

Considerazioni critiche su esternalità consapevoli e confini istituzionali del diritto della concorrenza

La lotta alla disuguaglianza come effetto diretto e indiretto dell'azione antitrust

DI ANTONIO DAVOLA E FABRIZIO ESPOSITO

1. Introduzione

La riflessione circa la possibilità di ricondurre considerazioni di giustizia sostanziale in seno all'attività delle autorità deputate alla tutela della concorrenza – a livello nazionale ovvero europeo – anima ormai da qualche anno un vivace dibattito in dottrina¹. Muovendo dalle implicazioni di ordine sistemico che il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali intuitivamente implicano, ci si interroga circa i confini operativi esistenti tra la disciplina del corretto funzionamento del mercato interno e quello che, ad avviso delle istituzioni dell'Unione², dovrebbe esserne l'esito ultimo, ossia «il benessere dei cittadini, delle imprese e della società dell'UE nel suo complesso». Ed è proprio

Il presente contributo costituisce esito di una riflessione comune condotta dagli Autori; nondimeno, è possibile attribuire il paragrafo 2 ad Antonio Davola e il paragrafo 3 a Fabrizio Esposito, laddove i paragrafi 1 e 4 sono da riferire congiuntamente ad entrambi.

¹ *Ex multis*, si vedano W. Fikentscher, P. Hacker e R. Podszun, *FairEconomy. Crises, Culture, Competition and the Role of Law*, Springer, 2013; J. Broulík e K. Cseres, *Competition Law and Economic Inequality*, Bloomsbury, 2022; E.A. Posner e C.R. Sunstein, *Inequality and Antitrust*, in «American J. L. and Equality», 2, 2022; D. Gerard *et al.*, *Fairness in Eu Competition Policy: Significance and Implications. An Inquiry into the Soul and Spirit of Competition Enforcement in Europe*, Intersentia, 2020; F. Ducci e M. Trebilcock, *The Revival of Fairness Discourse in Competition Policy*, in «The Antitrust Bulletin», 64, 1, 2019, pp. 79-104.

² <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/82/politica-della-concorrenza>.

in merito ai contorni e contenuti di tale benessere sociale, nonché circa l'ideoneità dei sistemi di tutela della concorrenza a perseguirlo in via diretta ovvero indiretta, che tale dibattito si fa particolarmente complesso.

Non si tratta, si noti, di un tema radicalmente nuovo. A lungo il diritto della concorrenza è stato posto in relazione con la tutela di altri principi, i quali possono risultare condizionati da un ridotto o più elevato tasso di competitività; sovente, poi, tali considerazioni sono poste alla base di scelte volte a conformare drasticamente la fisionomia del diritto antitrust: basti pensare, in tal senso, alla scelta di attribuire alla Banca d'Italia l'esercizio della funzione di tutela della concorrenza nel settore del credito fino ai primi anni 2000, in virtù dell'asserita necessità di bilanciare competitività, tutela del risparmio e stabilità finanziaria³. Cionondimeno, si assiste in tempi recenti all'emergere crescente di riflessioni volte a rileggere criticamente il noto monito di Herbert Hovenkamp secondo cui «antitrust is an economic, not a moral, enterprise»⁴ alla luce della pluralità di valori incisi dal diritto antitrust.

È nel solco di questo dibattito che sembra opportuno collocare la riflessione condotta da Boitani e Pezzoli sul rapporto tra diritto della concorrenza e lotta alle disuguaglianze⁵: si tratta per vero di un'indagine che muove da posizioni non dissimili a quelle che hanno ispirato la visione scettica di Tirole nel rilevare che, sebbene la dimensione sociale delle politiche di concorrenza appaia ad oggi innegabile⁶, sia per converso rischioso trarre da ciò l'idea di un'applicazione «ad ampia copertura» del diritto antitrust da parte delle autorità a tal compito preposte: esse, infatti, coinvolte nel perseguimento di una pluralità di obiettivi – talvolta financo in contrasto tra di essi – rischierebbero di vedere nei fatti paralizzata la propria attività istituzionale.

Coerentemente, tale lettura si sposa ad una critica della concezione darwiniana del processo competitivo, ritenuta oggi dominante e rea di aver nel corso del tempo soppiantato il primigenio intendimento di stampo smithiano, volto di contro a valorizzare il perseguimento dell'interesse concorrenziale individuale come funzionale al conseguimento del benessere ge-

³ Tra i contributi fondativi sul tema del rapporto tra competitività e stabilità nel settore bancario, si vedano D. Alhadeff e P. Mottura, *Concorrenza e controlli nell'attività bancaria. Studio sul controllo della concorrenza bancaria in Italia, Francia e Inghilterra*, Cassa di risparmio delle provincie lombarde, 1970; A. Patroni Griffi, *La concorrenza nel sistema bancario. Profili ricostruttivi*, Jovene, 1979. V. altresì D. Focarelli, *Il ruolo della concorrenza nell'evoluzione delle politiche di raccolta delle banche italiane*, Edizioni Banca d'Italia, 1993 e, più di recente, altresì L. Ubertazzi, *Banche e concorrenza. Scritti*, Giuffrè, 2007.

