

**TESI DI DOTTORATO DI KOSTANDIN PEČI, DISCUSSA PRESSO  
L'UNIVERSITÀ LUISS GUIDO CARLI, NELL'ANNO ACCADEMICO  
2015/2016.  
NON RIPRODUCIBILE, IN TUTTO O IN PARTE, SE NON CON IL CONSENSO SCRITTO  
DELL'AUTORE**



**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED IMPRESA  
XXVIII CICLO**

---

---

**CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEI LIMITI DEL DIRITTO  
ANTITRUST: ESERCIZIO DI DIRITTI PROCEDIMENTALI E  
ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE**

---

---

**COORDINATORE:  
Chiar.mo Prof. Giuseppe Melis**

**TUTOR:  
Chiar.mo Prof. Marcello Clarich**

**CO-TUTOR  
Chiar.ma Prof.ssa Luisa Torchia**

**DOTTORANDO:  
Kostandin Peči**

**TESI DI DOTTORATO DI KOSTANDIN PECL, DISCUSSA PRESSO  
L'UNIVERSITÀ LUISS GUIDO CARLI, NELL'ANNO ACCADEMICO  
2015/2016.**

**NON RIPRODUCIBILE, IN TUTTO O IN PARTE, SE NON CON IL CONSENSO  
SCRITTO DELL'AUTORE**

**SINTESI**

Si consegna al lettore una ricerca sulla rilevanza dell'esercizio del potere pubblico, e in particolare di quello amministrativo, ai fini dell'applicazione del diritto antitrust. La ricerca è volta a sostenere che il diritto antitrust non solo non vive isolato da altre branche del diritto, ma esso subisce, nella sua applicazione a comportamenti imprenditoriali, l'influenza di altre norme giuridiche.

La ricerca concerne quindi i confini del diritto antitrust rispetto all'esercizio del potere amministrativo. Si tratta di un'indagine sui confini di una disciplina particolare che, come si evidenzierà, rievoca però una problematica di teoria generale, ossia quella della pluriqualificazione giuridica dello stesso comportamento.

Il campo dell'indagine è, in particolare, focalizzato sulla qualificazione in chiave antitrust dei comportamenti tenuti dall'impresa dominante nell'ambito dei processi decisionali pubblici e, in particolare, nei procedimenti amministrativi, che potrebbero culminare nell'adozione di provvedimenti con effetti escludenti sui concorrenti dell'impresa dominante.

Qualche esempio può aiutare a inquadrare meglio il problema.

L'amministrazione locale nega il permesso di costruire un nuovo impianto produttivo a un concorrente dell'impresa dominante, anche alla luce dell'intervento di quest'ultima nel procedimento urbanistico. Un regolatore settoriale vieta l'accesso al mercato a un nuovo entrante, recependo acriticamente le comunicazioni dell'impresa dominante, interpellata nel procedimento dallo stesso regolatore. L'impresa in posizione dominante avvia, con una propria istanza, un procedimento vincolato, che culmina con l'adozione di un provvedimento ostativo della concorrenza. E ancora, l'impresa dominante segnala all'amministrazione competente la presunta commissione di un illecito amministrativo da parte di un proprio concorrente, auspicando l'avvio di un procedimento sanzionatorio nei confronti di quest'ultimo. Un *think tank*, finanziato dall'impresa dominante, dopo avere portato avanti in tutte le sedi (formali e informali) di confronto con l'amministrazione la necessità di adottare

**TESI DI DOTTORATO DI KOSTANDIN PECL, DISCUSSA PRESSO  
L'UNIVERSITÀ LUISS GUIDO CARLI, NELL'ANNO ACCADEMICO  
2015/2016.**

**NON RIPRODUCIBILE, IN TUTTO O IN PARTE, SE NON CON IL CONSENSO  
SCRITTO DELL'AUTORE**

un provvedimento che favorirebbe il suo finanziatore, a scapito dei concorrenti, riesce a convincere il decisore pubblico ad adottare il provvedimento in questione.

Il tratto comune di tutti questi esempi, ma se ne potrebbero elencare molti altri, è l'adozione di provvedimenti, con effetti negativi sui concorrenti dell'impresa dominante, in esito a procedimenti nell'ambito dei quali è intervenuta direttamente (o indirettamente) l'impresa in posizione dominante.

