione ai sensi dell'art. 6 (b) del Regolamento (CE) n. 139/2004[98].

Nell'agosto 2016, *WhatsApp* ha annunciato, smentendo quanto assicurato da *Facebook* in precedenza, un aggiornamento delle condizioni di servizio e della politica della *privacy*, includendovi la possibilità di condividere con *Facebook* alcuni dati personali degli *account* dei propri utenti per finalità commerciali e pubblicitarie.

Il 20 dicembre 2016, la Commissione ha inviato a *Facebook* una dichiarazione di opposizione in cui esponeva le proprie riserve e ha avviato un'istruttoria in cui si contestavano le informazioni fornite nel 2014 da *Facebook*, durante il processo di *merger control*, relative alla impossibilità tecnica di associare automaticamente le identità di *Facebook* e di *WhatsApp*, che, invece, *Facebook* sapeva essere possibile.

Per questi motivi, il 15 maggio 2017 la Commissione ha inflitto a *Facebook* una multa di 110 milioni di euro[99], ai sensi dell'art. 14 (a) e (b) del Regolamento (CE) n. 139/2004, per due infrazioni distinte: per aver fornito nel 2014 nel modulo di notifica alla Commissione, relativo all'acquisizione di *WhatsApp*, informazioni scorrette o fuorvianti e, in seguito, di aver fatto altrettanto nella risposta alla richiesta della Commissione del 25 agosto 2014 di ulteriori chiarificazioni «*on the possibility of cross-platform communication between FB and WA*»[100].

La Commissione, pur considerando gravi tali infrazioni, che le avevano impedito di disporre di tutte le informazioni necessarie alla valutazione dell'operazione, non ha modificato la sua decisione di autorizzare l'acquisizione di *WhatsApp* da parte di *Facebook*, visto che esse non avevano inciso sulla decisione stessa.

Un aspetto importante della decisione è da individuare nel fatto che la Commissione afferma che la sua determinazione di sanzionare *Facebook* si era basata soltanto su aspetti procedurali ed era totalmente slegata dalle procedure nazionali *antitrust* tese ad approfondire i problemi relativi ad un possibile abuso di posizione dominante da parte di *Facebook* e i problemi concernenti il rispetto della *privacy* e la protezione dei dati dei consumatori, determinati dall'aggiornamento delle condizioni di utilizzo del servizio imposte agli utenti *WhatsApp* nel 2016.

5.2. AGCM vs WhatsApp

La decisione di *WhatsApp* dell'agosto 2016 di condividere con *Facebook* determinati dati personali degli *account* dei propri utenti è stata presa in considerazione anche dall'Autorità italiana, che nell'ottobre 2016 ha avviato, per possibile violazione degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del Consumo, un procedimento istruttorio[101] per pratiche commerciali scorrette. Il procedimento riguardava, in particolare, la condotta di *WhatsApp*, consistente nell'aver indotto i suoi utenti ad accettare di

condividere alcuni dati personali del proprio *account WhatsApp* con *Facebook* per l'utilizzo dei medesimi da parte di *Facebook* a fini di profilazione commerciale e pubblicitari, prospettando, in caso di non accettazione, l'interruzione del servizio.

Dal momento che la Parte aveva sollevato un'eccezione sull'incompetenza dell'*Authority* a trattare il caso «in ragione di possibili *sovrapposizioni* con le materie regolate dalla normativa sulla *privacy*»[102], l'AGCM ha, innanzi tutto, sottolineato la sua competenza a esaminare il caso, in quanto «in linea di principio, la circostanza che alla condotta della Parte sia applicabile il Codice della *privacy*, non la esonera dal rispettare le norme in materia di pratiche commerciali scorrette»[103], rilevabili, in particolare, nella condotta aggressiva per condizionare i consumatori ad accettare integralmente i nuovi termini di utilizzo di *WhatsApp.* Per l'AGCM «tale comportamento […] integra un'ipotesi di pratica commerciale scorretta, il cui accertamento, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 19, c. 3, e 27, c. 1-*bis*, del Codice del Consumo, spetta, in via esclusiva, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato»[104].

Di conseguenza, visti la rilevanza del Professionista, il grado di diffusione della pratica (estesa, tramite *internet* e la rete di telefonia mobile, a tutto il territorio nazionale), la gravità e la durata della pratica commerciale scorretta, l'*Antitrust* ha vietato la continuazione di tale pratica e ha comminato a *WhatsApp* una sanzione amministrativa pecuniaria di 4.000.000 euro, ridotta a 3.000.000 per via della dichiarata sospensione temporanea da parte del Professionista della pratica incriminata nei Paesi membri dell'UE[105], e ha imposto all'azienda statunitense di notificare il provvedimento ai soggetti interessati e di pubblicarlo nel Bollettino dell'AGCM[106].

5.3. Sviluppi in Germania e in Francia

Meritano di essere altresì ricordate le seguenti iniziative, connesse tra loro, di due importanti Autorità *antitrust* europee.

- Nel marzo 2016, il *Bundeskartellamt* ha intrapreso un'indagine nei confronti di *Facebook Inc*., ritenendo che raccogliesse una grande quantità di dati personali degli utenti mettendoli a disposizione dei suoi *partner* commerciali. L'*Antitrust* tedesco ha ritenuto necessario verificare, «nell'ambito di un'ipotesi di abuso di posizione dominante, se gli utenti che forniscono i loro dati siano adeguatamente informati su come i loro dati verranno utilizzati, per cosa e in che entità»[107].

- Il 10 Maggio 2016, l'Autorità garante della concorrenza francese (FCA) e il *Bundeskartellamt* (BKA) hanno pubblicato un documento comune[108], frutto di un approccio integrato, in cui sono state analizzate le implicazioni e le sfide per le Autorità garanti della concorrenza derivanti dalla raccolta di dati nell'economia digitale, con particolare riguardo all'«interazione tra dati, potere di mercato e la legge sulla concorrenza», al fine di valutare se i dati contribuiscono effettivamente a creare, preservare o rafforzare il potere di mercato, determinando un vantaggio economico per le aziende che ne possono disporre.

Secondo le due Autorità, tale valutazione è molto impegnativa in quanto il «*competition assessment needs to be supported by extremely refined and case-related considerations*», tanto che il rapporto non arriva a dare delle conclusioni definitive e si limita a fornire alcune considerazioni che devono essere tenute presenti «*when assessing the interplay between data, market power and competition law*».