⁴ H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, 2005, p. 10.

⁵ A. Boitani e A. Pezzoli, *Antitrust e lotta alle disuguaglianze: obiettivo o esternalità consensuale?*, in *questa rivista*.

⁶ J. Tirole, *Making Markets Work for People*, Bruxelles, 27 ottobre 2022, consultabile al link https://competition-policy.ec.europa.eu/about/reaching-out/making-markets-work-people_en.

nerale. Ne segue, nella prospettiva degli Autori, in primo luogo l'esigenza di tenere in considerazione gli effetti distributivi dell'intervento antitrust nella definizione delle priorità di *enforcement*; a ciò si affianca, poi, un *favor* nei confronti di un rinnovato coinvolgimento delle autorità nazionali per la concorrenza (di seguito, ANC) in attività consultive a supporto di riforme legislative le quali, ponendosi in rapporto di complementarità con il diritto della concorrenza, possano adeguatamente favorire un bilanciamento (ad avviso degli Autori, necessariamente politico) tra competitività e obiettivi connessi alla riduzione delle disuguaglianze. Di conseguenza, questi ultimi sarebbero da concepire nei termini di mere esternalità⁷, delle quali il diritto della concorrenza dovrebbe essere avveduto, ma non diretto artefice.

Si tratta, a ben vedere, di ordini di considerazioni che si muovono su binari paralleli, e che trovano il loro punto d'incontro principalmente in relazione alla definizione delle priorità di *enforcement* del diritto della concorrenza e al ruolo da destinare a quella pluralità di obiettivi che, pur riconosciuti quali rilevanti, si collocano al di fuori delle suddette priorità. Se analiticamente, infatti, le questioni paiono distinte, è evidente come esse rappresentino temi centrali del più ampio contesto con cui lo studio della struttura giuridica delle relazioni economiche non può fare a meno di confrontarsi. In tal senso il contributo, con il suo tentativo di mappare il territorio e di identificare con maggior chiarezza gli spazi di operatività entro i quali il diritto della concorrenza debba muoversi, è quindi certamente da apprezzarsi, anche per la ricchezza e ampiezza della letteratura presa in considerazione.

E tuttavia, come sarà meglio precisato in seguito, un'analisi – pur presentata in questa sede in termini sintetici – della riflessione condotta dagli Autori suggerisce come, da un lato, la prima raccomandazione non necessariamente richieda di qualificare la riduzione delle disuguaglianze quale elemento esterno al *core business* del diritto della concorrenza. Ciò, specialmente, laddove non si riconduca lo scopo di quest'ultimo alla riduzione della sola perdita secca in termini di benessere sociale⁸.

Allo stesso tempo, la seconda raccomandazione – relativa al maggiore coinvolgimento delle ANC in attività di *advocacy* – sembra porsi quantomeno in posizione ortogonale con la nozione di legittimità da cui muovono gli Autori unitamente a Tirole, sollevando incertezze in merito ai termini del raggiungimento di una sinergia tra l'assenza, nell'operato delle autorità antitrust, di considerazioni extra-efficientistiche, ed il maggiore coinvolgimento delle

⁷ Termine che, a nostro avviso, viene utilizzato dagli Autori non nel suo senso tecnico di benefici e costi di un'interazione, i quali non sono catturati dal prezzo, ma che è più genericamente inteso come conseguenza (positiva) indiretta di un comportamento. Di conseguenza, a tale accezione si farà riferimento nel corso del presente contributo.

⁸ V. *infra* par. 2.

stesse in processi di definizione di priorità normative; attività, quest'ultima, necessariamente politica⁹; aspetto che, a ben vedere, appare forse complesso da coniugare con l'attività di selezione delle aree di maggiore *enforcement* che in taluni passi gli Autori auspicano¹⁰.

Alla luce di tali aspetti, la nostra riflessione si propone poi, in chiusura, di prospettare – muovendo da basi concettuali ed istituzionali in parte comuni a quelle accolte dagli Autori, e certamente sposando a pieno la critica ad una visione darwiniana dei processi concorrenziali – la possibilità di pervenire ad un'efficace sintesi di istanze efficientistico-allocaive e social-distributive attraverso il ricorso allo strumentario antitrust, operando alcune considerazioni (le quali in verità meriterebbero ulteriori approfondimenti che non è possibile offrire compiutamente in questa sede) in merito ai presupposti funzionali del diritto della concorrenza.