Lo scopo dell'indagine è quello di analizzare se (e se sì, sotto quali condizioni) l'articolo 102 TFUE si applica a fattispecie come quelle appena elencate *supra*.

La ricerca ha, innanzitutto, dimostrato le due diverse sfaccettature del diritto antitrust.

Accanto alla (più nota e studiata) funzione di contenimento del potere privato, le norme antitrust svolgono anche una funzione di controllo dell'intervento pubblico nel mercato.

Sotto quest'ultimo aspetto, il diritto antitrust si applica, in combinato disposto con altre norme dei Trattati, in tutti i casi in cui le autorità pubbliche demandano la (o meglio abdicano alla) regolazione di un determinato settore a favore degli operatori di mercato, ovvero quando l'intervento pubblico funge solo da mero certificatore di scelte e accordi intercorsi tra gli operatori privati con interessi nel settore regolato. Alla base dell'applicazione del diritto antitrust in queste ipotesi c'è la presunzione che gli operatori di mercato avranno tutto l'interesse a utilizzare il potere concessoli per favorire la soddisfazione dei propri interessi, a discapito di quello pubblico.

Ed ecco perché si può ritenere che il diritto antitrust fornisca un efficace strumento per "squarciare il velo" a fenomeni di cattura del potere pubblico da parte del potere privato.

D'altro canto, però, l'indagine ha dimostrato che la tutela della concorrenza è un valore relativo e non assoluto. Il che significa che essa può essere limitata a favore del perseguimento di altri interessi pubblici.

E, sia l'esperienza giuridica statunitense, sia quella europea, dimostrano che nel perseguire tali interessi le autorità pubbliche possono certamente coinvolgere

**TESI DI DOTTORATO DI KOSTANDIN PECL, DISCUSSA PRESSO  
L'UNIVERSITÀ LUISS GUIDO CARLI, NELL'ANNO ACCADEMICO  
2015/2016.**

**NON RIPRODUCIBILE, IN TUTTO O IN PARTE, SE NON CON IL CONSENSO  
SCRITTO DELL'AUTORE**

gli operatori di mercato, a patto che le attività di questi ultimi siano svolte in presenza (i) di una chiara e articolata autorizzazione pubblica e (ii) sotto l'effettiva supervisione del comportamento dell'impresa da parte dell'autorità pubblica (la c.d. *State Action Doctrine*).

La circostanza che la limitazione della concorrenza sia frutto di una genuina decisione pubblica o, al contrario, della cattura del regolatore da parte degli interessi privati, rappresenta quindi lo spartiacque tra l'applicazione o meno delle norme in materia antitrust nei confronti di misure apparentemente pubbliche.

Si tratta di un aspetto importante della ricerca, poiché il criterio della genuinità o meno della scelta pubblica rileva anche ai fini dell'applicazione del divieto di abuso di posizione dominante a condotte tenute nell'ambito di un procedimento amministrativo/regolatorio.

Sotto questo profilo, la ricerca ha dimostrato che non esistono confini certi tra l'applicazione del diritto antitrust e l'esercizio di prerogative procedurali da parte dell'impresa in posizione dominante.

Dall'indagine emerge invece con particolare chiarezza che il solo fatto che l'impresa in posizione dominante partecipi a un procedimento amministrativo, richiedendo l'adozione di un provvedimento amministrativo lesivo della concorrenza, non è sufficiente ai fini dell'applicazione del divieto di abuso di posizione dominante.

L'applicazione dell'articolo 102 TFUE a condotte tenute dall'impresa dominante nell'ambito di un procedimento amministrativo/regolatorio dovrà infatti fare i conti, quantomeno, con tre diverse problematiche.

*In primo luogo*, si dovrà tenere conto della natura discrezionale o vincolata del procedimento amministrativo.