- Il 19 dicembre 2017, il *Bundeskartellamt* ha comunicato alla società *Facebook* la sua valutazione

preliminare relativa al procedimento contro la stessa per possibile abuso di posizione dominante[109], riservandosi di collaborare nel corso del procedimento «con la Commissione europea e altre autorità competenti in materia di concorrenza in merito alla dimensione transfrontaliera del caso».

Il *Bundeskartellamt*, distinguendo tra i dati dell'utente generati attraverso l'uso di *Facebook* ("*su Facebook*") e i dati dell'utente ottenuti da fonti di terze parti ("*off Facebook*")[110], afferma di aver concentrato la sua analisi sulle condizioni applicate da *Facebook* in relazione a dati provenienti da fonti di terze parti e sul loro utilizzo[111], per individuare un possibile abuso, da parte di *Facebook*, della posizione dominante che ha sul mercato tedesco dei *social network*[112].

La necessità che l'utente debba autorizzare *Facebook* ad utilizzare i propri dati per usare il *social network* in questione è vista, ai sensi della legge tedesca sulla concorrenza, dall'*Authority* tedesca come un tipo di abuso inquadrabile nella fattispecie di "termini commerciali di sfruttamento". Seguendo l'approccio della Corte federale di giustizia[113], il *Bundeskartellamt* applica i principi di protezione dei dati nella valutazione delle condizioni imposte da *Facebook*, perché la legge sulla protezione dei dati ha lo stesso obiettivo della legge sulla concorrenza: impedire che i dati personali degli utenti siano sfruttati dagli operatori economici.

Dal momento che il servizio offerto da *Facebook* è gratuito, i suoi utenti non subiscono un danno economico dal fatto che il *social network* utilizzi i loro dati per fini commerciali, ma subiscono un danno che deriva dal fatto che essi non possono controllare come vengono utilizzati i loro dati personali e ciò «*constitutes a violation of the users' constitutionally protected right to informational self-determination*»[114].

La circostanza, poi, che *Facebook* detenga oltre il 90 per cento delle quote di mercato basate sugli utenti, con la conseguenza di avere un accesso di gran lunga superiore, rispetto ai concorrenti, ai dati personali dei suoi utenti e ad altri dati rilevanti, rappresenta per il *Bundeskartellamt* un ostacolo all'ingresso nel mercato di nuovi concorrenti, in quanto, nel caso dei servizi finanziati dalla pubblicità, è necessario che un *social network* possa fare leva su una vasta base di utenti privati per poter attirare proventi pubblicitari in misura tale da permettergli di entrare e di restare con successo nel mercato.

Infine, i dati raccolti da *Facebook*, grazie alla sua posizione dominante, hanno un grande valore economico, in quanto il *social network* può utilizzarli per migliorare il servizio, per legare gli utenti alla sua rete e per rendere, con l'aiuto di profili utente particolarmente mirati, sempre più appetibili e indispensabili i suoi spazi pubblicitari (a pagamento) per i clienti che li utilizzano per pubblicizzare e vendere i loro prodotti o servizi, tanto che *Bundeskartellamt* ipotizza un potenziale danno alla concorrenza anche per i clienti pubblicitari che si trovano di fronte ad un fornitore dominante.

In sostanza, per il *Bundeskartellamt*, «nel valutare un modello di *business* dei *Big Data* per quanto riguarda la sua compatibilità con la normativa *antitrust*», si deve ritenere «indispensabile applicare le norme europee sulla protezione dei dati e il loro principio di base per garantire una protezione dei diritti costituzionali per valutare se i termini di trattamento dei dati di questo modello di *business* sono ammissibili»[115].

Sulla base delle ragioni appena esposte, il *Bundeskartellamt*, ipotizzando che il trattamento da parte di *Facebook* dei dati dell'utente ottenuti da fonti di terze parti integri un abuso di posizione dominante, con l'avviso di valutazione preliminare ha dato inizio alla seconda fase del procedimento in cui è data la possibilità a *Facebook* di difendere in contraddittorio la propria condotta.

Al momento, il procedimento non è ancora arrivato alla conclusione. L'aver posto il problema del possibile abuso di posizione dominante da parte di *Facebook* è importante per due ragioni: perché costituisce un precedente che dovrebbe essere seguito dalle altre Autorità *antitrust* europee e dalla

Commissione per evitare trattamenti differenziati nei confronti del *social network* in questione nell'ambito dei Paesi membri dell'UE e perché richiama l'attenzione sul fatto che nel mondo dei *Big Data* c'è la necessità di un approccio integrato almeno fra le Autorità *antitrust* e le Autorità che hanno il compito di protezione dei dati.

6. La rete delle Autorità e lo scambio delle esperienze

La cooperazione e lo scambio delle prassi fra le Autorità *antitrust* europee appaiono, dunque, essenziali in uno scenario di mercato in cui si affacciano prepotentemente le imprese *web based*; il monitoraggio del loro potere di mercato richiede l'intervento sia delle Autorità garanti della concorrenza che delle Autorità di protezione dei dati e la loro reciproca comunicazione.

La sfida che i *Big Tech* pongono ai regolatori e alle Autorità *antitrust* travalica i confini nazionali e richiede una verifica costante delle prassi seguite e delle reazioni giurisprudenziali.

Anche a questi fini appare essenziale, come indicato dalla Commissione europea[116], il rafforzamento della Rete europea della concorrenza (*European Competition Network*), che, istituita nel 2004, è un meccanismo di cooperazione, costituito dalle *Authorities* a tutela della concorrenza dei vari Paesi membri e dalla Commissione europea, per collaborare «in maniera stretta e complementare ai fini di un'applicazione efficace delle regole di concorrenza all'interno dell'Unione europea», come previsto dal Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio europeo.

La Rete europea è «un sistema attuativo composito, in parte comunitario in parte nazionale»[117], che funziona «quale sede di discussione e cooperazione in materia di applicazione e di attuazione degli articoli 101 e 102 del TFUE»[118].

La ragione del rafforzamento di tale Rete è da ricercarsi nel fatto che, nonostante che «da oltre un decennio la Commissione e le ANC applichino le norme di concorrenza dell'UE in stretta collaborazione nell'ambito della rete europea della concorrenza […], appositamente istituita per questo», sono ancora «molte le autorità che non dispongono di tutti i mezzi e strumenti necessari per applicare efficacemente gli articoli 101 e 102 del TFUE»[119].

Per superare tali aspetti negativi, l'*European Competition Network*, sfruttando le risorse dell'organizzazione reticolare[120], tende a formare un sistema integrato di precedenti, assicurando la circolazione delle esperienze e la riflessione collettiva sulle stesse. Questi meccanismi di elaborazione e condivisione risultano rilevanti anche per l'evoluzione e l'assestamento della giurisprudenza[121].