2. Il contrasto agli squilibri (contrattuali) come caratteristica strutturale del diritto della concorrenza

Certamente può dirsi accolto nel diritto della concorrenza contemporaneo una sorta di atteggiamento pluralista, volto a ricomprendere una pluralità di istanze tra gli scopi del diritto antitrust. Per vero, tale tendenza sembra in alcuni casi avere natura meramente lessicale, potendo interpretare tali elementi – in modo convergente – come funzionali al benessere dei consumatori intermedi e finali quale obiettivo ultimo del diritto della concorrenza: aspetto, questo, enfaticamente e convincentemente sottolineato dalla Corte di Giustizia in *Servizio Elettrico Nazionale*¹¹ con una decisione che lascia ben pochi dubbi circa la centralità del *consumer welfare* come criterio dello scrutinio antitrust. Anche laddove ci si voglia smarcare, del resto, da un'interpretazione *consumer oriented* del diritto della concorrenza, ampia evidenza dimostra come nei fatti l'applicazione delle disposizioni del Trattato ad opera della Corte sia ormai condotta con una particolare attenzione ai precipitati sociali-distributivi delle politiche concorrenziali¹².

Questa considerazione ci suggerisce, nel confronto con gli Autori, immediatamente una riflessione – anticipando in parte quanto verrà discusso nel prossimo paragrafo: se, come ci sembra, si accoglie una ricostruzione in termini di pluralismo valoriale del diritto positivo, ci si chiede come tale opzione possa sposarsi coerentemente con la summenzionata tesi di Tirole, andando a

⁹ V. *infra* par. 3.

¹⁰ V. *infra* par. 4.

¹¹ CGUE, decisione del 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale Spa e a. contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

¹² Si veda in tal senso la disamina di ampio respiro condotta in O. Brook, *Non-Competition Interests in Eu Antitrust Law: An Empirical Study of Article 101 TjEu*, Cambridge University Press, 2022.

negare tale pluralismo nel solo ambito del diritto antitrust. Non risulta chiaro, per così dire, perché non si possano «aggiungere uno o più posti a tavola». Ciò anche considerando come l'accoglimento di tale logica sulla base dell'idea per cui l'attribuzione di una finalità – e, coerentemente, di uno strumentario specificamente ritagliato per quest'ultima – per ragioni da un lato di efficacia, dall'altro di *accountability*, rischi di minimizzare il fatto che (che lo si voglia o no) gli effetti di una politica dallo scopo unitario potrebbero non di meno essere plurimi. E, in questo senso, una qualificazione degli stessi come *byproduct* non pare ridurne l'impatto sia in termini di efficacia, sia di *accountability*. A latere, giova considerare che il perseguimento di una pluralità di obiettivi (ivi compresa la riduzione delle disuguaglianze) non necessariamente comporta la negazione di una gerarchia tra gli stessi, la quale possa consentirne un efficace contemperamento.

Certamente condividiamo, in questo senso, la preoccupazione degli Autori: queste considerazioni non devono (e non dovrebbero) sconfessare una lettura della pratica del diritto antitrust europeo in termini efficientistici; tuttavia, ci sembra che ciò risulti ben possibile una volta che l'efficienza allocativa sia misurata in termini di beneficio per i consumatori¹³. Del resto, giova ricordare che Adam Smith non a caso parlava di allocazione *socialmente efficiente*. Secondo questa logica, si noti, ben si spiega altresì l'approccio tenuto dalla Corte di giustizia tanto in *Servizio Elettrico Nazionale* quanto in decisioni di analogo tenore – sebbene talvolta con formulazioni meno enfatiche¹⁴. A nostro avviso, in altri termini, esiste una divisione del lavoro nell'economia di mercato, in ragione della quale tutti gli agenti economici sono sovrani nei mercati in cui operano come consumatori e sudditi in quelli in cui operano come produttori. Tutelare il benessere dei consumatori in contesti di equilibrio parziale è pertanto funzionale al raggiungimento del miglior risultato attraverso il ricorso al meccanismo concorrenziale.

Si tratta di una prospettiva che non appare distonica con la tesi portata avanti dagli Autori per una serie di ragioni.

Innanzitutto, perché a nostro avviso la lotta contro i fenomeni anticompetitivi nel mercato costituisce sempre, e pur coerentemente con il suo substrato teorico – neoclassico, *hipster* o neobrandeisiano che sia¹⁵ – una bat-

¹³ Si consenta a tal riguardo un rinvio a F. Esposito, *The Consumer Welfare Hypothesis in Law and Economics: Towards a Synthesis for the 21st Century*, Elgar, 2022.