Con riguardo ai procedimenti in cui si esercita un potere discrezionale, sarà estremamente difficile giustificare l'applicazione dell'articolo 102 TFUE, poiché in tali procedimenti le conseguenze derivanti dall'avvaloramento delle pretese escludenti dell'impresa in posizione dominante saranno imputabili solo alla pubblica amministrazione e non all'operatore dominante. L'articolo 102 TFUE potrà tuttavia trovare applicazione nell'ambito dei procedimenti discrezionali solo

**TESI DI DOTTORATO DI KOSTANDIN PECL, DISCUSSA PRESSO  
L'UNIVERSITÀ LUISS GUIDO CARLI, NELL'ANNO ACCADEMICO  
2015/2016.**

**NON RIPRODUCIBILE, IN TUTTO O IN PARTE, SE NON CON IL CONSENSO  
SCRITTO DELL'AUTORE**

nei rarissimi casi in cui si riesca a dimostrare che l'intervento dell'impresa dominante abbia di fatto manipolato, se non completamente escluso, il controllo della pubblica amministrazione sull'esito del procedimento.

Per quanto riguarda invece i procedimenti vincolati, ammesso che esistano nella realtà, la responsabilità da illecito concorrenziale dell'impresa in posizione dominante può essere dimostrata, focalizzando l'indagine sulla legittimità/correttezza o meno (o, al contrario, sulla rimproverabilità in senso lato) dell'istanza da essa presentata e/o del proprio contegno procedimentale (quali, ad esempio, l'ingannevolezza delle informazioni fornite nell'ambito del procedimento), ovvero sull'eventuale utilizzo della prerogativa procedimentale esclusivamente per fini anticoncorrenziali (ossia, diversi dalla funzione per la quale tale prerogativa è stata riconosciuta dall'ordinamento).

*In secondo luogo*, l'indagine ha evidenziato che il provvedimento amministrativo modifica l'ordinamento e, pertanto, esso non può essere ignorato ai fini dell'accertamento della fattispecie abusiva. Ciò significa, in particolare, che qualora nell'ambito di un procedimento sanzionatorio, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si dovesse trovare dinnanzi a restrizioni concorrenziali prodotte da un provvedimento amministrativo, essa non potrebbe prescindere dagli accertamenti ivi contenuti e, in particolare, non potrebbe sostituire questi ultimi con le proprie valutazioni che, a sua detta, sarebbero rispettose del diritto della concorrenza.

*In terzo luogo*, si è osservato che il principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico, che trova espressione nella scriminante dell'esercizio del diritto, ex art. 51 c.p., ovvero il ricorso ai generali criteri ermeneutici, ostano al riconoscimento di una prevalenza applicativa della norma sanzionatoria (ossia, del divieto di abuso di posizione dominante) a scapito della norma che prevede l'esercizio di un diritto. Si è sostenuto, in altri termini, che questi principi osterebbero all'applicazione della normativa antitrust a comportamenti che costituiscono un genuino esercizio di diritti e/o prerogative riconosciute dall'ordinamento.

**TESI DI DOTTORATO DI KOSTANDIN PECL, DISCUSSA PRESSO  
L'UNIVERSITÀ LUISS GUIDO CARLI, NELL'ANNO ACCADEMICO  
2015/2016.**

**NON RIPRODUCIBILE, IN TUTTO O IN PARTE, SE NON CON IL CONSENSO  
SCRITTO DELL'AUTORE**

Ne consegue quindi che l'interprete dovrà verificare se un determinato comportamento costituisce o meno esercizio di un determinato diritto, ovvero della prerogativa procedimentale nel caso di specie. Si tratterà quindi di indagare sui limiti funzionali della prerogativa procedimentale e se il comportamento contestato, in sostanza, sia allineato o meno alla funzione per la quale la prerogativa è stata riconosciuta.

Il ricorso alla figura dell'abuso del diritto costituisce, in tal senso, un utile criterio distintivo tra l'esercizio genuino di prerogative procedimentali e il loro abuso da parte dell'impresa in posizione dominante.

Sotto questo profilo, la ricerca ha evidenziato una "doppia dimensione" della relazione tra abuso di posizione dominante e abuso del diritto.

Il primo piano di relazione si può definire, forse un pò enfaticamente, di tipo dogmatico, ossia di specialità. In questo ambito, il divieto di abuso di posizione dominante può ritenersi una specificazione del principio generale dell'abuso del diritto. Il divieto di abuso di posizione dominante è quindi letto alla luce della logica dell'abuso del diritto, inteso come deviazione dalla funzione assegnata a una determinata posizione di potere e/o supremazia.