Il buon funzionamento della Rete europea della concorrenza potrebbe rivelarsi, in prospettiva, assai utile al fine di tutelare, con modalità dinamiche, la certezza del diritto senza appannare l'effettività dell'azione *antitrust*: attività, questa, che assume rilievo non soltanto ai fini della tutela del mercato concorrenziale, ma anche della salvaguardia della parità di *chances* e della lotta all'abuso di potere economico, causa non secondaria di diseguaglianza fra le classi sociali. Restano i limiti istituzionali di tale azione: essa sta rivelando, grazie alla flessibilità delle clausole generali, potenzialità inedite, ma non potrà mai supplire quanto compete invece alla sfera delle istituzioni politiche[122].

[1] Sul peso riconosciuto alla tutela della concorrenza dalla normativa europea e nazionale, tanto da qualificarla come «strumento dell'ordine economico generale e regolatrice del processo economico»: W. RÖpke, *Presupposti e limiti del mercato*, in *Le regole della libertà. Studi sull'economia sociale di mercato nelle democrazie contemporanee*, Bologna, 2010, p. 174. Sulle teorie dell'*antitrust* e sull'intreccio delle ragioni della efficienza economica con quella della "efficienza democratica", resta essenziale G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998.

[2] F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizione"*, Milano, 2005, pp. 102 ss.; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, pp. 31 ss.

[3] La discrezionalità tecnica riguarda «quegli aspetti dell'azione amministrativa non regolati (o non compiutamente regolati) dalla legge, e, quindi, in quanto tali, involgenti un apprezzamento soggettivo dell'autorità applicante», secondo la definizione da ult. suggerita da D. De Pretis, *op. cit*., p. 2.

[4] Gli artt. 101 e 102 del TFUE, «disciplinando rispettivamente l'intesa anticoncorrenziale e l'abuso di posizione dominante, rappresentano le principali direttive dell'azione *antitrust* in ambito europeo»: F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art 21 bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti,* in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2/2012, p. 13.

[5] L'idea di mercato che si ricava dall'analisi dei Trattati europei e dalla legge n. 287/1990 è quella di un *locus non naturalis,* ma *artificialis*, che presuppone la presenza di un ordine giuridico, dunque uno spazio definito e modellato dal diritto: N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 20045, pp. 11 ss.

[6] Le concentrazioni di imprese sono disciplinate dal Regolamento (CE) n. 139 del 2004.

[7] Data la sua importanza a livello europeo, un espresso riconoscimento costituzionale della tutela della concorrenza si ha con la riforma, nel 2001, del Titolo V della Costituzione, attraverso il nuovo art. 117, c. 2, lett. *e)*, che introduce la tutela della concorrenza nelle materie di competenza esclusiva dello Stato, con un rilevantissimo impatto sulla giurisprudenza costituzionale: v., in part., M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, pp. 503 ss.

[8] Cfr. P. Campanella, *Clausole generali e diritto del lavoro. Giornate di studio AIDLASS 2014*, Roma 29-30 maggio 2014, in *bollettinoadapt.it*.

[9] K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 223.

[10] F. Pedrini, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013, p. 60.

[11] In un quadro normativo in cui il ricorso al "diritto per principi" necessariamente valorizza il ruolo della giurisprudenza nel processo di elaborazione del diritto, il giudice non opera più attraverso la mera interpretazione della norma: tramite il ricorso ai principi, egli trova la norma adeguata al caso concreto per poter decidere secondo ragionevolezza e giustizia (essendo impossibile qui richiamare l'amplissima letteratura, ci si limita a G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, e alla dottrina citata da M. Betzu, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 1/2017, p. 41). Ciò in quanto la previsione di situazioni soggettive costituzionalmente protette è necessariamente accompagnata dalla tutela giurisdizionale delle stesse, perché «il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possono essere fatte valere»: Corte Cost., sentt. nn. 212/1997 e 26/1999. Sul «ruolo di riequilibrio sistematico» svolto dagli organi

giurisdizionali al fine di bilanciare la insufficiente capacità prescrittiva delle norme, M. Midiri, *Poteri pubblici e giurisdizione*, Torino, 2011, pp. 14 ss.

[12] G. Montedoro, *Il ruolo della giurisprudenza nei sistemi costituzionali multilivello*, in G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, V. Tondi della Mura, E. Vetrò (a cura di), *I poteri e i diritti: incontri sulla frontiera*, Napoli, 2011, p. 47; R. Pardolesi, G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza,* in *Foro it.*, 2017, pp.113-122**.** Sul punto è stato giustamente osservato che «La difficoltà di avere leggi chiare, al di là della minore o maggiore competenza tecnica dei "fabbricanti di leggi", deriva dalla oggettiva difficoltà di regolare, e quindi governare una società complessa, disomogenea al suo interno, in cui la mediazione del conflitto tende spesso a spostarsi dal momento della creazione della regola a quello della sua applicazione»: F. Patroni Griffi, *Valore del precedente e nomofilachia*, in *www.ptpl.altervista.org,* p. 3.

[13] Come è stato da più parti rilevato, lo spazio così offerto alla giurisdizione acuisce il rischio di contrasti giurisprudenziali diacronici e/o sincronici, che possono determinare incertezza giuridica: A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 20142, pp. 109-110. L'Autore, però, precisa che, mentre i contrasti diacronici possono essere visti come un'evoluzione della giurisprudenza, che può progredire «o col riconoscimento dell'inequivocabile errore della giurisprudenza precedente, o per le mutate condizioni sociali […], i contrasti sincronici sono potenzialmente letali nei confronti del principio di determinatezza; v. anche R. Rordorf, *Stare decisis*: *osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it*., 2006, vol. 129, n. 9, p. 279.

[14] Sulla "speciale tipologia di soggettività pubblica" espressa dalle autorità indipendenti e sul loro fondamento costituzionale, diversificato a seconda del tipo di autorità (artt. 41, 47, 21, 39 Cost.), v. quanto espone Cons. Stato, Sez. atti normativi, 14 febbraio 2005, n. 11603/04, in part. § 6.3.