¹⁴ Sul punto, si veda F. Esposito, *What can the Consumer Welfare Hypothesis do for EU Lawyers? At Least Three Things*, in «EU Law Live», Weekend Edition, 2023.

¹⁵ Cfr. in merito A. Claici, A. Komninos e D. Waelbroeck, *The Transformation of EU Competition Law: Next Generation Issues*, Kluwer, 2023; M. Sipe, *Covering Prying Eyes with an Invisible Hand: Privacy, Antitrust, and the New Brandeis Movement*, in «Harvard Journal of Law & Technology», 36, 2, 2023; J.D. Wright, E. Dorsey, J. Klick e J.M. Rybnicek, *Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust*, in «Arizona State Law Journal», 51, 293, 2019;

taglia contro l'ineguale distribuzione del benessere. E questo aspetto non cambia, a ben vedere, sia laddove si prendano in considerazione in prospettiva più classica i rapporti di scambio e il loro impatto sui consumatori finali e intermedi, sia concentrandosi sul tema (esaustivamente esplorato dagli Autori) dei conflitti inerenti al rapporto capitale-lavoro. Ciò che si promuove, in altri termini, è il perseguimento di istanze che sono – in un'ottica di ampio respiro – di giustizia sostanziale, volte a contrastare il determinarsi di quelli che nei fatti risultano sempre essere squilibri contrattuali. Nel far ciò, l'elemento di originalità si rinviene nel fatto che nel contesto del diritto della concorrenza tali squilibri sono identificati guardando ai fattori che li causano a livello di struttura di mercato.

Questa considerazione ci porta, tuttavia, ad un necessario *caveat*: riteniamo, infatti, che in una certa misura i rapporti di scambio non possano trattarsi analogamente a quelli caratterizzanti il mercato del lavoro: a differenza dello scambio, infatti (dove la logica allocativa è intuitivamente dominante), il lavoro costituisce sia un fattore di produzione, sia un elemento il quale viene integrato nell'impresa per finalità di efficientamento (in senso produttivo) attraverso un rapporto che si differenzia dal mero scambio, caratterizzandosi per una relazione che i giuristi potrebbero dire di eterodeterminazione e gli economisti, affatto diversamente, chiamano di gerarchia¹⁶.

Di contro, nel rapporto di scambio persiste una logica di uguaglianza (che del resto trova le proprie radici nell'idea stessa di autonomia privata) la quale ben si presta a configurare una concezione di efficienza come massimizzazione del benessere del consumatore. In altri termini, gli attori del mercato sono – coerentemente con l'idea smithiana delle origini – uguali perché sovrani del mercato quando agenti *ex latere consumatoris*, e sudditi quando agenti in qualità di produttori, secondo un principio di uguaglianza «sistemica» che è possibile percepire soltanto osservando il rapporto tra i diversi mercati merceologici, piuttosto che all'interno degli stessi.

In secondo luogo, perché tale avvicendamento tra ruoli e attori consente di impostare la concezione di uguaglianza quale portato dei rapporti di scambio nei termini di una norma di reciprocità: le istituzioni sarebbero, in tal senso, esito del processo di eterogenesi promosso dai diversi agenti – egoisti nei loro scopi¹⁷ – ai fini della massimizzazione simultanea del benessere del consumatore sulla totalità dei mercati, allo scopo di poter beneficiare della

M. Botta e S. Solidoro, *Hipster Antitrust, the European Way?*, in «Policy Briefs, Florence Competition Programme», 2, 2020.

¹⁶ E. Posner, *How Antitrust Failed Workers*, Oxford University Press, 2021 offre un'analisi che riconosce le specificità dal punto di vista economico del mercato del lavoro; O. Williamson, *Markets and Hierarchies: A Study in the Internal Organizations*, Free Press, 1983, è un *locus classicus* sul tema mercati e gerarchie.

¹⁷ Per una trattazione ampia, ma accessibile, si rinvia a F. Guala, *Understanding Institutions: The Science and Philosophy of Living Together*, Princeton University Press, 2016.

divisione del lavoro e dei meccanismi reputazionali, emozionali e competitivi che supportano un'economia di scambio. In parole vicine alla sensibilità del diritto antitrust, per creare un ecosistema che consenta e promuova la *competition on the merits*.

Ciò che cambia, in sostanza, è unicamente il fatto che preoccuparsi per il benessere dei consumatori «inframarginali» non si pone al di fuori del *core business* del diritto della concorrenza.