Il secondo piano di relazione tra abuso del diritto e abuso di posizione dominante è invece applicativo, ossia di sussunzione. Ciò significa che per avere una concreta rilevanza, ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE, la figura dell'abuso del diritto dovrà sussumersi nella fattispecie di abuso di posizione dominante.

E questa operazione diventa possibile alla luce di due criteri cumulativi.

Il primo criterio, riguarda più specificamente l'abuso della prerogativa, intesa come deviazione dalla funzione assegnata dall'ordinamento. Ciò si può identificare, sia con l'ottenimento di un indebito vantaggio, ovvero con l'ottenimento di un risultato diverso/contrario da quello perseguito dalla normativa che riconosce la prerogativa rilevante, sia dall'utilizzo defatigatorio della prerogativa in questione.

**TESI DI DOTTORATO DI KOSTANDIN PECL, DISCUSSA PRESSO  
L'UNIVERSITÀ LUISS GUIDO CARLI, NELL'ANNO ACCADEMICO  
2015/2016.**

**NON RIPRODUCIBILE, IN TUTTO O IN PARTE, SE NON CON IL CONSENSO  
SCRITTO DELL'AUTORE**

Il secondo criterio invece riguarda l'intento anticoncorrenziale, ossia l'assenza di una giustificazione alternativa alla lesione della concorrenza (intesa anche come strategia volta ad escludere un singolo concorrente).

In tale ottica, la figura dell'abuso del diritto serve a discriminare tra ciò che costituisce genuino esercizio di prerogative ordinamentali e il loro abuso, ossia esso funge da criterio attributivo di disvalore a una condotta formalmente compatibile con lo schema normativo di una determinata prerogativa.

La ricerca condotta ha infine permesso di comprendere che alcuni risultati raggiunti nello studio dei confini tra diritto antitrust e l'esercizio di prerogative procedurali rappresentino, in realtà, specificazioni di più ampi tendenze dell'ordinamento. Si fa riferimento in particolare alla problematica della pluriqualeficazione giuridica del medesimo comportamento da due o più plessi dello stesso dell'ordinamento, nonché alla figura dell'abuso del diritto.

Sul primo aspetto, la ricerca ha evidenziato che la tematica della pluriqualeficazione giuridica non è un fenomeno che riguarda solo il campo delle relazioni tra il diritto antitrust e il diritto amministrativo. La problematica in questione, ovvero fenomeni a essa contigui, si riscontra, ad esempio, con riferimento: (i) alla rilevanza del provvedimento amministrativo ai fini della configurazione dell'illecito penale (quali, ad esempio, i reati urbanistico edilizi); (ii) alla rilevanza del provvedimento amministrativo nel giudizio contabile (pensionistico e sull'illecito contabile); (iii) alle fattispecie sanzionatorie cosiddette a "doppio binario"; (iv) agli effetti del provvedimento sanzionatorio antitrust nell'ambito del giudizio civile di risarcimento del danno (c.d. azioni *follow-on*); (v) alla novella introdotta dall'articolo 6 della legge n. 124/2015 in tema di accertamento della falsità e/o mendacità delle dichiarazioni dell'interessato, ai fini dell'esercizio del potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione.

Per quanto riguarda invece il secondo fenomeno, ossia la figura dell'abuso del diritto, è stato evidenziato che la novella introdotta dall'articolo 1 della l.n. 128/2015, che codifica nello Statuto del contribuente il divieto di abuso del diritto,

**TESI DI DOTTORATO DI KOSTANDIN PECL, DISCUSSA PRESSO  
L'UNIVERSITÀ LUISS GUIDO CARLI, NELL'ANNO ACCADEMICO  
2015/2016.**

**NON RIPRODUCIBILE, IN TUTTO O IN PARTE, SE NON CON IL CONSENSO  
SCRITTO DELL'AUTORE**

rende oramai ineludibile il riconoscimento anche nell'ordinamento nazionale di un principio generale di divieto dell'abuso del diritto.

\* \* \*