[15] Come osserva M. Libertini, *Economia e politica nel diritto antitrust*, in M.C. Malaguti e aa. (a cura di), *Politiche antitrust ieri, oggi, domani*, Torino, 2017, pp.1 ss., Le Autorità *antitrust* sono chiamate, sostanzialmente, a colmare un vuoto, e dovrebbero farlo facendo capo a principi generali che, in materia di politica della concorrenza, sono tuttavia meno chiari e condivisi di quanto pensano gli osservatori esterni. L'ampia discrezionalità delle Autorità *antitrust* non riguarda solo la determinazione delle regole sostanziali che sanciscono i confini tra condotte di mercato lecite e illecite. Si deve anche ricordare che le sanzioni pecuniarie irrogate dalle Autorità *antitrust* possono essere determinate entro un *range* amplissimo (da 0 al 10% del fatturato dell'impresa interessata): ciò attribuisce alle Autorità stesse un enorme potere discrezionale, che è stato in un certo senso autolimitato dalla Commissione e dall'Autorità nazionale italiana, mediante proprie comunicazioni sul calcolo delle ammende (esperienza che, però, conferma e non smentisce l'eccezionale ampiezza del potere discrezionale attribuito alle Autorità *antitrust* in materia di determinazione delle sanzioni applicate ai privati.

[16] S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 20125,pp. 319-330.

[17] Sul dibattito in tema, cfr., *ex multis*, M. Cuniberti, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, p. 39; F. Luciani, *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, 2011, pp. 166 ss.; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016IX, pp. 690 ss.; B. Caravita, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 19 aprile 2017, p. 2.

[18] M. Clarich, *Garanzia del contradditorio nel procedimento.* Intervento al Convegno su "*Le autorità amministrative indipendenti",* in memoria di V. Caianello, Roma, Palazzo Spada, 9 maggio 2003, in *Giustizia-amministrativa.it*, pp. 2 ss.

[19] M. Cuniberti, *op. cit*., pp. 63 ss.; G.M. Roberti, *La dimensione europea della politica della*

concorrenza, in *Federalismi.it,* 8 febbraio 2012.

[20] V. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, 1803 – Condotte restrittive del Consiglio notarile di Milano*, Bollettino n. 17 del 7 maggio 2018, p. 22.

[21] R. Chieppa, *Il differente controllo del giudice amministrativo sulle attività di regolazione e giustiziali delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti*, VII colloquio italiano-spagnolo, Milano, 2009, pp. 63 ss.; A. Travi, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, pp. 425 ss.; Id., *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico*, 2004, pp. 439-460; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, pp. 207 ss.; G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2015, p. 705.

[22] Art. 33, l. n. 287/1990. È opportuno ricordare che, accanto all'*enforcement* pubblico, abbiamo anche un *enforcement* privato del diritto *antitrust,* in quanto le norme *antitrust*, quali gli artt. 101 e 102 del TFUE o gli artt. 2 e 3 della l. n. 287/1990, «costituiscono norme direttamente applicabili ai rapporti fra i privati, essendo idonee, come ha precisato la giurisprudenza comunitaria, a far sorgere in capo ai privati stessi situazioni soggettive direttamente invocabili avanti al giudice ordinario. Di conseguenza, i privati possono ricorrere al giudice ordinario per chiedere il risarcimento del danno dovuto a violazioni delle norme *antitrust* e, altresì, invocare la nullità di contratti che risultino illeciti ai sensi della disciplina delle intese»: F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto antitrust*, Torino, 2013, pp. 31-32.

[23] S. Niccolai, *Notazioni sul controllo del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti in Italia*, in *Federalismi.it*, 12 gennaio 2011, pp. 2 ss.

[24] G. Vitale, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 28 febbraio 2018, pp. 10 ss.

[25] «Posto il mutato rapporto tra legge e provvedimento, il sindacato giudiziale dev'essere in grado di sottoporre al vaglio di razionalità esterna il modo in cui l'amministrazione ha voluto integrare e sviluppare la norma; senza però assorbirne del tutto le valutazioni, senza, cioè, incidere su quelle che si sono definite le *ragioni ultime* dell'amministrazione (salvaguardate, appunto, anche dalla formula *debole* del controllo sulla discrezionalità tecnica)»: F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., p. 268.

[26] F. Caringella, *Il controllo giurisdizionale su atti e comportamenti dell'autorità antitrust*, in *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti*, cit., p. 170.

[27] A. Travi, *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, cit., pp. 458-459.

[28] S. Niccolai, *op. cit*., pp. 10 ss.; M. Midiri, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Torino, 2015, II, pp. 1425-1438, e in *Rivistaaic.it*, n. 3/2015, pp. 1-15.

[29] Cons. Stato, Sez. VI, sent. 2 marzo 2004, n. 926.

[30] R. Chieppa*, op. cit*., p. 81.

[31] Cfr. S. Niccolai, *op. cit*., pp. 11 ss.; R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *Giustizia amministrativa*, pp. 6 ss.; F.G. Scoca, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 270.

[32] M. Midiri, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in *Dirittifondamentali.it*, fascicolo 1/2018, pp. 14-15, e in M. Donini, L. Foffani (a cura di), *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, pp. 293 ss. Oggi alla luce dell'insegnamento, recepito dal Consiglio di Stato, della Corte EDU, in ragione dell'art. 6 della CEDU e, in particolare, della sentenza Menarini (Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 settembre 2011, caso 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italie*), si parla di *contrôle de pleine jurisdiction*: cfr., in particolare, R. Giovagnoli, M. Tavassi, A. Police, M. Libertini, M. Siragusa, R. Chieppa, *Judicial Review Of Antitrust Decision: Q &A*, in *Rivista Italiana Antitrust*, n. 1, 2015, pp. 144-163. Sulla sentenza Menarini, v. T. Bombois, *L'Arrêt Menarini c. Italie de la Cour Européenne des Droits de l'Homme – Droit antitrust, champ pénale et contrôle de pleine jurisdiction*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2011.

[33] R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, cit., pp. 1 ss.

[34] M. Lipari, *Il sindacato pieno* del *giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it,* 11 aprile 2018, pp. 3 ss.

[35] «Le Autorità indipendenti, che non sono politicamente *accountable*, sono in altro modo *accountable* e questo diverso modo sta nella visibilità delle loro decisioni, nella completezza delle loro informazioni, nella loro capacità di udire gli interessati. La loro legittimazione non discende dalla democrazia politica, ma dalla democrazia procedimentale»: S. Cassese, *Negoziazione e trasparenza nel procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti,* Quaderni del Consiglio di Stato n. 5, Torino, 1992, p. 42.

[36] Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. del 27 dicembre 2006, n. 7972. Clarich osserva che «si può […] instaurare una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri nomativi e amministrativi in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori»: M. Clarich, *Garanzia del contradditorio nel procedimento*, cit., p. 6.