Sembra dunque possibile, in questa prospettiva, coniugare la visione «monistica» che gli Autori prediligono con la pluralità di aspetti di incidenza del diritto della concorrenza, individuandone il centro focale nella prevenzione di quegli squilibri di mercato che risultino idonei a determinare inefficienze allocative. Si tratta intuitivamente di un tema complesso, il quale richiederebbe un'indagine più estesa¹⁸, e che tuttavia può riassumersi nell'idea che tanto più si prende coscienza di una multifunzionalità – istituzionale o fattuale poco importa – del diritto della concorrenza, tanto più appare necessario prestare attenzione ad una costruzione teorica che riconduca il tema della distribuzione del valore tra le parti di un rapporto economico all'interno di una nozione di efficienza. Una prospettiva, questa, che a nostro avviso ha altresì il pregio di allineare preferenze istituzionali ed esigenze valoriali, in questo senso risultando coerente con quelli che ci paiono gli intenti ultimi degli Autori.

Del resto, giova considerare anche come porre maggiore attenzione all'impatto del diritto della concorrenza sulla massimizzazione del benessere dei consumatori possa rappresentare una risorsa anche in ottica di contrasto alla sperequazione economica. Pur non potendo il tema trovare esaustiva trattazione in questa sede, basta in tal senso considerare che, muovendo dalla semplice idea che il denaro – al pari di qualunque altro bene – abbia utilità marginale decrescente, ne deriva giocoforza che l'esigenza di riparare le conseguenze dannose di una condotta anticoncorrenziale sia più elevata in un settore partecipato da consumatori a basso livello reddituale rispetto ad un mercato *high-end*.

Si tratta di un aspetto che, da un lato, non è ignoto ad altri settori del nostro ordinamento (è del resto già recepito da epoca risalente in ambito tributario)¹⁹ e che, dall'altro, trova una propria embrionale formulazione già nella «proto-analisi economica» della tradizione aristotelica²⁰: uno scambio

¹⁸ F. Esposito, *The Consumer Welfare Hypothesis in Law and Economics*, cit.

¹⁹ I. Manzoni, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, 1965; V. Uckmar, *Principi comuni di diritto costituzionale tributario*, CEDAM, 1959.

²⁰ Si veda J. Gordley, *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2006. Sull'applicazione allo studio del diritto privato e, più precisamente sugli aspetti di teoria economica, S. Meikle, *Aristotle's Economic Thought*, Oxford University Press, 1995.

«equilibrato», inteso nei termini di scambio nel quale le parti ricevono cose di egual valore, può ottenersi solo quando le condizioni negoziali si determinano in un mercato che svolge correttamente la propria funzione. Ne segue che uno scambio «giusto» risulterà intrinsecamente neutrale rispetto a questioni di giustizia distributiva, laddove uno scambio commutativamente ingiusto (per ragioni di mercato) determinerà anche una conseguente ingiustizia distributiva, la quale sarà tanto più elevata quanto più lo scambio è commutativamente ingiusto. Da ciò, di conseguenza, sarebbe possibile trarre l'idea di un nesso strutturale tra efficienza del mercato e giustizia valoriale dello scambio, la quale peraltro esisterà indipendentemente dalla teoria della giustizia distributiva che si voglia preferire.

Ne deriva che il tema della giustizia, il quale viene posto in prima istanza dagli Autori «fuori» dallo spettro operativo del diritto della concorrenza, potrebbe qualificarsi non tanto (e non solo) in termini di esternalità (consapevole o meno che sia), quanto piuttosto di esito necessitato del diritto della concorrenza, posto che questo contribuisce (direttamente) alla giustizia contrattuale e (indirettamente) alla giustizia distributiva, le quali risultano connesse nello svilupparsi delle dinamiche di mercato.

3. Sulla limitata plausibilità del monismo valoriale, in particolare se integrato da attività consultiva ad ampio raggio

Pur condividendo le considerazioni di fondo operate dagli Autori, non ci sembra dunque necessario che da esse segua una necessaria alterità tra contrasto alle disuguaglianze e finalità del diritto della concorrenza. In particolare, di fronte all'idea di un'opportunità del diritto antitrust di «andare oltre» il proprio *core business*, riteniamo che tale *core business* ben possa riformularsi considerando le disuguaglianze interne allo scambio.

Giova, tuttavia, una breve precisazione: coerentemente con gli Autori, non ci sembra che ricondurre la giustizia distributiva all'interno dello spettro d'azione del diritto della concorrenza debba portare alla ricomprensione, nello scrutinio antitrust, di tutte le conseguenze derivanti da un'azione incidente la competitività sui mercati. In altri termini se una lettura improntata a mantenere il monismo valoriale non ci trova pienamente concordi, allo stesso tempo condividiamo a pieno un pragmatico scetticismo su cosa deve – e cosa non deve – costituire oggetto del diritto della concorrenza.