[37] Sull'imporsi del giusto processo è stata determinante l'incidenza del diritto sovranazionale, UE e, in particolare, CEDU, v., *ex multis*, G. Colavitti, *Il "giusto procedimento" come principio di rango costituzionale*, in *Associazionecostituzionalisti.it, 2005*; F. Goisis, *Garanzie procedimentali e convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm*., 2009, pp. 1338 ss., M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., 2012, pp. 569 ss.

[38] M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*. *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999, pp. 9-16; Id., *Garanzia del contradditorio nel procedimento*, cit.; M. Clarich, L. Zanettini, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità indipendenti*, in *Giur. comm*., 2013, pp. 358 ss.

[39] R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, cit., p. 3.

[40] M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, pp. 154 ss.; Id, *Garanzia del contradditorio nel procedimento*, cit., p. 4; S. Cassese, *Negoziazione e trasparenza nel procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., pp. 37 ss.

[41] F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., p. 98.

[42] D. De Pretis, *op. cit.,* pp. 2 ss.

[43] Fondamentale, sul punto in questione, la sentenza del Consiglio di Stato, VI Sezione, n. 1673/2014, *Esselunga s.p.a. c. Soc. Coop Estense Cooperativa a r.l.*, in cui si mette in luce che, nel caso in cui la condotta di un'impresa sia soggetta a pluriqualificazione, dovuta all'esistenza di una pluralità di settori normativi, a causa della quale si determina la presenza di un'antinomia tra norme giuridiche, per cui una stessa condotta risulta contemporaneamente lecita per alcuni settori dell'ordinamento e illecita per il diritto *antitrust*, deve essere considerata alla luce della sua «portata anticoncorrenziale». Dunque, anche se, formalmente, certe condotte sono legittime, per il fatto che sono conformi a determinate procedure amministrative, bisogna valutare l'intento, il *quid pluris* sottostante ad esse: se è elusivo della normativa proconcorrenziale è illecito, anche se formalmente rispettoso del dettato legislativo.

[44] L'importanza del principio di tutela dell'affidamento è stata ribadita in numerose sentenze della CGUE: cfr., *ex multis*, la risalente pronuncia *August Töpfer & Co. c. Commissione delle Comunità Europee*, del 3 maggio 1978, C. 112/77, secondo cui «il principio della tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua violazione costituirebbe […] una violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione».

[45] A. Cadoppi, *op. cit.*, pp. 279 ss. È importante porre l'accento sul fatto che «di certezza e di prevedibilità non si parla solo fra i giuristi. Sono concetti che ricorrono, e con altrettanta frequenza, nel discorso degli economisti. Ogni impresa ha bisogno di ridurre il più possibile o, nel linguaggio degli economisti, di "minimizzare" l'incertezza. Non potrà formare i propri piani aziendali se non basandoli sulla previsione degli eventi futuri, e le probabilità di realizzazione dei propri piani sono, manifestamente, tanto maggiori quanto minore è il margine di incertezza e di non prevedibilità»: F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, pp.123-124.

[46] G. Sorrenti, *Il giudice soggetto alla legge…in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, parte II, p. 122: è doveroso cercare di «governare quelle condizioni di massima incertezza e in definitiva di caos che si dischiudono tutte le volte in cui l'ordinamento contempli due esiti giudiziari di segno opposto».

[47] F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., p. 62.

[48] R. Chieppa, *La cooperazione tra il giudice italiano, l'Autorità Garante e la Commissione europea*, in G. Tesauro (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, pp. 311-324.

[49] M. Taruffo, *Considerazioni sul precedente*, in *Aafder.org*. L'Autore, a p.10, chiarisce che «l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto è un valore fondamentale», ma tale prospettiva, che «si fonda – in maniera più o meno esplicita – su una immagine ideale dell'ordinamento giuridico secondo la quale esso dovrebbe essere sincronicamente coerente, uniforme e statico», deve tener conto che nella realtà l'ordinamento giuridico è dinamico e soggetto a continue modificazioni, tanto che, ad esempio, un precedente, anche autorevole, può essere "abrogato". Sulla dinamicità dell'ordinamento giuridico e sul valore della evoluzione interpretativa della disposizione, v. anche M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, pp. 89 ss.

[50] «La prassi secondo cui casi analoghi devono essere decisi in modo analogo incarna un principio di giustizia riconosciuto e applicato all'interno di tutta la tradizione giuridica occidentale poiché risponde ad esigenze e idee condivise quali la certezza del diritto, la prevedibilità delle decisioni, la parità di trattamento di coloro che chiedono tutela giurisdizionale»: V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, I, *Testo e materiali per un confronto civil law e common law*, Torino, 20063, p. 299.

[51] A. Cadoppi, *op. cit.*, p. 163.

[52] La Corte di Cassazione è riconosciuta come «il massimo organo di nomofilachia» (v. la sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 2013).

[53] M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2007, p. 709; Id., *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1994, pp. 411 ss.; R. Rordorf, *op. cit.,* pp. 279 ss.; F. Patroni Griffi, *Valore del precedente e nomofilachia*, cit., pp. 8-18. Patroni Griffi osserva, sul punto, che «va diffondendosi, nella giurisprudenza e nella legislazione, la consapevolezza che la stabilità della giurisprudenza sia un bene da salvaguardare» e che, in particolare, «nella legislazione, si è andata affermando una tendenza che, senza incidere sul valore del precedente, mira alla stabilità della giurisprudenza, vuoi "incentivando" l'adesione al precedente (o "disincentivando" il discostarsi da esso), vuoi, soprattutto attraverso il rafforzamento della funzione nomofilattica delle Corti in ultima istanza»: F. Patroni Griffi, *Valore del precedente e nomofilachia*, cit., pp. 9-10.

[54] G. Amoroso, *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: non condivisione da parte della Sezione del principio di diritto enunciato dalla Adunanza Plenaria (art. 99 c.p.a.)*, Relazione al Convegno di studi sul tema "*I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015*)", Consiglio di Stato, Roma, 28 giugno 2016, p. 3.

[55] G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 febbraio 2017, pp. 2, 4-5; L. Passanante, *Il precedente impossibile*. *Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018.

[56] Codice di procedura civile, art. 374, comma 3.

[57] *Ivi*, art. 360 *bis*, n. 1.

[58] R. Rordorf, *op. cit*., p. 284. Sul punto la Corte di Cassazione ha affermato, più volte, che «benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello "*stare decisis*", esso tuttavia costituisce un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente all'ordinamento»: Cass., S.U., 31 luglio 2012, n. 13620; Cass., S.U., 6 novembre 2014, n. 23675, e Cass., VI Sez. Civile, 9 gennaio 2015, n. 174.

[59] G. Amoroso, *op. cit*., p. 6.

[60] *Ivi*, p. 4.

[61] U. Mattei, *Il modello di Common Law*, con la collaborazione di E. Ariano, Torino, 20142, p. 148; L. Passanante, *Sistemi Giuridici nel Mondo*, Torino, 2010, pp. 147 ss.; F. Moretti, *La dottrina del precedente giudiziario nel sistema inglese*, in *Contratto e impresa*, 1990, pp. 680 ss. Può essere interessante, sul punto, ricordare che «l'assoluta vincolatività del precedente venne definitivamente dichiarata solo nel 1898, con il caso *London Street Tramways Ltd. V. London County Council* […], dove […] la *House of Lords*, supremo collegio giudicante d'Inghilterra, si riconobbe obbligata ad attenersi alle proprie passate decisioni, obbligo autoritativamente esteso alle corti inferiori»: F. Moretti, *Il*

precedente giudiziario nel sistema inglese, in F. Galgano (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2006, p. 4. Nel 1966, l'assoluta vincolatività del precedente è stata "smorzata" dalla *House of Lords* col *Practice Statement*, che riconosce alla stessa Corte il potere di non sentirsi vincolata ai propri precedenti «quando appaia giusto farlo».

[62] Il precedente si definisce in funzione di due fattori: «il primo fattore deriva dal fatto che ciò che "fa precedente" non è tutto ciò che si dice nella decisione in questione, bensì la *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto a cui il giudice ha fatto riferimento per qualificare giuridicamente la fattispecie oggetto di decisione. […]. Il secondo fattore è costituito dalla necessaria analogia tra i fatti del primo caso e i fatti del caso successivo»: M. Taruffo, *Considerazioni sul precedente*, cit., pp. 3-4. La *ratio decidendi* «è il motivo per cui un certo caso è stato considerato inquadrabile dalla decisione in qualche istituto giuridico. Essa rappresenta dunque il cuore della dottrina del precedente» (A. Cadoppi, *op. cit.*, p. 174), in quanto, pur essendo estrapolata da una controversia concreta *inter partes*, diventa la regola di diritto che verrà applicata *erga omnes* in presenza di casi uguali o simili. La decisione resa sul caso precedente può, infatti, spiegare effetti prescrittivi o normativi «soltanto a condizione che dal precedente specifico possa derivarsi una regola applicabile anche ad altri casi, ossia […] a condizione che la decisione formulata in diritto sul caso precedente sia universalizzabile»: *ivi*, p. 177. Diversa è la funzione dell'*obiter dictum*, che «si ha quando un principio di diritto viene enunciato in una decisione, ma si tratta di principio di diritto non riguardante il caso in questione, né necessario al fine di elaborare la *ratio decidendi* utile a risolvere il caso»: *ibidem*. L'*obiter dictum* non ha, dunque, efficacia di precedente, tuttavia, dal momento che alcune decisioni non sono importanti per le *rationes*, ma per i *dicta* in esse contenuti, essi, a volte, diventano «anticipazioni di future pronunce».

[63] Pur mancando il vincolo formale dello *stare decisis*, l'attività dei giudici della Corte EDU si incentra sul metodo del precedente, cfr. V. Zagrebelsky, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo: fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in *La fabbrica delle interpretazioni, Atti del 7° Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Bicocca (Milano, 19-20 novembre 2009)*, Milano, 2012, p. 61; Id., *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, V, 2006, pp. 354-355.

[64] Sul punto si devono ricordare, almeno, la sentenza "capostipite" della CGUE *Cilfit srl e Lanificio Gavardo spa c. Ministero della sanità*, 6 ottobre 1982, causa C-23/81, che stabilisce il vincolo al precedente della Corte di Giustizia in materia di interpretazione dei Trattati, e le sentenze meno risalenti, sempre della CGUE, *Interedil Srl c. Fallimento Interedil Srl e Intesa Gestione Crediti Spa*, 20 ottobre 2011, causa C-369/2009 e *Puligienica Facility Esco Spa (PFE) c. Airgest Spa*, 5 aprile 2016, causa C-689/2013.

[65] F. Patroni Griffi, *Valore del precedente e nomofilachia*, cit., p. 15.

[66] Per una sintesi della giurisprudenza sulla limitazione di sovranità statale a beneficio dell'Unione, A. Gioia, *Manuale breve. Diritto internazionale*, Milano, 20103, p. 289.

[67] Corte di Cassazione, sent. 16 maggio 2003, n. 7631.

[68] L'art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969) afferma che «ogni trattato vincola le parti e deve essere eseguito in buona fede». L'Italia ha reso esecutiva la Convenzione con la l. n. 112/1974.

[69]A. Cadoppi, *op. cit.*, p. 192.

[70] Corte EDU, sentenze *Cossey c. Regno Unito*, 27 settembre 1990, § 35 e *Beian c. Romania*, 2 ottobre 2007, § 39.

[71] Corte EDU, sentenza *Demir e Baykara c. Turchia*, 12 novembre 2008, § 153.

[72] Col *distinguishing* non viene messa in discussione la validità della *regula juris* in quanto il giudice si limita a ritenere «che il caso precedente sia differente dal caso da decidere a tal punto da impedire che la *ratio decidendi* del primo si possa attagliare al secondo»: S. Vinciguerra, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 1992, p. 42. Ciò determina il fatto che il giudice, quando «in relazione al caso concreto da decidere non è reperibile alcun precedente pertinente» e, cioè, che il caso in esame non è riconducibile "sotto" alcun precedente, deve elaborare «una nuova *ratio decidendi* per il caso di specie, destinata a valere per il futuro in base allo *stare decisis*» U. Mattei, *Il modello di Common Law*, cit., p. 176. A ben guardare, la tecnica del *distinguishing* contribuisce a far evolvere, come l'*overruling*, ma in altro modo, il diritto di formazione giurisprudenziale.

[73] S. Vinciguerra, *op. cit.*, p. 42.

[74] M. Betzu, *op. cit*., p. 52.

[75] U. Mattei, *Stare decisis negli Stati Uniti*, in F. Galgano (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, cit., p. 20.

[76] U. Mattei, *Il modello di Common Law*, cit., p. 168.

[77] A. Cadoppi, *op. cit.*, pp. 267-268; M. Betzu, *op. cit*., pp. 52 ss.

[78] Corte di Cassazione, S.U., sent. 11 luglio 2011, n. 15144.

[79] V., oltre alla dottrina citata, K. Engisch, *op. cit*., p. 298; M. Taruffo, *La riforma delle norme sulla motivazione della sentenza*, in *Giur. It.*, 2011, p. 243; H. Hofmann, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, Roma-Bari, 20075, p. 7.