Il problema della relazione tra valori e soluzioni istituzionali, in altri termini, non ci pare risolvibile attraverso petizioni di principio: di contro, esso richiede un approccio basato su *rule of reason* (per dirla in termini cari al diritto antitrust) o in termini di proporzionalità (per esprimere la questione in termini più generali). Tale tematica è ben esemplificata guardando, *inter alia*, al ruolo del principio di stabilità nel mercato bancario e finanziario in rapporto all'applicazione della generale disciplina di mercato – sia essa il diritto

della concorrenza²¹ o il diritto dei consumi. Del resto, in un recente arresto relativo all'interpretazione della Direttiva 93/13, la Corte di Giustizia dell'Unione ha sottolineato prosaicamente (in ciò opponendosi all'istituto bancario nazionale – supportato, si noti, sia dal proprio governo nazionale che dall'ente regolatorio dei mercati finanziari) l'estraneità della tutela della stabilità finanziaria dagli scopi del diritto dei consumi²².

Se, dunque, certamente ci uniamo al timore degli Autori, ci preme tuttavia sottolineare che un approccio nei termini proposti dagli stessi sollevi (almeno) tre aspetti sui quali interrogarsi ulteriormente.

In primo luogo, guardare alle autorità isolandone l'azione risulti problematico, nel momento in cui tale de-contestualizzazione (ed eventualmente l'inopportunità di quest'ultima) sia oggetto di indagine ad opera delle Corti, e diventi di conseguenza metro di scrutinio (e di censura) delle loro decisioni applicative. Si supponga, ad esempio, che una ANC dia spazio in una propria decisione a questioni relative alla stabilità finanziaria: certamente, le parti pregiudicate potranno ricorrere per censurare la decisione sul punto mettendo in discussione l'opportunità di tale ampliamento teleologico; tuttavia, sarà possibile fare lo stesso nel caso in cui a tale considerazione non sia dato spazio alcuno: l'unica differenza riguarderà la parte ricorrente, in virtù del principio processuale della soccombenza.

In secondo luogo bisogna tenere in considerazione che nel diritto contemporaneo esistono molteplici tecniche o strumenti a disposizione di un giudice che intenda dare rilevanza ad un certo valore, altresì nell'ambito dell'interpretazione di discipline di settore quali il diritto della concorrenza: tra queste spiccano, ad esempio, le clausole generali alla tedesca e l'interpretazione sistematica – in particolare quella costituzionalmente orientata.

Già stanti questi due aspetti (ed in assenza di un divieto in capo alle ANC di ricorrere alle medesime tecniche), ci sembra che il desiderio di una barriera istituzionale (quasi) invalicabile richieda di essere analizzato con maggiore cautela.

Da ultimo, giova poi tenere presente che, pur estromettendo determinanti *lato sensu* «politici» (nei termini prospettati dagli Autori) dallo spettro dell'indagine antitrust, non si può escludere che le azioni delle autorità risultino nei fatti influenzate dalla vicinanza o dall'azione di altri tipi di *stakeholder* e, in particolare, di quelli dotati di significativo potere (non politico, ma) economico. Certo è che autorità a carattere orizzontale come le ANC sono ritenute in genere meglio capaci di difendersi da questo tipo di condizionamento,

²¹ Si consenta in merito un rinvio a A. Davola, *Competition in the European Banking System amidst a general approach and sector specificity*, in A. Palmieri e G. Versaci (a cura di), *European Legal Strategies for payment systems in the Open Banking Age*, ESI, 2023, pp. 87 ss.

²² CGUE, decisione del 15 giugno 2023, causa C-520/21, *Banca M*.

dovendo applicare norme di carattere generale; e tuttavia, è evidente che una prospettiva che rifiuti l'ammissione al «tavolo delle trattative» di una pluralità di valori renderà – anche alla luce degli strumenti poc'anzi menzionati – più difficile identificarli e valutarne la rilevanza, ove questi rientrino surrettiziamente nel processo decisionale. Ci sembra, in sostanza, che una valutazione delle alternative istituzionali ben potrebbe collocarsi all'interno di una prospettiva più contestuale, ferma restando la necessità di puntare a decisioni orientate agli effetti e basate sulla miglior evidenza disponibile²³.

Del resto, se è vero che il diritto della concorrenza è andato nel corso del tempo evolvendo in favore di analisi contestuali (e non meramente formalistiche) delle pratiche scrutinate, pare ragionevole che la medesima «attenzione ai dettagli» animi l'analisi delle condizioni a cui un'ANC possa ritenersi in una posizione adeguata per considerare questioni ulteriori al proprio *core business*.