[80] La dottrina ha posto l'accento sull'importanza dell'uniformità e persistenza delle decisioni giurisprudenziali in quanto la persistenza delle interpretazioni è «duplicemente apprezzabile in relazione a due valori: quello di certezza e di prevedibilità delle future applicazioni del diritto e quello di uguaglianza nel trattamento delle fattispecie che si ritiene vadano disciplinate da uno stesso enunciato normativo»: G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 373.

[81] N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 4.

[82] A. Cadoppi, *op. cit.*, p. 192; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pp. 123-124; M. Bin, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1988, pp. 549 ss.

[83] Sul rilievo da accordare all'effetto utile alla disciplina *antitrust* e alla capacità di deterrenza, v. da ult., con specifici approfondimenti sul tema delle sanzioni, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, M. Midiri, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, cit., p. 6.

[84] Cfr., soprattutto, M. Betzu, *op. cit*., p. 52.

[85] Cfr., ad altro riguardo (sul potere regolatorio e conformativo della Consob), ma con argomenti di principio degni di nota, Cons. Stato, VI Sez., sent. n. 6330/2018 e la nota su *Giur. comm.*, 2019 di M. Midiri, *Principio di legalità sostanziale e potere regolatorio della Consob*.

[86] Sul tema si rinvia, *ex multis*, a G. Masucci, *Il procedimento con impegni in materia di intese restrittive e di abuso di posizione dominante*, in *Il diritto dell'economia*, 2014, 2, pp. 371-399; C. Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012, pp. 22 ss.; M. Siragusa, *Le decisioni con impegni*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., pp. 385- 417; M. Libertini, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate (art. 14-ter, l. 19 ottobre 1990, n. 287),* in F. Cintioli, G. Olivieri (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust: misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007, pp. 12 ss.

[87] B. Rabai, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni, considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 1, 1 marzo 2018. La decisione con impegno comporta, per l'impresa, l'interruzione della procedura di accertamento, salvo riaprirla in tre casi: 1) se si modifica la situazione di fatto, che sta alla base della decisione; 2) se la parte accertata non assolve gli obblighi assunti; 3) se le informazioni trasmesse dalla parte si rivelano inesatte, incomplete o fuorvianti. Su questo punto, v. E. Caravà, *La riapertura dei procedimenti "antitrust" chiusi con impegni: spunti di riflessione su prescrizione, decadenza e "ne bis in idem"*, in *Riv. dir. industriale*, 2015, 4-5, pp. 218-246. L'*Antitrust* può ricorrere alle decisioni con impegno, che devono essere concepite come un meccanismo alternativo di soluzione delle controversie, al fine, anche, di sottrarsi «alle difficoltà di defatiganti istruttorie e ai rischi di *overruling* in sede giudiziaria»: G. Amato, *Gli anni del radicamento e i problemi di oggi*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., 2010, p. 9; anche per richiami, cfr. B. Rabai, *La tutela del consumatore tra Autorità Antitrust e Autorità di Regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, fascicolo 1/2016.

[88] B. Rabai, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni*, cit. Non mancano aspetti problematici dovuti all'utilizzo dell'istituto degli impegni da parte dell'*Authority*, in particolare quelli inerenti, ad esempio, al rapporto intercorrente tra il provvedimento di accettazione degli impegni *antitrust* e le azioni di risarcimento del danno cagionato dall'illecito *antitrust*.

[89] F. Denozza, *I programmi di clemenza,* in F. Cintioli, F. Donati (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2007, pp. 89 ss.; M. Clarich, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in F. Cintioli, G. Olivieri (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust: misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, cit., pp. 57 ss. Nell'ordinamento nazionale i programmi di clemenza sono stati disciplinati, con un certo ritardo rispetto all'ordinamento UE, dall'art. 14 del d.l. n. 223/2006, che ha modificato l'art. 15 della l. n. 287/1990, introducendo il comma 2 *bis* sulla loro disciplina.

[90] G. Tesauro, *La funzione deterrente del controllo antitrust*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., p. 21.

[91] G. Amato, *Gli anni del radicamento e i problemi di oggi,* cit., p. 9: bisognerebbe allora evitare che si sdoppi il ruolo delle Autorità *antitrust*, «da un lato concentrate, nell'esercizio della loro missione giudicante, sui casi di violazione più grave […], dall'altro promotrici e negoziatrici di impegni (sostitutivi del loro giudizio) nella maggioranza degli altri casi» (*ibidem*).

[92] V., *ex multis*, i casi *Microsoft* (2004) e *Google* (2012 e 2017) in cui è stato riscontrato l'abuso di posizione dominante.

[93] Non è soltanto la grande quantità di dati che rileva, ma la capacità delle grandi aziende di servizi *web-based* di ricavare dei metadati, mediante l'analisi automatizzata, basata su complessi algoritmi, dei dati e delle tracce digitali lasciate da coloro che navigano in rete, per sviluppare, sulla base di precisi profili psicografici, previsioni e, attraverso esse, apprestare servizi e/o prodotti sempre più mirati con cui

contendere, attraverso una pubblicità specializzata sui singoli individui, il mercato alle aziende concorrenti e incrementare il proprio *business*.

[94] Sulle questioni emerse, v. i seguenti *paper*: OECD (2013), *The App Economy*, *OECD Digital Economy Papers, No. 230*, OECD Publishing, Paris, reperibile su *OECDiLibrary.org*; International Telecommunication Union (ITU), *The Race for Scale: Market Power, Regulation and the App Economy* (2016), reperibile *su Itu.int; European* Parliamentary Research Service, *European app economy. State of play, challenges and EU policy* (2018), reperibile su *Europarl.europa.eu*. Per richiami del dibattito statunitense, v. C. Rampell, *Fixes to Big Tech are vulnerable to human error*, su *The Washington Post*, 16.03.2019.

[95] Si possono ricordare i casi *Microsoft*, *Intel*, *Google* e *Facebook*.

[96] *Facebook* fornisce servizi pubblicitari mirati grazie all'analisi dei dati raccolti dai propri utenti, mentre *WhatsApp* non raccoglieva in quegli anni alcun dato utile per scopi pubblicitari.

[97] Data l'entità della cifra pagata da *Facebook* per acquisire *WhatsApp* (19 miliardi di dollari per una società con un fatturato di soli 50 milioni di dollari), fin dall'inizio era sorto il dubbio che non potesse essere il fatturato di *WhatsApp* la ragione dell'acquisizione, ma l'uso dei *data set* relativi ai suoi utenti da parte di *Facebook*.

[98] *Case M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004*, 3.10.2014.

[99] Nell'infliggere la sanzione, la Commissione ha tenuto conto di una circostanza attenuante perché *Facebook* aveva collaborato, riconosciuto di aver violato le regole e rinunciato ai diritti procedurali di chiedere l'accesso al *dossier* e ad una audizione, scelte che avevano permesso alla Commissione di facilitare l'analisi e la valutazione: *Case M.8228 – FACEBOOK/WHATSAPP, Commission decision of 17. 5. 2017 imposing fines under Article 14(1) of Council Regulation (EC) No 139/2004 for the supply by an undertaking of incorrect or misleading information*, 3.4. (102), 23.

[100] *Ivi*, 1.2, (11), 4.

[101] AGCM, PS10601*, WhatsApp – Trasferimento dati a Facebook,* provvedimento n. 26597, 11 maggio 2017, punto 5. Sempre nel 2017 anche il *Bundeskartellamt* si è mosso nella stessa direzione dell'*Authority* italiana e ha chiamato in causa *Facebook* per violazione dell'art. 102(a) TFUE per imposizioni di condizioni contrattuali non eque per aver subordinato l'utilizzo del *social network* all'accettazione dell'intero pacchetto *Facebook* che prevedeva l'unione dell'*account* dei clienti *WhatsApp* a quello di *Facebook.*

[102] AGCM, PS10601*, WhatsApp – Trasferimento dati a Facebook,* cit., punto 49.

[103] *Ivi*, punto 50.

[104] *Ivi*, punto 52.

[105] *Facebook*, in effetti, nel novembre 2017 aveva sospeso, per le pressioni di alcune *Authorities* europee, il passaggio delle informazioni tra le due piattaforme.

[106] L'*Antitrust* ha avviato, nell'agosto 2017, un procedimento di inottemperanza nei confronti della società *WhatsApp Inc.* per violazione dell'art. 37-*bis,* c. 2, del Codice del Consumo, in quanto la società non aveva dato seguito all'ordine di pubblicazione dell'estratto della delibera dell'Autorità, venendo

meno all'obbligo di informare i suoi "consumatori" in merito a quanto deliberato dall'AGCM nell'adunanza dell'11 maggio 2017. L'*Authority*, dopo aver esaminato le memorie difensive presentate da *WhatsApp Inc*., nel gennaio 2018, ha applicato alla società la sanzione massima prevista.

[107] G. Segantini, *Dati personali e posizione dominante, Facebook sotto accusa in Germania*, *in Euronews.com*.

[108] *French Autorité De La Concurrence– German Bundeskartellamt*, *Competition Law and Data,* 10th May 2016, su *Autoritedelaconcurrence.fr*.

[109] *Bundeskartellamt*, *Background information on the Facebook proceeding*, 19 December 2017, su *Bundeskartellamt.de*.

[110] Quando si parla di dati che vengono acquisiti e analizzati dalle grandi aziende, bisogna ricordare che solo una parte di essi sono volontariamente forniti dagli utenti, mentre una parte consistente deriva dagli accessi *online* degli utenti stessi.

[111] Con il procedimento in questione il *Bundeskartellamt* non intende esaminare l'utilizzazione dei dati generati dall'uso di *Facebook*, ma quello dei dati acquisiti dai siti di terze parti di proprietà di *Facebook* come *WhatsApp* o siti di altri operatori con *API* di *Facebook* incorporate.

[112] Il *Bundeskartellamt* ritiene che *Facebook* possa essere accusato di abuso di posizione dominante, dal momento che il suo uso è subordinato alla registrazione e all'approvazione dei suoi termini di servizio, che gli danno la possibilità di raccogliere senza limiti, attraverso *API*, i dati generati dai clienti allorché usano siti *web* di terzi, di elaborarli attraverso l'analisi automatizzata e attribuirli agli *account* dei clienti.

[113] Il *Bundeskartellamt* richiama le sentenze della Corte federale di giustizia *VBL Gegenwert II* e *Pechstein*.

[114] *Bundeskartellamt*, *Background information on the Facebook proceeding*, cit., punto 7, p. 4.

[115] Per salvaguardare i diritti costituzionali, il *Bundeskartellamt* ritiene che l'art. 19 *GWB* debba essere applicato ogniqualvolta una parte contrattuale è in grado di dettare unilateralmente i termini del contratto vanificando l'autonomia contrattuale dell'altra parte.

[116] V. la direttiva UE 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficaci e assicura il funzionamento del mercato interno.

[117] M. D'Alberti, *La "rete" europea delle autorità di concorrenza*, in *docplayer.it*, p. 1. Per un'analisi del sistema delle competenze e dei criteri per l'allocazione del caso, B. Marchetti, *Le garanzie procedurali e processuali delle imprese nella rete europea della concorrenza*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 1/2014 e letteratura ivi richiamata.

[118] Direttiva UE 2019/1, cit., art. 2, punto 3.

[119] Relazione alla Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, cit., pp. 2-3. Ciò determina, nei Paesi membri, un'applicazione disomogenea delle norme dell'UE in materia di concorrenza, che «provoca una distorsione della concorrenza nel mercato interno e mina il sistema di applicazione decentrata che è stato istituito dal Regolamento (CE) n. 1/2003» (*ivi*, p. 4).

[120] S. Cassese, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in Id, *Lo spazio giuridico*

globale, Roma-Bari, 2003, pp. 21 ss.; L. Ammannati, *Governance e regolazione attraverso reti*, su *Astrid-online.it*; A Lippi, *Il policy making europeo come "rete"*, in A. Predieri, M. Morisi (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, pp. 10 ss.

[121] Le questioni poste dalla economia delle piattaforme sono ormai al vaglio della Corte del Lussemburgo: interessanti sono le recenti *Conclusioni* dell'Avvocato generale Pitruzzella del 28.2.2019 nella causa C-649/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen e.a./Amazon EU*.

[122] G. Amato, *Non tocca all'Antitrust*, in *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, intervento alla tavola rotonda su J.B. Baker e S.C. Salop, in *Mercato concorrenza regole*, 2016, p. 146. Sul rapporto tra potere di mercato e diseguaglianza sociale, v. A. Atkinson, *Inequality: What Can Be Done*, Harvard University Press, 2015; J.B. Baker, S.C. Salop, *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *Mercato concorrenza regole*, cit.; R. Pardolesi, *Non rinunciamo a provarci*, intervento alla tavola rotonda su J.B. Baker e S.C. Salop, cit., pp. 148-152.