Concludiamo tale analisi sottolineando come il suddetto «scetticismo monistico» – che in parte, come più volte detto, condividiamo – ci pare al contempo di difficile compatibilità con la concomitante proposta di un (per così dire) *regulatory activism*, volto a far sì che le ANC operino una sorta di attività di *lobby* per riforme incidenti, di volta in volta, sul diritto del consumo, del lavoro, ambientale, della crisi d'impresa, e magari – ancorché non menzionato dagli Autori – delle politiche monetarie.

Ci sembra infatti che, anche solo limitandosi ad una generale identificazione di tali politiche orizzontali (e, quindi, lasciando da parte la pluralità di complesse questioni che le summenzionate discipline di settore si trovano ad affrontare, e che sarebbero difficilmente – questo sì – considerabili dalla prospettiva di un'autorità dotata di un angolo prospettico profondamente specifico) la presentata ricostruzione rischi in ciò di contraddire i propri presupposti: se, infatti, si accoglie l'idea di un'autorità «generalista» della concorrenza, dotata della capacità tecnica necessaria per fornire pareri al legislatore nei più disparati rami del diritto, allora si fatica a comprendere perché non sia desiderabile beneficiare di tale *expertise* non solo nell'esercizio della funzione consultiva dell'autorità ma altresì nel compimento di attività regolatorie, investigative, e decisorie.

La domanda, ancora una volta, sembra essere di natura funzionalistico-organizzativa, piuttosto che valoriale: quali procedure si devono seguire affinché vengano prese le migliori decisioni possibili in termini di benessere generale?

²³ Si tratta di un elemento centrale nel *policy cycle* del diritto europeo, su cui si rinvia a E. van Schagen, S. Weatherill e B. Häcker (a cura di), *Better Regulation in Eu Contract Law: The Fitness Check and the New Deal for Consumers*, Hart, 2019; S. Garben e I. Govaere (a cura di), *The Eu Better Regulation Agenda: A Critical Assessment*, Bloomsbury, 2020.

4. Conclusioni

Alla luce di quanto fino a qui esposto, è dunque possibile provare a trarre alcune conclusioni in merito agli spunti che gli Autori sollevano nel contributo in esame.

Ci sembra certamente da condividere la lettura critica di un diritto della concorrenza volto a promuovere esclusivamente un'interpretazione darwiniana delle dinamiche di mercato: invero, e in questo certamente più coerentemente con le tesi di Smith, è ragionevole (ed opportuno) che il diritto della concorrenza tenga in considerazione il perseguimento del profitto individuale non in quanto valore fine a sé stesso bensì, piuttosto, quale obiettivo strumentale al raggiungimento di finalità economico-sociali degne di tutela giuridica.

E se ciò è vero, pensiamo però che tale lettura non necessariamente richieda la dismissione di considerazioni di giustizia sostanziale dal *core business* dell'indagine antitrust.

Ciò, innanzitutto, perché una condizione di mercato efficiente è funzionale alla conclusione di scambi «giusti» per le parti; a sua volta, la possibilità di concludere scambi commutativamente equilibrati – o, meglio ancora, l'impossibilità di una parte di imporre alla controparte uno scambio ingiusto – concorre a definire la formazione di un mercato efficiente a vantaggio delle collettività. In ciò, giustizia dello scambio ed efficienza del mercato vivono un rapporto di circolarità che, seppure disciplinato dal concorrere di diversi strumenti (si pensi, *inter alia*, al ruolo delle disposizioni di diritto civile a tutela dell'autonomia privata)²⁴, ben può giustificare la riconduzione del tema delle disuguaglianze all'interno degli elementi che il diritto della concorrenza può tener presenti nella valutazione delle condotte. Questo, specialmente, alla luce della valorizzazione del *consumer welfare* quale esito di un mercato propriamente funzionante.

Forse non è, di conseguenza, necessario pervenire – per dirla con le parole degli Autori – ad una considerazione della giustizia distributiva in «via indiretta, non esplicita come un consapevole e virtuoso effetto collaterale, cercando di trasformare l'inconsapevole esternalità positiva in un'esternalità verso la quale orientare le risorse a disposizione delle autorità». Questo anche considerando che, nel momento in cui l'autorità sia pienamente consapevole delle ricadute in termini di giustizia sostanziale dei provvedimenti antitrust, e laddove esse contribuiscano a guidarne le scelte (arrivando financo a guidare

²⁴ Nella letteratura anglofona, si rinvia, *ex pluribus*, a M. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1994; e a B. Fried, *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement*, Harvard University Press, 1998; nella letteratura nostrana, N. Irti, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in «Riv. dir. e proc. civ.», 1998; F. Volpe, *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, ESI, 2004; R. Pardolesi, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Il Mulino, 2006.

la selezione dei casi da approfondire in istruttoria), ci pare opportuno ritenere tali aspetti non tanto delle esternalità quanto, piuttosto, delle «internalità» – più o meno esplicite – parte dell’azione antitrust.

Una simile soluzione, inoltre, permetterebbe di svincolarsi dall’esigenza di demandare alle autorità una sorta di attività di *cherry picking* dei casi oggetto di istruttoria la quale potrebbe creare incertezze: invero, tradizionalmente l’impianto del diritto della concorrenza seleziona i propri casi di interesse non in base al mercato su cui essi incidono (lo stesso concetto di mercato rilevante si presenta, in questo senso, neutrale), ma alla luce dell’astratta idoneità del comportamento ad alterare l’assetto concorrenziale *tout court* sulla base di elementi oggettivi dell’accordo – si pensi alle intese per oggetto o per effetto – ovvero soggettivi delle parti (e.g. le soglie di rilevanza per intese, concentrazioni, e abusi). In altri termini, se una condotta risulta priva dei propri presupposti (oggettivi o soggettivi) di rilevanza concorrenziale, ci pare arduo – e, forse, effettivamente al di fuori dell’operatività del diritto della concorrenza – sostenere che questa possa, ad esempio, essere oggetto di istruttoria sulla base del settore di incidenza e dei particolari effetti in termini di disuguaglianza che essa si presta a creare. Del pari, qualora un comportamento anticoncorrenziale soddisfi tali requisiti, sembra complesso sostenere che la repressione di quest’ultimo debba essere posposta all’azione in ulteriori settori, quasi che gli operatori danneggiati in tale mercato siano degli attori «di serie b». Tutto questo posto che, come si è detto, il diritto della concorrenza ben presenta la possibilità di valorizzare aspetti relativi al benessere dei consumatori (e, dunque, alla riduzione delle disuguaglianze) all’interno dell’attività d’indagine: si pensi, ad esempio, alle ipotesi di esenzione previste dal comma 3 dell’art. 101 TFUE.

Da ultimo, ed in parte collegandoci a quando appena detto, una breve riflessione in merito all’ipotizzata attività di *advocacy* e al conseguente «ruolo politico» delle autorità. Nel loro contributo, gli Autori sembrano ricollegare il tema della legittimità istituzionale a una lettura di stampo fortemente democratico, principalmente volta a ricollegare la stessa alla riconducibilità ad un processo di elezione²⁵. Tale visione, a nostro avviso, pur idonea a promuovere un certamente auspicabile *engagement* in ottica di lotta alle disuguaglianze da parte degli organi del potere politico, rischia tuttavia di lasciare ai margini l’aspetto – parimenti rilevante – della c.d. *output legitimacy*, il quale è da sempre centrale nell’ambito del dibattito circa il ruolo e le facoltà delle autorità amministrative indipendenti²⁶, venendo di contro a concentrarsi esclusivamente sull’*input legitimacy*.

²⁵ A. Boitani e A. Pezzoli, *Antitrust e lotta alle disuguaglianze*, cit., p. 17.

²⁶ Cfr. F. Scharpf, *Community and Autonomy: Institutions, Policies and Legitimacy in Multilevel Europe*, in autore???, *Schriften aus dem Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung*, editore?, 2010.

Per converso, l'accoglimento di valutazioni basate sulla *output legitimacy*, pur mantenendo le medesime premesse degli Autori, potrebbe portare a preferire soluzioni differenti, «ribaltando il tavolo delle presunzioni» a favore delle autorità, in coerenza con quanto avviene in relazione al ruolo dei giudici. In altri termini: se i giudici, i quali non possono contare su un personale «proprio» dotato di competenze plurime necessarie ad esprimere un giudizio tecnico complesso – potendo, al massimo, richiedere supporto unicamente nella forma della consulenza tecnica d'ufficio – sono legittimati dall'ordinamento a considerare interessi multipli nelle loro decisioni, pare plausibile che tale potere sia riconosciuto anche alle ANC. Ciò a maggior ragione considerando che le ANC sono provviste della possibilità di adeguare dinamicamente il proprio organico (tecnico) al mutare delle aree di indagine nonché in grado, financo, di creare *task force* con personale di multiple istituzioni attraverso lo svolgimento di attività collaborative²⁷. Si tratta, a ben vedere, di prospettive complementari, le quali certamente possono trovare una complementarità con l'attività di *advocacy* proposta dagli Autori.

²⁷ Come ben ci insegna, del resto, la recente esperienza di collaborazione tra autorità garanti della concorrenza e in materia di tutela dei dati personali: si veda in tal senso CGUE, decisione del 4 luglio 2023, Causa C-252/21, *Meta Platforms e a.*

